

МЛОГОС

Серия комментариев к гражданскому законодательству #Глосса

ДОГОВОРНОЕ И ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО (ОБЩАЯ ЧАСТЬ):

постатейный комментарий
к статьям 307–453 Гражданского
кодекса Российской Федерации

Ответственный редактор
А.Г. Карапетов

М-ЛОГОС
Электронное издание.
Редакция 1.0
2017

Юридический институт «М-Логос»

с 2003 года является ведущей образовательной организацией в сфере дополнительного профессионального образования юристов и занимается научно-просветительскими проектами в области права.



- **Дневные, вечерние и онлайн курсы повышения квалификации юристов**
- **Организация научно-практических конференций и круглых столов**
- **Выпуск тематических дайджестов новостей права**
- **Иные просветительские и образовательные проекты в области права**

www.m-logos.ru



Издательство электронных книг и видеокурсов «М-Логос»:

- Подготовка и издание электронных книг из Серии комментариев к гражданскому законодательству *#Глосса*
- Издание других электронных книг по праву
- Издание записей видеокурсов по актуальным вопросам права

www.m-lawbooks.ru

Ответственный редактор
А.Г. Карапетов, д.ю.н.,
директор Юридического института «М-Логос»,
профессор Высшей школы экономики

Серия комментариев к гражданскому законодательству #Глосса

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.: М-Логос, 2017. – 1120 с.

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 обязательствах и договорах. Авторы ставили перед собой задачу осветить максимальное число сложных и неоднозначных вопросов толкования ст. 307–453 ГК РФ, отразить накопившуюся судебную практику высших судов и предложить оптимальные пути решения выявленных коллизий.

© Коллектив авторов, 2017

Уважаемые читатели!

Данная электронная книга распространяется компанией «М-Логос» через интернет-магазин www.m-lawbooks.ru и защищена от произвольного копирования и распространения.

Печатная версия книги опубликована издательством «Статут» в 2017 г. (www.estatut.ru).

Выходные данные печатной версии книги:

Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: Статут, 2017. – 1120 с. (Комментарии к гражданскому законодательству #Глосса)

Содержание и нумерация страниц в печатной и электронной версиях книги совпадают.

Если у вас возникли замечания и предложения по совершенствованию содержания данной книги, вы обнаружили ошибки или неточности либо считаете важным обратить внимание на проблему применения той или иной статьи ГК РФ, которая не отражена в книге, просим направлять письма по электронной почте на адрес: comment@m-lawbooks.ru. Ответственный редактор обязательно ознакомится с вашими письмами. Нам очень важна обратная связь, так как это может помочь сделать комментарий лучше при выпуске следующей его редакции.

Мы также открыты к обсуждению замечаний, предложений или новых идей в отношении технических аспектов работы с электронной книгой. Письма, посвященные подобным вопросам, направляйте по адресу: info@m-lawbooks.ru.

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ:

Байбак Всеволод Владимирович – к.ю.н., доцент Высшей школы экономики (Санкт-Петербургский филиал):

– комментарии к статьям 382–394; 399–404 ГК РФ;

Бевзенко Роман Сергеевич – к.ю.н., профессор Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ:

– комментарии к статьям 329; 334–358¹⁸; 361–379 ГК РФ;

Беляева Ольга Александровна – д.ю.н., ведущий научный сотрудник отдела гражданского законодательства и процесса, заведующая кафедрой частноправовых дисциплин Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации:

– комментарии к статьям 447–449¹ ГК РФ;

Бибикова Екатерина Валерьевна – магистр юриспруденции, адвокат:

– комментарий в соавторстве с А.Г. Карапетовым к статье 430 ГК РФ;

Карапетов Артем Георгиевич – д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос», профессор Высшей школы экономики:

– комментарии к статьям 307–308; 308³–310; 314; 317¹; 327¹, 328; 330–333; 380–381²; 395–398; 405; 406¹; 416–417; 420–421; 428–429⁴; 431–432; пунктам 1–2 статьи 433; статьям 434–444; 450–453 ГК РФ;

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

– комментарий в соавторстве с А.А. Павловым к статьям 316–317; 408 ГК РФ;

– комментарий в соавторстве с Е.В. Бибиковой к статье 430 ГК РФ;

– комментарий в соавторстве с М.А. Церковниковым к статье 422; пункту 3 статьи 433; статьям 445–446 ГК РФ;

Павлов Андрей Анатольевич – к.ю.н., доцент Санкт-Петербургского государственного университета:

– комментарии к статьям 308¹–308²; 311–312; 315; 318–326; 407; 409–415; 418–419;

– комментарии в соавторстве с А.Г. Карапетовым к статьям 316–317; 408 ГК РФ;

Савельев Александр Иванович – к.ю.н., старший научный сотрудник Высшей школы экономики:

– комментарии к статьям 423–427 ГК РФ;

Сарбаи Сергей Васильевич – д.ю.н., профессор, начальник отдела общих проблем частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ:

- комментарии к статьям [359–360](#) ГК РФ;
- комментарий в соавторстве с А.Г. Карапетовым к статье [313](#) ГК РФ;

Сулейманов Рашид Уралович – магистр юриспруденции:

- комментарии к статьям [327](#); [406](#) ГК РФ;

Церковников Михаил Александрович – к.ю.н., доцент Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ:

- комментарии в соавторстве с А.Г. Карапетовым к статье [422](#); пункту 3 статьи [433](#); статьям [445–446](#) ГК РФ.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие от ответственного редактора	12
Принятые сокращения	16

РАЗДЕЛ III. ОБЩАЯ ЧАСТЬ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

Подраздел 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ

Глава 21. Понятие обязательства	18
Статья 307. Понятие обязательства	18
Статья 307 ¹ . Применение общих положений об обязательствах	48
Статья 308. Стороны обязательства	53
Статья 308 ¹ . Альтернативное обязательство	56
Статья 308 ² . Факультативное обязательство	59
Статья 308 ³ . Защита прав кредитора по обязательству	61
Глава 22. Исполнение обязательств	73
Статья 309. Общие положения	73
Статья 309 ¹ . Соглашение кредиторов о порядке удовлетворения их требований к должнику	74
Статья 309 ² . Расходы на исполнение обязательства	77
Статья 310. Недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательства	78
Статья 311. Исполнение обязательства по частям	90
Статья 312. Исполнение обязательства надлежащему лицу	93
Статья 313. Исполнение обязательства третьим лицом	101
Статья 314. Срок исполнения обязательства	116
Статья 315. Досрочное исполнение обязательства	124
Статья 316. Место исполнения обязательства	127
Статья 317. Валюта денежных обязательств	132
Статья 317 ¹ . Проценты по денежному обязательству	137
Статья 318. Увеличение сумм, выплачиваемых на содержание гражданина	146
Статья 319. Очередность погашения требований по денежному обязательству	147

Статья 319 ¹ . Погашение требований по однородным обязательствам.....	150
Статья 320. Исполнение альтернативного обязательства	154
Статья 320 ¹ . Исполнение факультативного обязательства	157
Статья 321. Исполнение обязательства, в котором участвуют несколько кредиторов или несколько должников	158
Статья 322. Солидарные обязательства	160
Статья 323. Права кредитора при солидарной обязанности	163
Статья 324. Возражения против требований кредитора при солидарной обязанности.....	165
Статья 325. Исполнение солидарной обязанности одним из должников	168
Статья 326. Солидарные требования	172
Статья 327. Исполнение обязательства внесением долга в депозит	175
Статья 327 ¹ . Обусловленное исполнение обязательства	185
Статья 328. Встречное исполнение обязательства	194
Глава 23. Обеспечение исполнения обязательств	214
§ 1. Общие положения	214
Статья 329. Способы обеспечения исполнения обязательств.....	214
§ 2. Неустойка	222
Статья 330. Понятие неустойки.....	222
Статья 331. Форма соглашения о неустойке	229
Статья 332. Законная неустойка	229
Статья 333. Уменьшение неустойки	231
§ 3. Залог	239
1. Общие положения о залоге	239
Статья 334. Понятие залога.....	239
Статья 334 ¹ . Основания возникновения залога.....	259
Статья 335. Залогодатель.....	264
Статья 335 ¹ . Созалогодержатели	273
Статья 336. Предмет залога.....	276
Статья 337. Обеспечиваемое залогом требование.....	280
Статья 338. Владение предметом залога.....	281
Статья 339. Условия и форма договора залога	284
Статья 339 ¹ . Государственная регистрация и учет залога	292
Статья 340. Стоимость предмета залога	302
Статья 341. Возникновение залога	305
Статья 342. Соотношение предшествующего и последующего залогов (старшинство залогов)	309
Статья 342 ¹ . Очередность удовлетворения требований залогодержателей	310
Статья 343. Содержание и сохранность заложенного имущества.....	327
Статья 344. Последствия утраты или повреждения заложенного имущества	329
Статья 345. Замена и восстановление предмета залога	331
Статья 346. Пользование и распоряжение предметом залога	336
Статья 347. Защита залогодержателем своих прав на предмет залога.....	340
Статья 348. Основания обращения взыскания на заложенное имущество	342

Статья 349. Порядок обращения взыскания на заложенное имущество.....	347
Статья 350. Реализация заложенного имущества при обращении на него взыскания в судебном порядке.....	353
Статья 350 ¹ . Реализация заложенного имущества при обращении на него взыскания во внесудебном порядке.....	355
Статья 350 ² . Порядок проведения торгов при реализации заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам.....	357
Статья 351. Досрочное исполнение обязательства, обеспеченного залогом, и обращение взыскания на заложенное имущество.....	361
Статья 352. Прекращение залога.....	362
Статья 353. Сохранение залога при переходе прав на заложенное имущество к другому лицу.....	367
Статья 354. Передача прав и обязанностей по договору залога.....	369
Статья 355. Перевод долга по обязательству, обеспеченному залогом.....	370
Статья 356. Договор управления залогом.....	372
2. Отдельные виды залога.....	378
Статья 357. Залог товаров в обороте.....	378
Статья 358. Залог вещей в ломбарде.....	383
Статья 358 ¹ . Залог обязательственных прав.....	386
Статья 358 ² . Ограничения залога права.....	390
Статья 358 ³ . Содержание договора залога права.....	393
Статья 358 ⁴ . Уведомление должника.....	395
Статья 358 ⁵ . Возникновение залога права.....	395
Статья 358 ⁶ . Исполнение обязательства должником залогодателя.....	396
Статья 358 ⁷ . Защита залогодержателя права.....	400
Статья 358 ⁸ . Порядок реализации заложенного права.....	402
Статья 358 ⁹ . Основные положения о залоге прав по договору банковского счета.....	404
Статья 358 ¹⁰ . Содержание договора залога прав по договору банковского счета.....	410
Статья 358 ¹¹ . Возникновение залога прав по договору банковского счета.....	412
Статья 358 ¹² . Распоряжение банковским счетом, права по которому заложены.....	414
Статья 358 ¹³ . Изменение и прекращение договора залога прав по договору банковского счета.....	417
Статья 358 ¹⁴ . Реализация заложенных прав по договору банковского счета.....	418
Статья 358 ¹⁵ . Залог прав участников юридических лиц.....	420
Статья 358 ¹⁶ . Залог ценных бумаг.....	424
Статья 358 ¹⁷ . Осуществление прав, удостоверенных заложенной ценной бумагой.....	426
Статья 358 ¹⁸ . Залог исключительных прав.....	429
§ 4. Удержание вещи.....	431
Статья 359. Основания удержания.....	431
Статья 360. Удовлетворение требований за счет удерживаемой вещи.....	437
§ 5. Поручительство.....	439
Статья 361. Основания возникновения поручительства.....	439

Статья 362. Форма договора поручительства	453
Статья 363. Ответственность поручителя	456
Статья 364. Право поручителя на возражения против требования кредитора	465
Статья 365. Права поручителя, исполнившего обязательство	476
Статья 366. Извещения при поручительстве	479
Статья 367. Прекращение поручительства	481
§ 6. Независимая гарантия	499
Статья 368. Понятие и форма независимой гарантии	499
Статья 369. Утратила силу	509
Статья 370. Независимость гарантии от иных обязательств	510
Статья 371. Отзыв и изменение независимой гарантии	514
Статья 372. Передача прав по независимой гарантии	516
Статья 373. Вступление независимой гарантии в силу	518
Статья 374. Представление требования по независимой гарантии	519
Статья 375. Обязанности гаранта при рассмотрении требования бенефициара	522
Статья 375 ¹ . Ответственность бенефициара	526
Статья 376. Отказ гаранта удовлетворить требование бенефициара	528
Статья 377. Пределы обязательства гаранта	533
Статья 378. Прекращение независимой гарантии	534
Статья 379. Возмещение гаранту сумм, выплаченных по независимой гарантии	536
§ 7. Задаток	538
Статья 380. Понятие задатка. Форма соглашения о задатке	538
Статья 381. Последствия прекращения и неисполнения обязательства, обеспеченного задатком	540
§ 8. Обеспечительный платеж	543
Статья 381 ¹ . Обеспечительный платеж	543
Статья 381 ² . Применение правил об обеспечительном платеже	548
Глава 24. Перемена лиц в обязательстве	549
§ 1. Переход прав кредитора к другому лицу	549
1. Общие положения	549
Статья 382. Основания и порядок перехода прав кредитора к другому лицу	549
Статья 383. Права, которые не могут переходить к другим лицам	558
Статья 384. Объем прав кредитора, переходящих к другому лицу	561
Статья 385. Уведомление должника о переходе права	567
Статья 386. Возражения должника против требования нового кредитора	573
2. Переход прав на основании закона	577
Статья 387. Переход прав кредитора к другому лицу на основании закона	577
3. Уступка требования (цессия)	581
Статья 388. Условия уступки требования	581
Статья 388 ¹ . Уступка будущего требования	586

Статья 389. Форма уступки требования	591
Статья 389 ¹ . Права и обязанности cedenta и цессионария	593
Статья 390. Ответственность cedenta	602
§ 2. Перевод долга	614
Статья 391. Условие и форма перевода долга	614
Статья 392. Возражения нового должника против требования кредитора	625
Статья 392 ¹ . Права кредитора в отношении нового должника	626
Статья 392 ² . Переход долга в силу закона	630
Статья 392 ³ . Передача договора	632
Глава 25. Ответственность за нарушение обязательств	634
Статья 393. Обязанность должника возместить убытки	634
Статья 393 ¹ . Возмещение убытков при прекращении договора	648
Статья 394. Убытки и неустойка	654
Статья 395. Ответственность за неисполнение денежного обязательства	655
Статья 396. Ответственность и исполнение обязательства в натуре	675
Статья 397. Исполнение обязательства за счет должника	677
Статья 398. Последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь	678
Статья 399. Субсидиарная ответственность	688
Статья 400. Ограничение размера ответственности по обязательствам	695
Статья 401. Основания ответственности за нарушение обязательства	699
Статья 402. Ответственность должника за своих работников	712
Статья 403. Ответственность должника за действия третьих лиц	713
Статья 404. Вина кредитора	715
Статья 405. Просрочка должника	719
Статья 406. Просрочка кредитора	724
Статья 406 ¹ . Возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств	738
Глава 26. Прекращение обязательств	754
Статья 407. Основания прекращения обязательств	754
Статья 408. Прекращение обязательства исполнением	755
Статья 409. Отступное	763
Статья 410. Прекращение обязательства зачетом	772
Статья 411. Случаи недопустимости зачета	780
Статья 412. Зачет при уступке требования	783
Статья 413. Прекращение обязательства совпадением должника и кредитора в одном лице	785
Статья 414. Прекращение обязательства новацией	788
Статья 415. Прощение долга	793
Статья 416. Прекращение обязательства невозможностью исполнения	798
Статья 417. Прекращение обязательства на основании акта органа государственной власти или органа местного самоуправления	806

Статья 418. Прекращение обязательства смертью гражданина	811
Статья 419. Прекращение обязательства ликвидацией юридического лица	814

Подраздел 2. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О ДОГОВОРЕ

Глава 27. Понятие и условия договора	815
Статья 420. Понятие договора	815
Статья 421. Свобода договора	819
Статья 422. Договор и закон	834
Статья 423. Возмездный и безвозмездный договоры	841
Статья 424. Цена	848
Статья 425. Действие договора	851
Статья 426. Публичный договор	858
Статья 427. Примерные условия договора	868
Статья 428. Договор присоединения	870
Статья 429. Предварительный договор	883
Статья 429 ¹ . Рамочный договор	895
Статья 429 ² . Опцион на заключение договора	902
Статья 429 ³ . Опционный договор	918
Статья 429 ⁴ . Договор с исполнением по требованию (абонентский договор)	923
Статья 430. Договор в пользу третьего лица	925
Статья 431. Толкование договора	935
Статья 431 ¹ . Недействительность договора	944
Статья 431 ² . Заверения об обстоятельствах	951
Глава 28. Заключение договора	968
Статья 432. Основные положения о заключении договора	968
Статья 433. Момент заключения договора	979
Статья 434. Форма договора	997
Статья 434 ¹ . Переговоры о заключении договора	1004
Статья 435. Оферта	1014
Статья 436. Безотзывность оферты	1017
Статья 437. Приглашение делать оферты. Публичная оферта	1018
Статья 438. Акцепт	1019
Статья 439. Отзыв акцепта	1024
Статья 440. Заключение договора на основании оферты, определяющей срок для акцепта	1024
Статья 441. Заключение договора на основании оферты, не определяющей срок для акцепта	1025
Статья 442. Акцепт, полученный с опозданием	1026
Статья 443. Акцепт на иных условиях	1026
Статья 444. Место заключения договора	1027
Статья 445. Заключение договора в обязательном порядке	1028

Статья 446. Преддоговорные споры	1034
Статья 447. Заключение договора на торгах.....	1036
Статья 448. Организация и порядок проведения торгов	1043
Статья 449. Основания и последствия признания торгов недействительными	1056
Статья 449 ¹ . Публичные торги	1063
Глава 29. Изменение и расторжение договора	1070
Статья 450. Основания изменения и расторжения договора	1070
Статья 450 ¹ . Отказ от договора (исполнения договора) или от осуществления прав по договору	1081
Статья 451. Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств.....	1094
Статья 452. Порядок изменения и расторжения договора	1102
Статья 453. Последствия изменения и расторжения договора	1107

ПРЕДИСЛОВИЕ ОТ ОТВЕТСТВЕННОГО РЕДАКТОРА

В современных условиях трудно представить себе применение любого кодифицированного акта без постатейных комментариев, написанных экспертами в соответствующих областях права и позволяющих сориентироваться в основных положениях кодекса. Такой научно-практический формат юридической литературы характерен для многих европейских стран (например, Германии, Франции, Швейцарии) и пользуется широким признанием у практикующих юристов, нотариусов, судей, студентов и ученых.

В России также издается достаточное число постатейных комментариев к различным кодексам, но многие из них (хотя, безусловно, и не все) страдают в той или иной мере рядом существенных недостатков. Во-первых, в них очень часто не представлена полностью судебная практика высших судов по толкованию соответствующих статей кодекса. В то же время без учета правовых позиций высших судов понимание реально действующего российского права («права в действии», а не «права в книгах») и его практическое применение крайне затруднено. Во-вторых, такие комментарии нередко не ставят себе задачу вскрыть и осветить основные проблемные и неоднозначные вопросы, противоречия и ошибки внутри текста кодекса, пытаясь скорее сгладить или обойти острые углы, а то и вовсе содержат простой пересказ комментируемой нормы другими словами. В результате у юристов, читающих такие комментарии, не возникает понимания всего спектра проблем и вопросов, с которыми они могут столкнуться впоследствии в рамках правоприменения. Эти недостатки снижают практическую и научную ценность таких комментариев для юридического сообщества. Сказанное за рядом исключений относится и к издаваемым в России постатейным комментариям к Гражданскому кодексу Российской Федерации.

В связи с этим у авторского коллектива настоящей книги возникла идея попытаться написать критический комментарий, отличающийся от того, что печаталось в России за последние годы, а именно комментарий с акцентом на максимально широкий обзор судебной практики высших судов по всем актуальным вопросам толкования норм ГК РФ и выявление наиболее острых, неоднозначных и проблемных вопросов толкования и применения соответствующих норм. Авторы не пытались избегать сложных вопросов, а наоборот делали на них акцент, выявляя противоречия и неясности в тексте Кодекса и предлагая варианты решения возникающих проблем. Юрист, изучивший настоящий комментарий, по задумке авторов должен получить представление об основных подводных камнях и проблемах, учет которых необходим при формировании, исполнении и прекращении договорных или иных обязательств, а также при защите нарушенных прав.

При этом в центре внимания настоящего комментария оказались нормы общей части обязательственного и договорного права ГК РФ (ст. 307–453), т.е. то проблемное поле, которое находится в рамках научных интересов участников авторского коллектива. В авторский коллектив вошли как известные ученые, исследующие проблемы обязательственного и договорного права, так и ряд молодых цивилистов, написавших комментарии к статьям по профилю своих научных интересов.

От лица ответственного редактора хочу сделать несколько важных замечаний, позволяющих лучше понять те методологические установки, которые разделялись коллективом авторов.

Во-первых, авторы не ставили себе задачу подготовить обзор всей судебной практики применения соответствующих норм и сконцентрировались на разборе и систематизации судебной практики высших судов (прежде всего ликвидированного в 2014 г. Высшего Арбитражного Суда РФ, Верховного Суда РФ и отчасти Конституционного Суда РФ). Анализ практики нижестоящих арбитражных судов и судов общей юрисдикции был бы непосильной задачей и привел бы к выходу объема и без того обширной книги за все разумные пределы. В то же время юристам, желающим глубже разобраться в соответствующей проблематике, рекомендуется проводить дополнительные исследования судебной практики по интересующему вопросу. Благо современные электронные справочные системы открывают для этого все возможности.

Во-вторых, авторам по тем же причинам, связанным с поиском баланса между глубиной и широтой исследования, пришлось отказаться от идеи отразить в комментарии обзор научной литературы по соответствующим вопросам. Полноценный доктринальный обзор и систематизация взглядов ученых на те или иные проблемы толкования соответствующих статей ГК РФ были признаны избыточными в контексте формата постатейного комментария. Это несколько не означает, что авторы недооценивают важность накопившегося научного багажа и проигнорировали наработки других исследователей.

В-третьих, авторы едины во мнении, что в условиях российского частного права, в рамках которого большинство проблем либо вовсе не изучено, либо изучено крайне поверхностно, особую научную ценность имеет качественный компаративный анализ с акцентом на опыт ведущих континентально-европейских и англо-саксонских правовых порядков. Такой компаративный анализ ни в коем случае не должен завершаться слепым копированием выявленных зарубежных образцов; он предполагает критическое осмысление опыта ведущих зарубежных правовых порядков и взвешенный подход к рецепции соответствующих решений.

В то же время в рамках настоящего комментария представить такой компаративный обзор, который, безусловно, значительно обогатил бы комментарий, не представлялось возможным. С одной стороны, в силу той же ограниченности предельного объема книги. С другой – в силу того, что проводить такой анализ на достаточно высоком уровне желательно с опорой на соответствующие французские, немецкие, итальянские, голландские и иные первоисточники. К сожалению, авторы настоящего комментария не могут похвастаться столь широкими познаниями в названных иностранных языках. Доступные большинству авторов англоязычные компаративные источники, безусловно, помогают разобраться во многих

вопросах права Великобритании, США, а также ряда ведущих европейских стран (благо сейчас выходит достаточно много англоязычной компаративной литературы о частном праве континентально-европейских стран), но их глубина и объем не позволяют представить на страницах настоящего комментария целостный обзор по всем сотням и тысячам острых проблем обязательственного и договорного права, которые проявляются при применении норм общей части обязательственного и договорного права ГК РФ. Фрагментарное же использование компаративной информации было признано нецелесообразным.

В этой связи авторы ограничились ссылками на международные акты унификации частного права (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Модельные правила европейского частного права, Венскую конвенцию 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров и т.п.). Этот недостаток отчасти может быть компенсирован тем, что читатель, владеющий английским языком, может ознакомиться с подробным (более 4000 страниц) компаративным обзором, подготовленным недавно международным коллективом авторов Модельных правил европейского частного права¹. Также остается только надеяться, что в будущем в России удастся подготовить комментарий, основанный на более полном и глубоком компаративном анализе.

В-четвертых, авторы уделяли особое внимание новым нормам ГК РФ, появившимся в рамках реформы гражданского законодательства в 2014–2016 гг. Многие из этих норм вполне естественно порождают массу вопросов, которые авторы и попытались выявить в рамках комментария.

В-пятых, авторы не только выявляли проблемы в толковании норм ГК РФ, но и предлагали соответствующие их решения. К сожалению, формат комментария не предоставляет возможность приводить развернутую и подробную аргументацию. Поэтому во многих случаях читатель увидит только авторское видение, но не увидит детального обоснования. В то же время применительно к особо важным проблемам авторы представляют на суд читателя и краткое обоснование сделанного ими выбора.

В-шестых, многие из выявленных вопросов толкования норм ГК РФ достаточно сложно решить без проведения глубокого научного исследования. Поэтому читатель не должен удивляться тому, что в ряде мест комментария авторы вовсе воздерживаются от высказывания своего мнения или высказывают его достаточно осторожно, оговариваясь, что здесь представлено лишь предварительное суждение по вопросу, достойное дальнейшего анализа и обсуждения.

В-седьмых, коллектив авторов достаточно широк, что повлекло неизбежность согласования позиций по пересекающимся вопросам. Большинство из таких вопросов, по крайней мере по ключевым проблемам, удалось согласовать. Но внимательный читатель, возможно, сможет обнаружить некоторые частные разночтения в комментариях, подготовленных разными авторами.

¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / Ed. by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll. Текст в свободном доступе можно найти по адресу: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

В-восьмых, при написании комментария многие из авторов, включая меня как ответственного редактора, активно рецензировали тексты соавторов и выдвигали свои предложения по их оптимизации, многие из которых в итоге принимались. Но в конечном счете последнее слово оставалось за автором комментария к соответствующей статье.

Настоящая книга готовилась в период с августа 2015-го по ноябрь 2016 года и отражает текст ГК РФ и судебную практику по состоянию на 1 декабря 2016 года.

В ходе написания комментария большую помощь своими замечаниями и критикой на проекты комментариев к некоторым статьям ГК РФ оказали А.В. Томсинов, М.А. Ерохова, В.С. Гербутов, С.А. Громов, Л.А. Новоселова, А.Г. Архипова, М.С. Распутин, А.М. Ширвиндт, А.О. Рыбалов, Н.В. Тололаева, О.Р. Зайцев, А.А. Кузнецов, а также многочисленные юристы, обсуждавшие некоторые фрагменты настоящего комментария, которые выкладывались для предварительного обсуждения на портале *www.zakon.ru*. Авторы настоящего комментария выражают им большую признательность.

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

В будущем аналогичный формат комментария планируется распространить и на иные разделы ГК РФ в рамках Серии комментариев к гражданскому законодательству #Глосса.

А.Г. Карапетов

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ:

ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации

ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

КС РФ – Конституционный Суд Российской Федерации

КЭС ВС РФ – Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации

КГД ВС РФ – Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации

Минюст России – Министерство юстиции Российской Федерации

ФСФР России – Федеральная служба по финансовым рынкам

ЕГРП – Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним (с 1 января 2017 г. именуется как Единый государственный реестр недвижимости)

ЕГРЮЛ – Единый государственный реестр юридических лиц

ФССП России – Федеральная служба судебных приставов

МТП – Международная торговая палата

Венская конвенция 1980 г. – Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.)

Принципы УНИДРУА – Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (в редакции 2010 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.)

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации

УК РФ – Уголовный кодекс Российской Федерации

БК РФ – Бюджетный кодекс Российской Федерации

НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации

ЗК РФ – Земельный кодекс Российской Федерации

УПК РФ – Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации

КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

ГПК РФ – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

ЖК РФ – Жилищный кодекс Российской Федерации

КТМ РФ – Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации

Основы законодательства о нотариате – Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1

Закон о защите прав потребителей – Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»

Закон об АО – Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»

Закон о рынке ценных бумаг – Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»

Закон об ООО – Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»

Закон об ипотеке – Федеральный закон от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»

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»

Закон о банкротстве – Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»

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»

Закон о защите конкуренции – Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

Закон о ломбардах – Федеральный закон от 19 июля 2007 г. № 196-ФЗ «О ломбардах»

Закон о национальной платежной системе – Федеральный закон от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»

Закон о закупках – Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»

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»

Закон о потребительском кредите – Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»

Положение о переводном и простом векселе – Постановление ЦИК СССР и СНК СССР от 7 августа 1937 г. № 104/1341 «О введении в действие Положения о переводном и простом векселе»

Раздел III. ОБЩАЯ ЧАСТЬ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

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. Пункт 1 ст. 307 ГК РФ дает определение понятия обязательства, имеющего центральное значение для всего комплекса норм обязательственного права. Российский ГК исходит из концепции обязательства как элементарного относительного правоотношения, в рамках которого должник принимает на себя обязанность что-либо делать или не делать, а кредитор приобретает право требовать такое поведение (притязание). В тех случаях, когда обязательство вытекает из договора, следует иметь в виду, что обязательство неравнозначно всему комплексу договорных правоотношений, так как договор в подавляющем числе случаев порождает несколько обязательств. Так, например, договор купли-продажи создает как минимум два обязательства: продавца — передать вещь в собственность, покупателя — уплатить за нее цену.

1.1. Центральным элементом понятия обязательства является обязанность совершить определенные действия или воздержаться от их осуществления. Сообразно этим двум видам обязанностей выделяют позитивные и негативные обязательства.

Позитивное обязательство в силу прямого указания в комментируемом пункте может заключаться в уплате денег, передаче какой-либо вещи (в том числе в собственности, во временное владение или пользование или только в пользование), оказании услуг или выполнении работ и т.п.

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. Ранее по этому вопросу были разные позиции в судебной практике. Так, например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 8 августа 2000 г. № 7274/99 Суд усомнился в том, что обязанность по внесению вклада в совместную деятельность порождает обязательство в пользу конкретного кредитора (или кредиторов), исполнение по которому может быть истребовано по суду или даже обеспечено уплатой неустойки. С другой стороны, ВАС РФ в п. 7 Постановления Пленума от 11 июля 2011 г. № 54 признал возможность принуждения товарища по иску других товарищей к исполнению договорной обязанности внести вклад в общее дело в виде прав аренды или права собственности на земельный участок, видимо, исходя при этом из обязательственной природы такой обязанности.

При этом те виды позитивных обязательств, которые указаны в п. 1 комментируемой статьи, носят лишь иллюстративный характер, и в предмет обязательства может входить совершение практически любых действий (п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Например, обязательство может состоять в совершении волеизъявления (например, заключение основного договора во исполнение предварительного, голосование на собрании акционеров в соответствии с условиями акционерного соглашения, совершение распорядительного волеизъявления в отношении имущественного права, подача заявления об отчуждении права, учет которого осуществляется в государственном реестре прав или реестре акционеров или ином частном реестре прав).

1.2. Негативное обязательство может состоять в воздержании от отчуждения своего имущества третьим лицам (например, без согласия кредитора или предоставления преимущественного права на его приобретение кредитору), уступки обязательственного права без согласия должника, разглашения той или иной информации, конкурирования с контрагентом в том или ином регионе, заключения договоров с третьими лицами, 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 применение к негативным обязательствам часто невозможно или требует тех или иных модификаций. Так, например, за какими-то возможными редкими исключениями, трудно представить себе частичное исполнение негативного обязательства, исполнение негативного обязательства третьим лицом, зачет встречных однородных требований, вытекающих из негативных обязательств, и т.п. Поэтому логично исходить из того, что общая часть обязательственного права применяется к негативным обязательствам,

если иное не следует из существа данного обязательства. К сожалению, этот вывод не находит своего закрепления в тексте ГК РФ, но он вполне может выводиться посредством ограничительного толкования гипотез соответствующих общих норм обязательственного права, не совместимых со спецификой негативных обязательств (телеологическая редукция).

Иногда выдвигается идея о том, что негативные обязательства в принципе не могут быть центральным, основным обязательством в рамках договора и всегда сопровождают, дополняют те или иные позитивные обязательства. С такой точкой зрения вряд ли можно согласиться. Тот факт, что чаще всего негативные обязательства имеют сугубо вспомогательный характер, не означает теоретическую и практическую невозможность заключения договора, в предмет которого будет входить исполнение негативного 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 в своей квартире в условленные часы; разводящиеся супруги могут договориться о том, что в обмен на некоторое встречное предоставление (например, уступку при разделе общего имущества) один из них будет обязан воздерживаться от обсуждения с третьими лицами или в прессе подробностей их семейных отношений; собственники соседних участков могут взаимно обязаться не совершать формально правомерный сброс в озеро, располагающееся на их границе, тех или иных веществ.

1.3. 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 уголовного, административного или иных областей права оно остается правомерным и порождает соответствующие желаемые нарушителем договора правовые эффекты. Так, например, если должник обязался не регистрировать дочерние общества в соответствующем регионе, такая регистрация вопреки обязательству остается законной и действительной и не может быть отменена в судебном порядке, но будет рассматриваться как нарушение договора и влечь ответственность за нарушение обязательства.

В то же время 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 технологической компании может запрещать и нередко запрещает продавцу (предпринимателю, изначально создавшему бизнес) открывать новый бизнес в той же сфере и в том же регионе в течение определенного срока. Но если это ограничение конкуренции имеет бессрочный характер или иным образом избыточно с точки зрения его соотношения с легитимными интересами покупателя, такое условие договора может быть квалифицировано как ничтожное по ст. 169 ГК РФ или оспорено на основании специальных норм Закона о защите конкуренции. В равной степени должны признаваться ничтожными соглашения, предметом

которых является обязательство не разглашать информацию о неправомерном поведении другого лица.

1.4. Как мы видим, обязанность одного лица (должника) перед другим лицом (кредитором) является одним из двух элементов обязательства как правоотношения. Второй элемент – это право требовать исполнения. Понятие обязательства как правоотношения, 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. 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 правоотношение, а саму обязанность должника, так как неисполнить или ненадлежащим образом исполнить правоотношение, включающее в себя право требовать исполнения, нельзя; нарушается не обязательство как правоотношение, а соответствующая обязанность. То, в каком смысле используется понятие обязательства в конкретных нормах ГК РФ, зависит от контекста и телеологического толкования соответствующей нормы.

1.5. 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 договориться о распределении домашних обязанностей и т.п. 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*). Так как выяснение этого вопроса может иногда вызывать определенные сложности, право обычно отказывается признавать возможность по воле одной стороны связать себя обязательством за рамками консенсуального договора дарения, вводя при этом для консенсуальных договоров дарения строгую письменную форму под страхом ничтожности обязательства подарить. Тогда, когда стороны договариваются об обмене, разумно как минимум презюмировать наличие серьезности намерений сторон и их волю считать себя связанными этими взаимными обещаниями в правовом смысле. Поэтому для таких сделок российский закон, как правило, не вводит обязательную строгую письменную форму сделки, допуская их совершение и в устной форме, но вводя некоторые ограничения в отношении доказывания факта их совершения и их содержания (ст. 162 ГК РФ). Иначе говоря, о серьезности намерений сторон, достаточной для признания таких обещаний в праве, здесь говорит сам факт их согласия осуществить экономический обмен. Тогда, когда обмена нет, а есть одностороннее обещание осуществить безвозмездное экономическое предоставление, действительно, нередко сложно быть уверенным в том, насколько серьезно такое обещание, и закон требует оформления такого обещания в письменной форме под страхом ничтожности.

Эти правила позволяют решить большинство проблем, которые могут теоретически возникнуть при разграничении обязательств в правовом смысле и неформальных обещаний. В то же время это не исключает того, что в некоторых сложных случаях правила о форме сделки не помогут снять неопределенность, и суду придется действительно реконструировать волю сторон и определять, была ли она направлена на формирование не сугубо моральной, а именно правовой связи.

1.6. Чтобы ответить на такие вопросы, необходимо определиться, что же имеется в виду под обязательством в правовом смысле и каковы критерии выявления *animus obligandi*. На этот вопрос иногда отвечают, указывая на то, что обязательственная правовая связь предполагает возможность защиты прав из обязательства в судебном порядке, и соответственно воля лиц, связавших себя обязательственным правоотношением, должна быть направлена на допущение такой защиты.

Такое объяснение представляется на первый взгляд логичным. Но сложность состоит в том, что согласно континентально-европейской традиции признаются так называемые натуральные обязательства, т.е. обязательства, судебная защита которых вовсе невозможна (например, обязательства из игры и пари в силу ст. 1062 ГК РФ или обязательства после отказа суда в иске по причине пропуска срока исковой давности¹). Считается, что признание таких лишенных исковой защиты 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, суд хотя и отказывает обеспечивать такие обязательства силой государственного принуждения, но уважает автономию воли должника добровольно осуществить исполнение по нему и признает такое обязательство в качестве правового основания для предоставления. Так, например, суд не может присудить лицо к выплате своего картонного долга, но если проигравший добровольно погасил этот «долг чести», суд признает, что у этого платежа было правовое основание, и не удовлетворит иск о возврате уплаченного по правилам о неосновательном обогащении.

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 стороны пари и не правильно ли было бы не признавать вовсе правовой статус у такого «долга чести»? Сложность состоит в том, что в случае с обычным моральным и не имеющим правовой характер долгом суд также вряд ли может присудить возмещение неосновательного обогащения, если такой долг исполнен (например, лицо обещало помочь соседу с ремонтом и такую помощь оказало), так как фактическое предоставление превращается в дар, а дареное не может быть ни возвращено в натуре, ни компенсировано в деньгах.

¹ Иногда юристы называют натуральным обязательство, по которому истек срок исковой давности. Это представляется не совсем верным, так как истечение срока давности само по себе не блокирует право на иск, а лишь вручает должнику возражение. Если должник не примет участие в процессе или просто 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). Поэтому логичнее исходить из того, что обязательство становится натуральным только после того, как суд после заявления должником данного возражения откажет истцу в иске в связи с пропуском давности.

В связи с этим некоторые юристы не признают за натуральными обязательствами правового характера, тем самым обеспечивая четкое различие между обязательством как правовым явлением и иными сугубо фактическими отношениями, основанными на осознании лицом некоего морального долга перед другим лицом (а именно различие на основе критерия допустимости судебной защиты).

Эти вопросы пока в российском праве не решены и достаточно редко возникают в реальной судебной практике, но теоретически они могут иметь практическое значение. Например, если исходить из традиционного взгляда на платеж, осуществленный должником после того, как суд отказал в иске к этому должнику по причине пропуска срока давности, как платеж по существующему, хотя и натуральному, обязательству, истребовать его назад по правилам о неосновательном обогащении ни в коем случае нельзя. Если представить, что после отказа в иске долг должника остается сугубо моральным, и платеж рассматривать как дарение, то такое дарение может быть признано ничтожным в связи с нарушением законодательного запрета на дарение между коммерческими организациями (ст. 575 ГК РФ). Другой пример: если натуральное обязательство отличается от простого обязательства только лишь ограничением судебной защиты, но подпадает под иные элементы правового режима обязательства, то такое обязательство может быть прекращено зачетом, новацией, предоставлением отступного, уступлено или перейти в порядке наследования и т.п., если только специальные нормы закона не говорят об обратном. Если речь идет о моральном долге, применение указанных норм об обязательствах становится вопросом более дискуссионным. Споры могут идти также и по вопросу о том, могут ли обеспечиваться натуральные обязательства залогом, поручительством или независимой гарантией.

Еще один важный вопрос, касающийся натуральных обязательств и пока не проясненный в российском праве, состоит в основаниях возникновения натуральных обязательств. Очевидно, что в ряде случаев определить в качестве натуральных те или иные обязательства может закон. 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.)? Например, может ли российский суд вслед за рядом правопорядков признать добровольное исполнение договора, чья ничтожность вытекает из нарушения требований к его форме, исполнением натурального обязательства и на основании этого заблокировать иск о возврате предоставленного? Так, например, нельзя ли признать натуральным добровольно принятое бывшим супругом, но не оформленное надлежащим образом обязательство выплачивать алименты в определенном размере? Или может ли суд признать натуральный характер обязательства родителей невесты предоставить приданое, обязательства суррогатной матери отказаться от своих родительских прав на ребенка в пользу генетических родителей и т.п.?

Иногда в науке возникают споры о том, не следует ли признавать натуральным обещание одной из сторон реального договора передать другой стороне имущество, передача которого и влечет признание договора заключенным. До момента передачи полноценной договорно-правовой связи между сторонами нет, но если соответствующая сторона имущество передаст, такая связь возникнет и требовать возврата имущества по правилам о неосновательном обогащении будет нельзя.

Данная ситуация действительно напоминает натуральное обязательство, но однозначного ответа на этот вопрос российское право не дает.

Наконец, встает вопрос и о том, могут ли стороны по своей воле придать обязательству натуральный характер? На первый взгляд из принципа свободы договора следует, что это вполне возможно (хотя практически и не встречается на практике), но нередко высказывается и обратная точка зрения.

В общем и целом, как мы видим, доктрина натуральных обязательств в российском праве практически не разработана. Освещать данные вопросы в рамках настоящего комментария не представляется возможным, поэтому далее речь будет идти о полноценных обязательствах, предполагающих судебную защиту.

1.7. Упомянутое в п. 1 ст. 307 ГК РФ право требовать исполнения, являющееся элементом простой обязательственной связи (притязание на соответствующее поведение должника), не означает, что кредитор всегда вправе реализовать это притязание путем предъявления в суд иска об исполнении данного обязательства в натуре. Как будет показано в комментарии к ст. 308³ ГК РФ, нередко возможность такой защиты своего права заблокирована законом, договором или существом соответствующего обязательства, но при этом кредитор наделен возможностями использовать в отношении должника иные способы защиты своего обязательственного права (например, взыскать убытки, неустойку).

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

Во-первых, можно условно выделить основные обязательства-предоставления. Такие обязательства опосредуют в случае их исполнения предоставление кредитору некоего экономического блага, которым является материальное или иное благо, обладающее способностью удовлетворять жизненные или иные потребности лица. Такого рода обязательства являются при этом основными, так как удовлетворение интереса в получении этого экономического блага является для кредитора той главной целью, ради которой обязательство и устанавливается. Например, в договоре купли-продажи речь идет об обязанности по передаче товара в собственность и корреспондирующей ей обязанности по оплате. Такими обязательствами могут являться также предоставление имущества во временное владение и пользование по договору аренды, предоставление денег в собственность по договору кредита, оказание услуг, выполнение работ, передача интеллектуальных прав, передача ценной информации, права на использование объекта интеллектуальной собственности и т.п. Могут опосредовать предоставление экономического блага и негативные обязательства. Если воздержание должника от совершения определенных действий удовлетворяет ту или иную потребность кредитора, обладает для него определенной самостоятельной экономической ценностью, то можно говорить об экономическом предоставлении.

Если договор при этом имеет двусторонний синаллагматический (т.е. обменный) характер, то из него вытекают как минимум два встречных обязательства-предоставления, поэтому в литературе такие обязательства по синаллагматическому договору часто обозначают как встречные предоставления. Но не стоит забывать, что в односторонних договорах (например, в договорах займа, поручительства, консенсуального дарения и т.п.) такие обязательства не опосредуют экономический обмен, а отражают одностороннее экономическое удовлетворение лишь одного

из контрагентов. Соответственно в таком случае нельзя говорить о встречном удовлетворении или встречном предоставлении, поэтому в целом для описания такого типа обязательств разумнее придерживаться более нейтральной терминологии (например, используемого нами термина «обязательство-предоставление»).

Такие обязательства-предоставления имеют центральное значение для классификации договоров, но они же обычно составляют и основное содержание обязательственного отношения, вытекающего из деликта, неосновательного обогащения, публичного обещания награды и т.п.

Во-вторых, применительно к договорным правоотношениям следует также выделить дополнительные обязательства-предоставления, которые хотя и направлены на экономическое предоставление, но в контексте конкретного договора 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, является объектом оборота. Таким образом, это тоже 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-предоставления, не опосредующие экономический обмен или одностороннее обогащение одного из контрагентов, но обеспечивающие восстановление имущественного статус-кво и имеющие, по сути, ликвидационную природу. 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 (ссудополучатель) лишь возвращает то, что он ранее получил во временное пользование. То же, по сути, можно сказать и об обязанности заемщика вернуть сумму займа (кредита).

В-четвертых, из договоров нередко возникают особые компенсационные обязательства-предоставления, не опосредующие экономический обмен, одностороннее обогащение кредитора или возврат ему того, что он сам ранее передал должнику, но обеспечивающие контрагента средствами, необходимыми для исполнения его основного обязательства-предоставления, или компенсирующие те или иные связанные с договором расходы или иные потери.

Так, например, согласно договору доверитель по договору поручения может быть обязан возместить поверенному расходы, понесенные в связи с исполнением его обязательств. Данное обязательство не имеет для поверенного характер встречного удовлетворения (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 служебный 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. 406¹ ГК РФ (см. комментарий к этой [статье](#)).

К особой разновидности компенсационных обязательств можно отнести гражданско-правовые обязанности, возникающие в связи с неисполнением некоего основного обязательства и способствующие компенсации убытков кредитора от нарушения (обязательство компенсировать договорные убытки и во многом производные от него обязательства уплатить неустойку или проценты годовых и т.п.). Обязанность должника уплатить сумму, вытекающую из применения к нему меры гражданско-правовой ответственности, согласно устоявшейся в последнее время судебной практике, является гражданско-правовым обязательством, к которому по общему правилу применяются правила об исполнении и прекращении обязательств, предусмотренные в ГК РФ (см., например, п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103).

В-пятых, часто исполнение основного или дополнительного обязательства-предоставления 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, по сути, служит инструментом обеспечения интереса кредитора в получении основного имущественного предоставления.

1.9. Все описанные выше типы обязанностей опосредуют предоставление некоего экономического блага и однозначно позволяют квалифицировать правоотношение в качестве обязательственного. 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, но при этом способствуют косвенному получению удовлетворения потребности в таком благе.

Во-первых, можно выделить обязанности должника, исполнение которых не оформляет предоставление некоего экономического блага, а имеет исключительно организационный характер. Иногда такие организационные обязанности могут даже стать основным предметом заключенного договора, как, например, в случае с предварительным договором (обязанность заключить основной договор). Но чаще они лишь в том или ином виде организационно обеспечивают или сопровождают осуществление контрагентами своих основных, дополнительных или иных обязательств-предоставлений. Речь здесь идет о таких дополнительных организационных обязанностях должника, как, например, обязанность продавца по уведомлению покупателя о готовности товара к отгрузке, обязанность покупателя по открытию аккредитива, обязанность комиссионера по представлению отчета, обязанность cedenta передать цессионарию документы, подтверждающие уступаемое право требования, обязанность сторон договора оформить акт приема-передачи имущества и др. Сюда же, видимо, можно отнести и обязанность не разглашать полученную при заключении и исполнении договора конфиденциальную информацию. Кроме

того, организационными по своей природе являются обязанности по сохранению эксклюзивности и воздержанию от заключения аналогичных договоров с конкурентами кредитора. Выполнение таких обязанностей само по себе не является имущественным предоставлением, но организационно обеспечивает достижение этой главной цели договора.

Во-вторых, встречаются такие обязанности, которые не направлены на некое имущественное предоставление непосредственно кредитору, но накладывают на должника определенные ограничения, которые, как правило, напрямую или опосредованно нацелены на обеспечение экономических интересов кредитора или снижают его риски. Например, обязанность арендатора использовать полученную в пользование вещь по назначению и принимать те или иные меры по обеспечению ее сохранности (например, оставлять взятый напрокат автомобиль на охраняемой стоянке) направлена на минимизацию риска порчи или утраты автомобиля. Обязанность заемщика использовать целевое финансирование по согласованному назначению гарантирует банку защиту от рискованных инвестиций заемщика и увеличения риска дефолта. Специфическая функциональная особенность 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 (как правило, право на односторонний отказ от договора и досрочное истребование предоставленного имущества). Например, 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 и зачастую вообще вне рамок своих взаимоотношений с этим кредитором. Так, 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, сократит расходы на персонал, выйдет на *IPO* или в течение действия договора будет публиковать отчетность по международным стандартам. Такого рода обязанности не направлены на некое имущественное 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 пользу кредитора, обязанности ковенантного типа ограничивают свободу действий должника вне сферы его прямых взаимоотношений с кредитором (например, в отношении с третьими лицами).

В-третьих, могут выделяться так называемые кредиторские обязанности (обязанность кредитора принять исполнение от должника или обеспечить должнику возможность исполнения). Такие обязанности организационно обеспечивают должнику возможность исполнения своих основных, дополнительных, служебных, а в некоторых случаях, возможно, и организационных обязанностей. Российский закон признает такие кредиторские обязанности (ст. 406 ГК РФ). Согласно ст. 406 ГК РФ так называемая просрочка кредитора (т.е. уклонение от принятия исполнения или несовершение иных действий, без совершения которых должник не может исполнить свое обязательство) позволяет взыскать с него убытки. Подробнее см. комментарий к ст. 406 ГК РФ.

В-четвертых, гражданское право многих зарубежных стран в последнее время признает еще один особый вид договорной обязанности. Согласно «обязанности обеспечить безопасность» должник помимо исполнения своих основных обязательств должен еще и воздерживаться в процессе исполнения от причинения вреда интересам кредитора, учитывать права, нематериальные блага и интересы другой стороны. Такие обязанности направлены на сохранение в том же состоянии уже имеющихся у кредитора благ и обязывают должника воздерживаться от причинения вреда кредитору в ходе исполнения основных обязательств. Например, подрядчик, обязавшийся покрасить стены в доме заказчика, может быть обязан воздерживаться от причинения вреда другому имуществу заказчика. Другой пример: перевозчик, обязавшийся перевезти пассажира в некое место, считается обязанным заботиться о безопасности пассажира. Смысл включения таких обязанностей в рамки договора состоит в том, чтобы перевести ответственность за причинение побочного вреда кредитору в процессе исполнения основных обязательств в режим договорной ответственности, которая может принципиально отличаться от ответственности деликтной (например, коммерсант несет договорную ответственность в Российской Федерации независимо от вины, в то время как за деликт он отвечает только при наличии вины).

Когда такие особые обязанности непосредственно указаны в договоре или законе, регулирующем обязательственные отношения, их нарушение может считаться нарушением обязательства, а не деликтом. Если они не закреплены в договоре или законе прямо, может возникнуть вопрос о том, являются ли они предметом некоего относительного правоотношения между должником и кредитором или причинение вреда при исполнении каких-либо основных договорных обязательств следует рассматривать как деликт. Этот вопрос в российском праве пока однозначно не решен, хотя в контексте вступления в силу с 1 июня 2015 г. в ГК РФ п. 3 ст. 307, обязывающего должника при исполнении обязательства учитывать права и законные интересы кредитора, появляются сильные аргументы в пользу выделения таких обязанностей в качестве особых договорных обязательств, а ответственности за их нарушение – в качестве ответственности за неисполнение обязательства (ст. 393 ГК РФ). Но вопрос в российском праве однозначно не решен.

1.10. Вопрос о том, входят ли все указанные выше (а возможно, и иные) типы обязанностей, не структурирующее непосредственное предоставление экономического блага, в рамки категории гражданско-правового обязательства или нет, является в ряде случаев достаточно спорным и плохо изученным в литературе. В настоящем комментарии нет возможности провести детальный анализ данной проблемы и очертить круг общих норм обязательственного права, применимых к тем или иным договорным обязанностям. Тем не менее очевидно, что 1) все указанные выше обязанности имеют относительную природу, 2) полностью соответствуют законодательному определению обязательства (п. 1 ст. 307 ГК РФ). Но также не менее очевидна несовместимость ряда общих норм об обязательствах, включенных в ГК РФ, с теми вышеуказанными обязанностями, которые не представляют собой классическое обязательство-предоставление. В отношении как минимум многих из описанных выше обязанностей 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 со многими

из таких обязанностей (например, прощение долга, новация, взыскание убытков за неисполнение обязательства и т.п.). Связано это с тем, что при формировании общих норм обязательственного права они индуцировались на основе обобщения архетипических обязательств-предоставлений. 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 формирования правовых обобщений. Иначе говоря, мы здесь имеем стандартные издержки индукции.

Если не признавать за некоторыми вышеуказанными обязанностями характер обязательства, то в отношении таких обязанностей неминуемо возникает правовой вакуум, который придется заполнять путем избирательного применения отдельных норм из правового режима обязательств по аналогии закона (например, об ответственности за неисполнение обязательства по ст. 393 ГК РФ). При этом потребуется проводить детальный анализ всех норм об обязательствах с целью определить, какие из них применимы к таким особым договорным обязанностям, а какие нет. Если, наоборот, признать все указанные обязанности элементами обязательства, нам все равно не избежать не менее кропотливой работы по отсеиванию: мы будем отсеивать из общего режима обязательственного права нормы, в принципе неприменимые к такого рода особым обязательствам в силу их специфической природы (посредством телеологической редукции гипотез соответствующих общих норм обязательственного права). Разница между двумя вариантами в прагматическом плане незначительная. При этом было бы логичнее все же признавать организационные, кредиторские и иные «нестандартные» обязанности в качестве элемента обязательственного правоотношения, если совместимых общих норм обязательственного права больше тех, которые подлежат отсеиванию. И наоборот, в случае выявления неприменимости большинства норм из общих положений об обязательствах к такого рода обязанностям было бы неразумно подводить их под категорию обязательств. Этого требуют соображения экономии научных сил и снижения издержек правоприменения. Нет никакого прагматического смысла относить некое явление к устоявшейся гражданско-правовой категории, чтобы потом долго и мучительно обосновывать исключение применения большинства норм, формирующих правовой режим данной категории. Соответственно в такого рода случаях было бы удобнее и экономичнее истолковывать понятие обязательства, закрепленное в п. 1 ст. 307 ГК РФ, ограничительно, сузить охват этого понятия до исключительно обязательств, опосредующих предоставление экономического блага, и для восполнения образующегося регуляторного вакуума разработать новый институт гражданского права, к которому некоторые нормы об обязательствах можно применять по аналогии закона. Пока российское право в этом ключевом вопросе не определилось.

1.11. Как мы видим, законодатель вводит в предмет обязательства определенное поведение должника. На практике очень часто такие обязательства, опосредующие экономическое предоставление, дополняются гарантиями в отношении тех или иных характеристик осуществляемого предоставления. Например, продавец обязуется совершить действия по передаче покупателю в собственность индивидуально-определенного автомобиля, который обладает 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. Такие гарантии в подобных случаях входят в сам предмет обязанности как некоего поведенческого акта. В описанных случаях продавец обязуется совершить действия по передаче автомобиля, обладающего определенными характеристиками, или акций компании, которая в свою очередь обладает определенными характеристиками. Такие гарантии неотделимы от обязательства, а ответственность за несоответствие реального произведенного в рамках исполнения обязательства предоставления зафиксированным в законе или договоре гарантиям подчиняется общим правилам об ответственности за нарушение обязательства (ст. 393, 401 ГК РФ и др.).

Но иногда встречаются случаи, когда подобные гарантии сопровождают некое имущественное предоставление по договору, но при этом не «прикрепляются» к некоей обязанности. Например, по договору возмездной уступки обязательственного права (требования) чаще всего никакого обязательства передать это право не возникает, а право переходит в момент заключения договора (п. 2 ст. 389¹ ГК РФ), но в то же время cedent гарантирует цессионарию, что уступаемое право действительно, и может гарантировать ряд других его характеристик (например, то, что это право не заложено). Другой пример: при продаже движимой вещи, уже находящейся во владении покупателя (например, когда эта вещь ранее находилась у покупателя на правах аренды), продавец не берет на себя какое-либо обязательство что-либо делать или не делать, а самим фактом заключения договора купли-продажи 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 реальным договорам ссуды или займа родовых вещей у ссудодателя (займодавца) нет обязательства передать вещь, но в то же время он гарантирует ссудополучателю (заемщику) определенные качественные характеристики передаваемой вещи. В подобных случаях гарантии определенных характеристик предоставления не только не сопровождают обязательство, но и сами обязательства не являются (так как в их содержание не входит тот или иной поведенческий акт). 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. Так как буква ст. 393 ГК РФ, а также ряда других статей ГК РФ об ответственности (например, ст. 401 ГК РФ) предполагает ответственность в виде возмещения убытков только на случай нарушения *обязательства*, ответственность за предоставление ложных гарантий на первый взгляд лишается универсальной нормативной основы.

Тут возможны различные варианты решения этой догматической проблемы. Во-первых, можно формировать в российском праве некий новый институт договорных гарантий и ответственности за их недостоверность, к которому правила

об ответственности за неисполнение обязательства будут применяться по аналогии закона. 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. В-третьих, согласно новой редакции ГК РФ, вступившей в силу 1 июня 2015 г., правовой основой для ответственности за недостоверность гарантий качественных характеристики предоставления в указанных случаях может теоретически стать ответственность за предоставление ложных заверений по правилам ст. 431² ГК РФ. Выбор российского права пока не вполне очевиден.

Кроме того, иногда одна из сторон договора дает другой стороне заверения в отношении обстоятельств, которые вовсе не являются характеристикой предмета того или иного обязательства или предоставления (например, заверения в отношении самого контрагента, его финансового положения, структуры акционерного капитала, наличия лицензий, а также заверения в отношении отсутствия необходимости получения согласия на совершение сделки третьими лицами или иными органами управления данного контрагента и т.п.). Подобные заверения не являются обязательствами в смысле, который вытекает из определения этого понятия в комментируемой статье. К такой ситуации вряд ли логично применять концепцию договорных гарантий (если таковая будет когда-нибудь разработана) или расширительно применять положения об обязательствах. Здесь уместнее видеть проявление института обычных заверений и применять положения ст. 431² ГК РФ.

В п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на сей счет указано следующее: «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 431² ГК РФ) или при изъятии товара у покупателя третьими лицами (пункт 1 статьи 461 ГК РФ)». Впрочем, эта фраза пока никакую ясность в вопрос о природе таких гарантий не привносит.

1.12. Понятие обязательства, закрепленное в комментируемой норме, указывает на то, что действие или бездействие, входящее в предмет 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 законе, односторонней сделке, договоре или ином правовом основании.

Если согласно договору или закону предмет обязательства может конкретизироваться или даже определяться по одностороннему волеизъявлению одной из сторон (как правило, кредитора) или третьей стороны (например, оценщика), логично исходить из того, что такое определение и создает обязательство. До этого момента вряд ли разумно говорить о существовании полноценной обязательственной связи и, видимо, стоит говорить о существовании особого правового состояния «подвешенности» (сопоставимого с состоянием прав и обязанностей сторон сделки до наступления отлагательного условия). Иначе говоря, не может существовать обязательство, предмет которого может определяться по произвольному

усмотрению одной из сторон или третьего лица и еще не определен. При этом нет причин блокировать саму возможность породить обязательство таким образом (посредством одностороннего определения предмета обязательства или некоторых его условий по воле одной из сторон или третьего лица). 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, 3 ст. 5.1.7 Принципов УНИДРУА. Интересы соответствующей стороны в данном случае должен охранять принцип добросовестности в установлении обязательства (п. 3 ст. 307 ГК РФ), ограничивающий дискрецию управомоченной стороны. Подробнее о наиболее типичном варианте применения такого способа установления содержания обязательства по одностороннему волеизъявлению одной из сторон см. комментарии к п. 1 ст. 429¹, ст. 429³ ГК РФ.

1.13. Требование достаточной определенности не следует понимать слишком строго. Обязательство может иметь не определенный, а определимый предмет. В таком случае обязательство может считаться установленным, несмотря на отсутствие четко зафиксированного в договоре или законе содержания обязательства, если при этом сторонами согласован или законом установлен некий объективный алгоритм определения искомого содержания к моменту его исполнения. 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.). Представляется, что в подобных случаях обязательство существует и до момента окончательного определения его предмета.

В то же время в подобных ситуациях нередко бывают случаи, когда того фактора, который указан в договоре в качестве элемента некой формулы, определяющей содержание соответствующего условия договора, более не существует (например, иностранная валюта, к которой привязана цена договора, отменяется; индекс цен или биржевой индекс, к которому привязана арендная плата, перестает выпускаться и т.п.). Что должен делать суд в таком случае? Прекращение обязательства было бы явно непропорциональной реакцией. Возможно, разумно было бы применять в такой ситуации правило, аналогичное 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».

1.14. Кроме того, нередко закон или договор 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*. Например, закон требует вести себя добросовестно в рамках договорных правоотношений, оказывать друг другу необходимое содействие и сообщать друг другу необходимую информацию (п. 3 ст. 307 ГК РФ). Часто такие оценочные понятия используют при структурировании договора и сами стороны (например, обязанности

прилагать все необходимые усилия для достижения того или иного результата, сотрудничать и т.п.). Кристаллизация таких, на первый взгляд достаточно неопределенных, стандартов поведения осуществляется судами *ex post* при разрешении споров с опорой на обычаи, принятые в обороте или в практике взаимоотношений сторон стандарты деловой практики, принципы разумности и справедливости. Сама обязанность вести себя добросовестно вряд ли может считаться полноценным обязательством, но она является источником, из которого судебная практика может выводить различные обязательства со вполне определенным содержанием и применять их к отношениям сторон конкретного спора *ex post*. Подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 307 ГК РФ.

1.15. Как уже отмечалось, обязательство предполагает совершение должником тех или иных действий или воздержание от них. Также было отмечено, что иногда обязательство сопровождается гарантией тех или иных характеристик экономического предоставления, к которому обязан должник по соответствующему обязательству. Но нередко в предмет обязательства входит гарантия не характеристик самого предоставления, а достижения того или иного результата за счет такого предоставления. Так, например, в обязанности продавца входит не только совершение действий по передаче вещи, но и перенесение на покупателя права собственности на нее. В равной степени 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 и 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), не несет ответственности в случае, если его усилия не привели к результату, и имеет безусловное право на оплату своего труда независимо от того, увенчались ли его усилия успехом или нет. Во втором случае в предмет обязательства входит не только совершение необходимых действий, но и достижение результата, и поэтому мастер при недостижении искомого результата не считается исполнившим свое обязательство, несет ответственность (если не докажет наличие обстоятельств, освобождающих его от ответственности) и не имеет в этом случае права на получение оплаты. Воля сторон или закон могут породить и промежуточные варианты. Например, при недостижении результата нарушения обязательства нет, но при этом мастер не имеет права на оплату своего труда.

Законодательство может вводить регулирование данного аспекта в контексте тех или иных обязательств, закладывая в него соответствующую наиболее типичную и принятую в обороте модель отношений. Например, регулирование обязательств, возникающих из договоров возмездного оказания услуг, предполагает, что в предмет обязательства исполнителя входит лишь совершение тех или иных описанных в договоре действий, а в отношении обязательств по выполнению работ по договору подряда законодатель вводит гарантию достижения результата. Но из этого не следует делать вывод, что эти модели регулирования являются строго императивными. 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.). Поэтому нет никаких причин запрещать заключение договоров, предметом обязательств по которым будет не реконструкция дома, позволяющая обеспечить согласованный уровень сейсмоустойчивости, а приложение строительной организацией максимально возможных усилий для достижения данного результата. Равным образом должны признаваться договоры на оказание охранных услуг, в предмет которых будет входить не только совершение согласованных действий по охране тех или иных ценностей, но и гарантия сохранности охраняемого объекта. Последний тезис требует дополнительного обоснования.

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 признается в российском праве. Например, в Постановлении КС РФ от 23 января 2007 г. № 1-П Суд, обосновывая (спорный, но как минимум с политико-правовой точки зрения обсуждаемый) запрет на включение условия о «гонораре успеха» в договоры на оказание правовых услуг, необоснованно сделал более общее заключение, признав недопустимым в принципе 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. При этом Суд как будто бы забыл о конституционном принципе свободы договора, праве сторон заключать любые непоименованные и смешанные договоры.

Текст данного Постановления может быть истолкован так, что незаконным является как включение в предмет договора оказания услуг достижение того или иного результата, полностью зависящего от должника, так и достижение результата, зависящего от его усилий лишь частично. Первое в принципе абсолютно неверно, потому что в рамках такого объяснения можно было бы прийти к нелогичному выводу, что в предмет договора на оказание аудиторских услуг не может входить подготовка аудиторского заключения, в предмет договора на оказание услуг оценки – предоставление самого отчета об оценке, а в предмет договора на оказание платных услуг по подготовке правового заключения не может входить передача самого заключения. В связи с этим нужно отметить, что включение в договор оказания услуг такого вида «контролируемого исполнителем» результата признается в судебной практике ВАС РФ и, как правило, признается в практике арбитражных судов и поныне. 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.)».

Но может ли действительно в предмет договора на оказание услуг, в который в силу закона входит лишь совершение определенных действий, быть по воле сторон

включено достижение результата, который от действий исполнителя зависит, но не полностью? В официальном комментарии к ст. 5.1.4 Принципов УНИДРУА, которая признает свободу сторон во включении в предмет договора достижения результата, приводится следующий пример законного условия такого рода: «Торговый агент А принял на себя обязательство, что он достигнет квоты 15000 продаж в течение года на договорной территории». Как отечественное право должно относиться к такого рода возможности?

Прежде чем ответить на этот вопрос, следует разделить две разные ситуации. В первой в предмет обязательства должника достижение 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, обвинить коллектора в нарушении его обязательств нельзя, если он совершал действия в строгом соответствии с договором и проявил 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. Вторая ситуация возникает тогда, когда результат действительно входит в предмет обязательства и его недостижение не только оставляет исполнителя без оплаты его труда, но создает основания для привлечения исполнителя к ответственности за неисполнение обязательства.

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 (пожалуй, за исключением условий о «гонораре успеха» в договорах на судебное представительство). Судебная практика ВАС РФ сталкивалась с этой проблемой несколько раз и фиксировала законность привязки оплаты услуг исполнителя к достижению результата, который зависел от усилий исполнителя, 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».

В обоих постановлениях речь шла о возможности привязки оплаты за оказанные услуги к достижению исполнителем определенного результата, который зависел от действий исполнителя, но не полностью. Но можно ли идти дальше и, развивая этот подход, сделать вывод, что возможно и включение в предмет обязательства исполнителя такого результата? Этот вопрос в российской судебной практике и науке до сих пор остается дискуссионным. Но, на наш взгляд, нет причин запрещать создание по воле сторон таких обязательств. Отечественное право допускает принятие на себя продавцом гарантии того, что отчуждаемая им вещь будет соответствовать регуляторным (например, санитарным) требованиям, которые могут быть установлены в соответствующей стране; арендодателем — гарантии спокойного владения и пользования арендатором арендованной вещью; перевозчиком — гарантии сохранности груза в процессе перевозки; подрядчиком — гарантии того, что соответствующий объект будет им создан, и т.п. При этом право не смущает тот факт, что достижение результата во всех описанных случаях не всегда полностью контролируется соответствующим должником: в случае с поставкой санитарные правила могут измениться после заключения договора; в случае с арендой — нарушить спокойное владение арендатора могут третьи лица; в случае с перевозчиком перевозимый товар может быть украден в пути третьими лицами; в случае с подрядчиками объект может быть не построен по объективным техническим причинам. Так почему же на этом фоне право должно проявлять такой ригоризм в отношении договора на оказание услуг и запрещать сторонам включать в предмет обязательства достижение не полностью контролируемого исполнителем результата? В конечном счете если такой результат не был достигнут по обстоятельствам, за которые должник не отвечает (например, для коммерсантов — непреодолимая сила), а также по вине кредитора (ст. 404 ГК РФ), должник может быть освобожден от ответственности. Этого вполне достаточно для того, чтобы сбалансировать интересы сторон. В этом контексте, на наш взгляд, по большому счету нет политико-правовых причин блокировать возможность заключения, например, договора, по которому медицинское учреждение обязуется не лечить пациента, а вылечить его; комиссионер — не пытаться продать вещь комитента, а продать ее; охранная организация — не принимать меры к охране, а обеспечить сохранность вещи и т.п.

Правда, в российской науке до сих пор остается спорным вопрос о том, не влечет ли включение контролируемого должником в большей или меньшей степени результата в предмет обязательства перекалфикацию договора с договора оказания услуг на договор подряда, в рамках которого достижение результата входит в предмет обязательства подрядчика в силу положений законодательства. Этот вопрос явно выходит за рамки комментария к п. 1 ст. 307 ГК РФ.

Также следует отметить, что если степень зависимости искомого результата от действий исполнителя снижается ниже определенного критического уровня, надо говорить о том, что стороны не пытаются сформулировать обязательство по оказанию услуги как таковое, а делают ставки в рамках своего рода пари. Такого рода обязательства нашим правом также признаются, но они выходят за рамки синаллагматического договора и в силу ст. 1062 ГК РФ не всегда имеют судебную защиту.

Остается только отметить, что следует отличать включение в предмет договора достижения должником некоего результата от постановки встречного исполнения за уже полученное предоставление под условие, не зависящее от исполнившей свое

обязательство стороны (например, оплата за выполненные субподрядчиком работы при условии получения генподрядчиком оплаты). Подробнее см. комментарий к ст. 327¹ ГК РФ.

1.16. Как уже отмечалось, обязательственное правоотношение состоит из двух основных элементов: обязанности должника и корреспондирующего ей права кредитора требовать исполнения этой обязанности (притязания). От обязательственных прав следует отличать права преобразовательные (вторичные). Структура таких прав отличается от структуры прав обязательственных. Вторичное право — это право управомоченного лица по своей воле вторгнуться в правовую сферу другого лица и тем самым создать, изменить или прекратить те или иные права и обязанности для этого лица. Вторичному праву одного лица противостоит не обязанность другого лица что-либо сделать или не делать, а бремя претерпевания последним такого произвольного вторжения со стороны первого. К вторичным 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 до востребования одной из сторон, и т.п. Другой пример: право залогодержателя, получившего предмет залога во владение, обратиться на него с иском во внесудебном порядке не может быть описано как право требовать по обязательству: здесь речь идет о вторичном правомочии.

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. 429³ 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. 429³ ГК РФ).

1.17. В целом обязательство, имеющее природу относительного правоотношения, связывает конкретный набор субъектов правами и корреспондирующими им обязанностями, что отличает его от абсолютных правоотношений, в рамках которых права одного лица противостоят обязанностям всех третьих лиц воздерживаться от нарушения данных прав. Так, например, право человека на неприкосновенность частной жизни, честное имя или личную физическую неприкосновенность — это абсолютные права, равно как и право собственности или исключительное право. Но такие абсолютные права в случае их нарушения порождают классическое обязательственное правоотношение из деликта. Так, например, причинение вреда жизни или здоровью, уничтожение чужой вещи, вторжение в частную жизнь или диффамация могут влечь возникновение обязательства по возмещению вреда (материального, а в ряде случаев и морального).

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

2.1. Конечно, наиболее характерный и даже архетипический способ породить обязательство состоит в заключении договора. 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.

2.2. Что касается иных сделок, то здесь следует привести в качестве примеров такие порождающие обязательства односторонние сделки, как выдача банковской гарантии или публичное обещание награды.

2.3. Обязательства, возникающие из деликта или неосновательного обогащения, также являются традиционными видами обязательств, но, как показывает п. 2 ст. 307¹ ГК РФ, такие 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.

2.4. О каких иных указанных в законе основаниях говорит еще п. 2 комментируемой статьи? Тут можно привести в качестве примера судебное решение (например, выплата стоимости бесхозяйственно содержимой собственником культурной ценности при ее принудительном выкупе государством) или административный акт (например, выплата стоимости реквизируемого имущества по ст. 242 ГК РФ), когда закон связывает с таким решением или актом эффект возникновения гражданско-правового обязательства по уплате бывшему собственнику той или иной денежной суммы. Также можно привести случаи возникновения обязательств из завещательного отказа (ст. 1137 ГК РФ) или ведения чужого дела без поручения (гл. 50 ГК РФ).

2.5. Ранее в п. 1.17 комментария к настоящей статье было отмечено, что абсолютное право порождает обязательственное правоотношение по возмещению в случае деликта (причинения вреда этому праву). Но может ли обязательство возникать в иных случаях в рамках вещно-правовых отношений? При первом приближении можно прийти к такому выводу: если из закона следует, что в рамках таких отношений возникает относительная правовая связь между лицами, состоящая из обязанности одного совершить что-либо (или, наоборот, воздержаться от того или иного поведения) в пользу другого и права последнего требовать такого исполнения, можно как минимум допустить, что соответствующая норма закона говорит о возникновении обязательственной связи. Но здесь мы ступаем на скользкую почву. Данная проблематика на стыке обязательственного и вещного права в России разработана недостаточно.

Есть более или менее очевидные ситуации. Например, денежные возмещения при виндикации по правилам ст. 303 ГК РФ со всей очевидностью представляют собой обязательства.

Но встречаются и более дискуссионные случаи. Например, что происходит, если абсолютное вещное право собственности нарушено неким лицом без лишения владения и собственник требует по суду прекращения данного нарушения посредством негаторного иска по ст. 304 ГК РФ? Является ли должником по обязательству сторона, которая была на основании негаторного иска присуждена к совершению определенных действий или прекращению той или иной деятельности в целях исключения препятствий к использованию истцом принадлежащей ему вещи? В практике ВС РФ встречаются примеры распространения норм обязательственного права

на такого рода отношения. 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. 308³ ГК РФ) на случай присуждения судом ответчика к исполнению обязательства в натуре, может применяться и к ситуациям удовлетворения негаторного иска (подробнее об астренте см. комментариев к п. 1 ст. 308³ ГК РФ). В Определении КГД ВС РФ от 2 августа 2016 г. № 36-КГ16-8 Суд допустил применение правил о переходе долга в силу закона к ситуации продажи ответчиком по негаторному иску своего имущества, создававшего препятствие к использованию вещи истца, третьему лицу, прямо назвав обязанность ответчика «долговым обязательством» перед истцом.

Кроме того, сложным вопросом является проблема отнесения к категории обязательств относительного правоотношения, состоящего из обязанности одного лица и права требования другого лица, но возникающего из некоего базового ограниченного вещного права. В частности, можно ли говорить, что обязанности, вытекающие из соглашения о сервитуте (например, о внесении платы за сервитут одной стороной и предоставлении возможности прохода через свой участок другой стороной), являются элементами соответствующих обязательств, к которым применяются общие положения ГК РФ об обязательствах? Не вызывает сомнений, что некоторые нормы обязательственного права к таким обязанностям однозначно применимы (например, о праве сторон согласовать неустойку на случай нарушения обязательства, о праве на взыскание убытков в случае нарушения обязательства и т.п.). Но возможность применения всего комплекса норм обязательственного права к таким правоотношениям – вопрос более дискуссионный.

Та же проблема возникает и в случае с залогом и особенно с ипотекой. Последние суть ограниченные вещные права (как минимум когда в залог передается вещь), но нельзя не увидеть, что базовое притязание залогодержателя о выдаче ему предмета залога для обращения на него взыскания может рассматриваться и как обязательственное правоотношение с применением к нему как минимум многих общих норм об обязательствах. Не предвещая ответы на эти вопросы, заметим, что тот факт, что мы имеем дело с ограниченным вещным правом, противопоставимым третьим лицам, сам по себе еще не исключает того, что отношения сторон соответствующего вещного правоотношения могут иметь также и обязательственную природу (в полной мере или в той или иной степени).

Специфика таких обязанностей, вытекающих из ограниченных вещных прав, состоит в тесной их связи с правом собственности на вещь, в отношении которого возникает производное ограниченное вещное право, настолько тесной, что переход права собственности будет влечь автоматический переход и долга в рамках таких обязательств. Например, если собственник господствующего участка по соглашению о сервитуте продает свой участок, к новому собственнику в силу закона переходят обязанности по внесению платы за сервитут (как минимум на будущее). Применительно к таким случаям нередко говорят о так называемых вещных обязательствах.

Споры могут возникать и по поводу соглашения о порядке владения и использования общего имущества сособственников (ст. 247 ГК РФ), возлагающего на последних ряд обязанностей друг перед другом. Такое соглашение, казалось бы, находится в сфере скорее вещного права, но порождает правоотношения с участием ограниченного круга лиц, состоящие в установленных обязанностях и притязаниях.

Можно ли здесь говорить об обязательствах или речь идет об установлении вещных прав? Что происходит в случае отчуждения одним из собственников своей доли в праве? Переходят ли такие права и обязанности по заключенному соглашению на нового собственника доли?

Еще один вопрос: можно ли говорить, что обязанности собственников жилых помещений многоквартирного дома по финансированию его капитального ремонта суть обязательства? Часть 3 ст. 158 ЖК РФ прямо говорит в этом контексте об обязательствах, но идет ли здесь речь об обычных обязательствах, к которым применяются все общие нормы ГК РФ об обязательствах? Очевидно, что здесь речь идет о достаточно специфическом обязательстве, которое следует в силу прямого указания в ч. 3 ст. 158 ЖК РФ за правом собственности на квартиру (долг по уплате таких взносов предыдущего собственника переводится в силу закона на приобретателя квартиры). Встает вопрос о том, кто является кредитором по такому обязательству. Если считать других собственников квартир сокредиторами, возникает вопрос: происходит ли правопреемство в праве требования при отчуждении квартиры одним из сокредиторов?

В целом проблематика соотношения классических обязательств и взаимных прав и обязанностей, возникающих в рамках вещного права, в российском праве плохо разработана и порождает множество вопросов, которые мы вынуждены оставить за рамками настоящего комментария.

3. 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 рамках 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 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).

3.1. Обязанность вести себя добросовестно при установлении, исполнении или после прекращения обязательства является не столько каким-то особым видом обязанности, сколько источником возникновения тех или иных не зафиксированных в законе или договоре обязанностей, условий, правил и ограничений. Иначе говоря, принцип добросовестности – это источник формирования правоотношений. Из принципа добросовестности могут вытекать как обязательства-предоставления, так и иные обязанности (организационные обязанности, обязанности обеспечить безопасность и т.п.) и корреспондирующие им права. Этот же принцип может уточнять и конкретизировать те или иные закрепленные в договоре или законе обязательства (обязанности), а также являться ограничителем в осуществлении прав.

3.2. Действие принципа добросовестности при установлении обязательства затрагивает, во-первых, стадию ведения переговоров и в этой части дополнительно

проясняется в рамках ст. 434¹ ГК РФ, регулирующей ответственность за недобросовестное ведение переговоров (см. комментарий к ст. 434¹ ГК РФ). Во-вторых, этот принцип может быть применен при реализации одной из сторон секундарного права на одностороннее изменение или определение содержания обязательства. 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. Впрочем, судебная практика достаточно давно в этом контексте применяет ст. 10 ГК РФ вместе со ст. 168 ГК РФ (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25), и появление новой нормы о добросовестности при установлении обязательства, по сути, ситуацию не меняет.

3.3. Действие принципа добросовестности после прекращения обязательства может показаться на первый взгляд немного экзотичным. Законодатель тут, видимо, имел в виду, что суд, толкуя принцип добросовестности, может вывести некую дополнительную и не следующую ни из закона, ни из условий договора обязанность той или иной стороны, которую необходимо исполнять после прекращения основных обязательств, согласованных сторонами прямо. 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, а после прекращения договора аренды офиса в течение разумного срока сообщать арендатору о поступлении на его прежний адрес некой официальной корреспонденции (например, уведомлений из налогового органа).

3.4. 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 и императивным или не исключенным сторонами диспозитивным нормам закона, 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 обязанности действовать добросовестно и применить к ней те меры, которые право или договор предоставляют контрагенту на случай нарушения договора (право на расторжение, на взыскание убытков и т.п.).

Этот подход давно известен большинству континентально-европейских правовых порядков 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.; со стороны

кредитора — уступить обязательственное право по частям, разбив его на сотни мелких уступок различным цессионариям (обрекая при этом должника на осуществление вместо одного платежа сотен банковских переводов), или уклониться от принятия частичного исполнения поставщиком своего обязательства по поставке, формально опираясь на право не принять исполнение по частям, если объем недостачи очень незначительный, и т.п. Во всех подобных случаях сторона делает то, что ей формально разрешают закон или договор, или не делает то, что от нее закон или договор не требуют, но при этом поведение этой 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.

3.5. До появления 1 июня 2015 г. в ГК РФ п. 3 ст. 307 некоторые из указанных в данной норме проявлений принципа добросовестности ранее выводились из общего принципа добросовестности по п. 3 ст. 1 ГК РФ, а до появления в 2013 г. в тексте ГК РФ п. 3 ст. 1 — из общего запрета на злоупотребление правом, положений п. 2 ст. 6 ГК РФ и общих начал гражданского права. Так, например, Президиум ВАС РФ еще в 2011 г. закрепил, что «стороны договора должны действовать, руководствуясь, в том числе, соображениями сотрудничества» (**Постановление Президиума ВАС РФ от 25 июля 2011 г. № 3318/11**).

3.6. Принцип добросовестности в обязательственном праве в динамическом плане позволяет в рамках эволюционного развития судебной практики выводить все новые и новые конкретные правила поведения, формально не закрепленные в законе или в договоре. Так, например, применение принципа добросовестности может привести к выведению в российской судебной практике указанных в комментарии к п. 1 побочных обязанностей обеспечить безопасность в ходе исполнения основных обязательств по договору, которые могут не быть прямо зафиксированы в контракте или какой-то конкретной норме закона.

Иначе говоря, здесь мы, по сути, имеем легализацию судебного ретроспективного правотворчества, т.е. выработку судом новых, не отраженных в законе или договоре правил поведения на основе анализа оценочного понятия «добросовестность» и применения их к факту конкретного спора, с тем последствием, что поведение одной из сторон, отклоняющееся от этого выводимого судом стандарта поведения, будет считаться неправомерным и влечь фиксацию нарушения договора и привлечение лица к ответственности. Постепенное накопление такой судебной практики и ее фиксация на уровне правовых позиций ВС РФ позволяет сформировать массив «прецедентного» права, дополняющий законодательное регулирование обязательственных отношений все новыми и новыми обязанностями и ограничениями.

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 формально, как если бы это правило было закреплено в самом договоре или законе. Но до этого момента выведение судами конкретных правил поведения из общего принципа добросовестности является, по сути, не чем иным, как легализованным законодателем судебным правотворчеством.

В ходе накопления судебной практики эти выводимые из принципа добросовестности обязанности могут постепенно при помощи правовой науки разбиваться

на группы и категории, позволяющие впоследствии 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.

В качестве примера такой кристаллизации нового конкретного правила 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.

3.7. 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 осуществления прав. Заведомо недобросовестное осуществление того или иного права, в том числе в рамках обязательственных отношений (обязательственного права, секундарного права и т.п.), не допускается. Так, например, в ряде случаев с учетом конкретных обстоятельств могут быть признаны недобросовестными отказ от договора (п. 4 ст. 450¹ ГК РФ), одностороннее изменение его условий (п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, 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 (Определение ВС РФ от 20 мая 2015 г. № 307-ЭС14-4641), и т.п.

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. Дело в том, что запрет на злоупотребление правом был закреплен в ГК РФ с 1995 г. При этом злоупотребление правом есть не что иное, как заведомо недобросовестное осуществление права (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Поэтому за последние годы в практике высших судов стали выявляться определенные типичные категории недобросовестного осуществления права.

3.8. Среди таких типичных случаев злоупотребления правом в форме заведомо недобросовестного осуществления права следует прежде всего выделить совершение сделок или иных действий в обход закона. Обход закона на данный момент не имеет четкой дефиниции ни в законе, ни на уровне разъяснений судебной практики высших судов. Целый ряд вопросов применения этой доктрины также пока не решен (например, соотношение с институтом притворных сделок). Представляется, что обход закона имеет место тогда, когда лицо действует формально правомерно, но использует некоторые нетипичные правовые формы с умыслом на то, чтобы обойти императивное регулирование, установленное в отношении той правовой формы, которую в обороте обычно принято использовать для достижения соответствующей

шей экономической цели. Обход закона может состоять как в совершении сделок, так и в форме иных действий. В качестве примера применения судами доктрины обхода закона можно привести ситуацию выполнения коммерческой фирмой работ или оказания услуг для государственного заказчика без предварительного оформления договора и соблюдения соответствующих процедур государственных закупок с последующим подписанием акта приемки и попыткой взыскать долг с заказчика на основании правил о неосновательном обогащении. Когда у такого бездоговорного обогащения государственного заказчика и избегания соблюдения процедур оформления государственного заказа не обнаружено какой-то заслуживающей уважения причины, суды склонны отказывать в иске о неосновательном обогащении со ссылкой на запрет обхода закона (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 28 мая 2013 г. № 18045/12, определения КЭС ВС РФ от 21 января 2015 г. № 308-ЭС14-2538, от 3 августа 2015 г. № 309-ЭС15-26).

Согласно п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 23 «к сделке, совершенной в обход закона с противоправной целью, подлежат применению нормы гражданского законодательства, в обход которых она была совершена. В частности, такая сделка может быть признана недействительной на основании положений статьи 10 и пунктов 1 или 2 статьи 168 ГК РФ».

Остается только указать на то, что с 1 сентября 2013 г. обход закона прямо назван в п. 1 ст. 10 ГК РФ как одна из возможных форм злоупотребления правом.

3.9. Также наметилась явная тенденция выделять в судебной практике такой вид недобросовестного осуществления права, как попытка его осуществить после того, как лицо ранее своим поведением давало другим лицам разумные основания полагать, что это право осуществлено не будет (запрет на непоследовательное и противоречивое поведение). Этот хорошо известный в зарубежном праве и выводящийся во многих европейских странах из общего принципа добросовестности институт (*venire contra factum proprium*, аналог в английском праве — *estoppel*) известен и международным актам унификации частного права (см. ст. 1.8 Принципов УНИДРУА и ст. I.-1:103 Модельных правил европейского частного права). В последнее время этот институт стал прямо признаваться российскими высшими судами либо имплицитно в рамках применения нормы п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 1 ГК РФ, либо даже с непосредственным использованием понятия «эстоппель» применительно к различным вопросам обязательственного или процессуального права. Непоследовательное и противоречивое поведение при осуществлении права, подрывающее сформированные прежним поведением (в том числе и бездействием) управомоченного лица разумные ожидания других лиц, рассматривается судами как основание для блокирования (отказа в защите) материального или процессуального права (на отказ от договора, осуществление иного секундарного права, выдвижение материально-правовых или процессуальных возражений и т.п.).

Примеры прямого упоминания доктрины эстоппель или использования ст. 10 ГК РФ в рамках указанной логики без прямого упоминания эстоппеля в практике высших судов см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № 1332/14 (эстоппель назван как основание утраты права ссылаться на отсутствие у менеджера головной компании полномочий выступать от имени дочерней, если своим бездействием дочерняя компания дала третьим лицам основания полагаться на наличие у соответствующего менеджера головной компании полномочий); Определение

КГД ВС РФ от 2 июня 2015 г. № 66-КГ15-5 (утрата права оспаривать действительность договора займа, если оспаривающее лицо после его заключения получило исполнение и приступило к погашению долга согласно графику платежей, а потом отказывалось осуществлять свое встречное исполнение); Постановление Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2012 г. № 1649/13 и Определение КЭС ВС РФ от 20 июля 2015 г. № 307-ЭС15-1642 (утрата права ссылаться на ничтожность сделки, если сторона ранее своим поведением давала третьим лицам основания полагаться на ее действительность); Постановление Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2011 г. № 13970/10 и п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165 (утрата права ссылаться на незаключенность договора из-за отсутствия существенных условий, если лицо после подписания договора принимало исполнение или иным образом подтвердило действие договора); п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 (утрата права на расторжение договора аренды из-за имевших место просрочек в оплате в случае нереализации этого права в разумный срок после получения просроченных платежей); Постановление Президиума ВАС РФ от 22 марта 2011 г. № 13903/10 и Определение КЭС ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 305-ЭС15-9906 (утрата права на сепаратное взыскание процентов после подписания мирового соглашения по основному долгу, не упоминавшего сохранение за истцом права на последующее взыскание процентов); Постановление Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2012 г. № 1649/13 (утрата права на оспаривание подсудности дела арбитражному суду, если лицо вступило в процесс и не заявило сразу о нарушении подсудности); Определение КЭС ВС РФ от 13 апреля 2016 г. № 306-ЭС15-14024 (утрата права возражать против подведомственности дела арбитражному суду, если лицо своевременно об этом не заявило); Определение КЭС ВС РФ от 24 февраля 2015 г. № 304-ЭС14-495 (утрата права оспаривать решение третейского суда по причине его аффилированности с оппонентом в случае, если об этом сторона не заявляла в ходе рассмотрения дела в третейском суде); Определение КЭС ВС РФ от 9 октября 2014 г. № 303-ЭС14-31 (утрата права на возражение о ненадлежащем ответчике, если такое возражение не было заявлено сразу же при первом рассмотрении дела); Постановление Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 12913/12 (утрата права на «безакцептное» списание акций с лицевого счета продавца на основании заранее подписанного им и переданного покупателю передаточного распоряжения при нереализации данного права в течение нескольких лет) и др.

Ряд норм, в той или иной степени напоминающих правило эстоппель, был закреплен законодательно в рамках реформы ГК РФ в период с 2013 по 2015 гг. (п. 2, п. 5 ст. 166, п. 3 ст. 173¹, п. 2 ст. 431¹, п. 3 ст. 432, п. 5 ст. 450¹ ГК РФ; подробнее см. комментарии к соответствующим статьям).

Следует уточнить, что, несмотря на обширную судебную практику по этому вопросу, до сих пор какого-либо ясного понимания всех граней доктрины эстоппель и границ его применения в нашем праве нет. В частности, не совсем ясны критерии разграничения утраты права в силу противоречивого поведения (эстоппель) и института отказа от осуществления права. Можно ли свести эти различия к тому, что эстоппель влечет блокирование права в силу конклюдентного поведения, в то время как отказ от осуществления права, когда он допущен законом (например, п. 6, 7 ст. 450¹ ГК РФ), является односторонней сделкой, требующей соответствующего оформления, или есть более глубокие различия? Нет ли несогласованности в том,

что отечественное право столь активно применяет доктрину эстоппель к самым разным правоотношениям и при этом относится к прямому отказу от осуществления права настолько настороженно, что допускает его только в случаях, прямо указанных в законе (п. 2 ст. 9 ГК РФ)? Ответить на эти сложные вопросы в рамках настоящего краткого комментария не представляется возможным.

Кроме того, можно дискутировать насчет того, действительно ли является утрата права на оспаривание сделки по правилам п. 2 ст. 166 и п. 2 ст. 431¹ ГК РФ частным случаем применения доктрины эстоппель, а значит, и идеи запрета недобросовестного осуществления права (п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 ГК РФ). Или здесь речь идет о какой-то более формализованной доктрине ратификации (подтверждения) оспоримой сделки (как то предусмотрено в ст. II.-7:211 Модельных правил европейского частного права), при которой ратификация рассматривается как односторонняя сделка?

Иначе говоря, границы применения запрета на противоречивое поведение в российском праве пока не прояснены.

3.10. Итак, согласно п. 3 ст. 307 ГК РФ сторона обязательства обязана делать не только то, что предписано ей законом или договором, но и то, что вытекает из принципа добросовестности, а в силу п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ сторона должна при осуществлении формально принадлежащего ей права соизмерять свои действия с принципом добросовестности и избегать заведомо недобросовестного осуществления права. Но как суду определить, что конкретно вытекает из принципа добросовестности? Безусловно, толкование этого принципа есть процесс творческий, построенный в значительной степени на судебной дискреции. 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 некой социальной реальности, практики деловых отношений и исключает его субъективную моральную оценку соответствующей практики.

Безусловно, суд при оценке добросовестности может и должен опираться на сложившуюся практику делового оборота. Более того, он, видимо, должен с такого анализа начинать. Но ограничить анализ добросовестности только фиксацией соответствия или несоответствия поведения лица этому сложившемуся в обороте 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. На наш взгляд, это ни в коем случае не делает такое поведение продавца добросовестным, так как это поведение абсолютно нечестно, а его распространение в обороте эко-

номически нецелесообразно. Из сущего должное не выводится. То, что есть в социальной реальности, не является непререкаемым мерилom должного поведения. Поэтому под ожидаемым от любого участника оборота надо понимать поведение, которое будет соответствовать нравственным и иным нормативным представлениям о *честной* деловой практике. Если сложившаяся практика аморальна и экономически нецелесообразна, суд может признать поведение лица, строго соответствующее этой порочной практике, недобросовестным.

3.11. Согласно п. 5 ст. 10 ГК РФ, а также правовой позиции ВС РФ, закрепленной в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, добросовестность участников гражданских правоотношений (в том числе сторон обязательства) и разумность их действий предполагаются, пока не доказано иное. Соответственно бремя доказывания недобросовестного исполнения обязательств или иных форм недобросовестного поведения лежит на том лице, которое пытается привлечь недобросовестную сторону к ответственности за такое поведение или апеллирует к иным правовым последствиям недобросовестного поведения.

3.12. Согласно очень важному разъяснению, которое ВС РФ закрепил в п. 1 Постановления Пленума от 23 июня 2015 г. № 25, «поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным не только при наличии обоснованного заявления другой стороны, но и по инициативе суда, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения». Но, как отмечает Суд, при желании применить принцип добросовестности по собственной инициативе суд «выносит на обсуждение обстоятельства, явно свидетельствующие о таком недобросовестном поведении, даже если стороны на них не ссылались (статья 56 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, статья 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации)». Это разъяснение следует понимать так, что вынесение решения на основе принципа добросовестности не должно быть неожиданным для сторон, и суд должен дать им возможность представить свои пояснения по указанному вопросу и аргументы в пользу или против такой квалификации поведения соответствующей стороны. При этом суд, вынеся этот вопрос на обсуждение, не связан позицией, которую займут стороны. Если ни одна из сторон явно не поддержит идею о недобросовестности, суд тем не менее все равно вправе применить данный принцип.

3.13. Применение принципа добросовестности требует от суда учета всех обстоятельств дела, цели и существа договора, сложившейся практики деловых отношений. Суд должен стараться сформулировать на основании толкования принципа добросовестности то правило, которое разумные и честные стороны согласовали бы, будь у них такая возможность. Так, например, по общему правилу доставка товара на склад покупателя в пределах срока поставки, но в ночное время явно является 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.

3.14. Стороны договора не могут абстрактно исключить применение принципа добросовестности и освободить заранее недобросовестную сторону от неблагоприятных правовых последствий своей недобросовестности, выдав ей индульгенцию на такое поведение. Это общепризнанное в мире (см., в частности, п. 2 ст. III.-1:103 Модельных правил европейского частного права, п. 2 ст. 1.7 Принципов УНИДРУА)

ограничение свободы договора вытекает из строго императивного статуса норм п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ.

В то же время стороны могут своим договором в определенных пределах прямо легализовать конкретное поведение, которое при отсутствии такого условия договора могло бы быть признано недобросовестным. Так, например, стороны могут допустить возможность доставки товара в ночное время, уплату крупного денежного долга монетами, отказ от приемки товара независимо от объема недостачи, частичную уступку требования третьим лицам сколь угодно мелкими порциями и т.п. В то же время такие условия договора могут стать предметом судебного *ex post* контроля с опорой на общие нормы ст. 10, 428 и 169 ГК РФ. В частности, в конкретных обстоятельствах такие условия, будучи навязанными слабой стороне договора, могут быть не признаны судом и квалифицированы как явно несправедливые.

Статья 307¹. 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. Пункт 1 ст. 307¹ ГК РФ, появившийся в ГК РФ летом 2015 г., закрепляет идею, которая всегда была очевидна в российском праве и вытекает из действия общего 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.

1.1. Куда более важно другое. При буквальном прочтении нормы п. 1 ст. 307¹ ГК РФ следует, что иные федеральные законы, регулирующие конкретные виды договоров (например, потребительские, договоры оказания услуг связи, лизинга, транспортной экспедиции 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 поло-

жения 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 положениями об отдельных видах договоров, установленными не ГК РФ, а другими федеральными законами. С учетом того, что положение п. 1 ст. 307¹ 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 бóльшая часть общих норм обязательственного права содержит специальную оговорку о том, что иное может следовать из положений других законов. Но достаточно много общих норм обязательственного права, которые такую оговорку не содержат. Из буквального прочтения п. 1 ст. 307¹ 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 абз. 2 п. 2 ст. 3 ГК РФ содержится идея о том, что «нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу». Долгое время по поводу этой нормы в российской науке и судебной практике были разночтения, которые сохраняются и поныне.

С одной стороны, некоторые ученые и суды исходили из того, что эта своего рода коллизионная норма при «горизонтальной коллизии» общих норм ГК РФ и иных (даже специальных или более поздних) федеральных законов отдает приоритет нормам ГК РФ. Такое решение превращает ГК РФ в своего рода источник высшей юридической силы по отношению к иным федеральным законам в сфере гражданского права. Этот подход, в частности, нашел закрепление в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14. С другой стороны, иные ученые и суды высказывали сомнения в том, что норма одного федерального закона, пусть и названного ГК РФ, может с точки зрения конституционного права закрепить приоритет этого кодифицированного закона перед другими федеральными законами в отступление об общеправовых принципов толкования конфликтующих норм законов. К последним относятся приоритет специальных норм перед общими (*lex specialis derogat generali*) и приоритет более позднего закона перед более старым (*lex posterior derogat priori*).

В Определении КС РФ от 3 февраля 2000 г. № 22-О указывалось, что «противоречия... между ГК РФ и другими федеральными законами... должны устраняться в процессе правоприменения, так как Конституцией Российской Федерации не определяется и не может определяться иерархия актов внутри одного их вида, в данном случае – федеральных законов. Ни один федеральный закон в силу статьи 76 Конституции Российской Федерации не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой». Та же позиция озвучивалась КС РФ и в Определении от 5 ноября 1999 г. № 182-О.

В то же время тот же КС РФ в Постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П пришел к выводу о конституционности норм п. 1, 2 ст. 7 УПК РФ, устанавливающих приоритет норм УПК РФ перед уголовно-процессуальными нормами, закрепленными в иных федеральных законах. Как указал КС РФ, «федеральный законодатель – в целях реализации конституционных принципов правового государства, равенства и единого режима законности, обеспечения государственной защиты прав и свобод человека и гражданина в сфере уголовной юстиции, – кодифицируя нормы, регулирующие производство по уголовным делам, вправе установить приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации перед иными федеральными законами в регулировании уголовно-процессуальных отношений». Этот подход позволяет допустить, что теоретически аналогичное решение может быть выведено и в отношении проблемы «горизонтальной коллизии» в рамках гражданского законодательства.

Этот вопрос всегда был болезненным, так как порождал фундаментальную неопределенность в вопросе о применимых нормах в условиях, когда множество специальных законов вводит регулирование тех или иных специфических отношений в отступление от общих норм ГК РФ. Он остается острым и до сих пор (например, в отношении вопросов корпоративного, вещного права и т.п.). И на этом фоне применительно к обязательственным отношениям новая норма, закрепленная в 2015 г. в п. 1 ст. 307¹ ГК РФ (как минимум при буквальном ее прочтении), 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.

При этом приоритет специальных законов, видимо, теперь не должен вызывать сомнений в ситуации, когда норма такого специального закона принята позже конфликтующей с нею общей нормы обязательственного права. Тут принцип *lex specialis* и принцип *lex posterior* приводят к одному и тому же результату. Более сложная ситуация возникает тогда, когда более поздней является общая норма обязательственного права, а более старой является норма некоего специального закона. Эта проблема стала особенно острой после реформы норм обязательственного права ГК РФ летом 2015 г., которая не сопровождается внесением корреспондирующих правок во множество федеральных законов об отдельных видах договоров. Такие нормы нередко дублировали действовавшие на тот момент общие положения об обязательствах, но после реформы общей части обязательственного права в ГК РФ вступили в конфликт с некоторыми обновленными общими нормами. Иначе говоря, здесь принципы *lex specialis* и *lex posterior* начинают между собой конфликтовать.

КС РФ в Постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П в отношении данной коллизии указал следующее: «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.

В то же время однозначной ясности в этом вопросе до сих пор нет. Встречается точка зрения, что в случае подобных коллизий суды могут разрешать их ситуативно на основе анализа целей более поздней законодательной реформы, здравого смысла, конституционных или иных соображений. Как бы то ни было, разумно предположить, что как минимум в контексте обязательственного права новая норма п. 1 ст. 307¹ ГК РФ может толковаться как отдающая приоритет в конфликте этих принципов толкования принципу *lex specialis*. 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. Исключение, которое может обсуждаться, проявляется тогда, когда более старая специальная норма закона в свое время дублировала действовавшую в тот период общую норму ГК РФ: в такой ситуации есть аргументы в пользу того, чтобы в отступление от принципа, закрепленного в комментируемом положении, при изменении впоследствии общей нормы ГК РФ применять именно последнюю.

1.2. Может ли действие общих положений об обязательствах быть заблокировано или изменено подзаконными нормативными правовыми актами, принятыми Правительством РФ или иными федеральными органами исполнительной власти на основании делегированной федеральным законом компетенции? Толкование п. 5 и 7 ст. 3 ГК РФ в системном единстве с положениями п. 1 ст. 307¹ 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. В то же время 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 вполне возможны.

2. Норма п. 2 ст. 307¹ 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*). Но, 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. Последнее действительно важный аспект, который указывает на то, что, несмотря на безусловную обязательственную природу деликтных и кондикционных правоотношений, такие обязательства обладают значительной спецификой. Общие правила об обязательствах индуцировались на протяжении веков европейскими и отечественными 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 полномочиями отказаться применять эти общие нормы, констатировать пробел в законе и разрешить спор на основании аналогии закона или права или посредством применения принципов разумности, справедливости и добросовест-

ности (ст. 6 ГК РФ) или уточнить применение общих положений об обязательствах с учетом специфики таких отношений.

3. 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.

3.1. Обращает на себя внимание то, 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 выглядит как намек на то, что такие требования обязательственными в точном смысле этого слова не являются, а их подчинение общим правилам об обязательствах является традиционным для ГК РФ юридико-техническим приемом, посредством которого законодатель переносит регулирование, установленное в Кодексе в отношении одного института, на другой, схожий институт. В то же время вопрос о наличии у таких требований поистине обязательственной природы в научном плане до сих пор остается открытым. Комментируемая норма закона не препятствует выводу о том, что такие требования хотя и обладают определенной спецификой, но все же являются элементами обязательства. Ранее в судебной практике ВАС РФ однозначно признавалось, что обязанность вернуть имущество в порядке реституции порождает полноценное обязательство (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102). Думаю, такое решение этого доктринального вопроса оправданно как минимум в отношении реституции.

Например, очевидно, что, как бы мы ни отвечали на теоретический вопрос об обязательственной природе реституции, в силу этой нормы п. 3 ст. 307¹ ГК РФ реституционное требование 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). Следует также отметить, что 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»). Кроме того, долг из такого требования может быть прощен, прекращен новацией или передачей отступного (в отношении отступного см. п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102). Единственный нюанс, который здесь следует учитывать, состоит в том, что реституция осуществляется, как правило, по судебному решению, соответственно такое прекращение обязательства на стадии после вынесения судом решения должно оформляться в форме утверждаемого судом мирового соглашения.

Также мы не видим препятствий к тому, чтобы корпоративное право на выплату действительной стоимости доли при исключении или выходе участника из ООО могло бы быть уступлено, обеспечено, прекращено прощением долга, новацией

или предоставлением отступного. В то же время не менее очевидно, что некоторые общие нормы об обязательствах к таким требованиям в силу их специфики применяться не могут. Перечень таких случаев, видимо, должен вырабатываться на уровне науки и судебной практики.

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. Пункт 1 ст. 308 ГК РФ содержит указание на то, что в силу закона или договора может иметь место множественность на стороне должника или кредитора, т.е. ситуация, когда в качестве содолжников или сокредиторов выступает несколько лиц. В качестве примера установления солидаритета в обязательстве на уровне закона можно привести ст. 707 ГК РФ.

Также здесь указывается на то, что истечение срока исковой давности по требованию к одному из содолжников само по себе не затрагивает требований кредитора к остальным содолжникам. Так, например, если один из содолжников признал долг, это прервет срок давности только по требованию к этому содолжнику; по требованию к другому содолжнику срок давности истечет. Соответственно может случиться так, что требование к одному из содолжников будет задавнено, но это не будет при делимости предмета обязательства препятствием к удовлетворению требования к другому содолжнику.

Наконец, согласно п. 1 комментируемой статьи недействительность требования к одному из содолжников сама по себе не затрагивает требований кредитора к остальным содолжникам. Так, например, если один из содолжников в момент заключения договора был признан недееспособным, сделка в части, затрагивающей участие этого содолжника в обязательстве, окажется ничтожной по п. 1 ст. 171 ГК РФ только в отношении этого недееспособного содолжника, в то время как требование кредитора к другому, дееспособному содолжнику останется действительным.

Более подробно вопросы множественности лиц в обязательстве урегулированы в ст. 321–326 ГК РФ.

2. Пункт 2 достаточно четко указывает на то, что двусторонне обязывающий договор не равнозначен обязательству. Обязательство – это элементарная правовая связь между должником и кредитором. Поэтому в таких договорах имеют место несколько взаимных обязательств, в рамках которых каждая из сторон договора выступает либо в качестве должника, либо в качестве кредитора.

2.1. Договоры, возлагающие обязательства на обеих сторон, 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.

Но 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 (передать вещь во временное владение и пользование), так и на ссудополучателя (пользоваться ею в соответствии с ее назначением и вернуть вещь 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 не взаимному обмену встречными предоставлениями, а достижению некой общей цели или координации поведения в рамках некоего юридического сообщества (например, акционерное соглашение, соглашение участников ООО, договор простого товарищества).

2.2. Во всех подобных случаях договорное правоотношение намного шире элементарного обязательства, входящего в структуру такого правоотношения.

Такие договоры, возлагающие обязательства на все стороны договора, следует отличать от односторонне обязывающих договоров, по которым обязанной стороной является лишь одна из сторон (например, договор поручительства или консенсуальный договор дарения). Иногда считается, что здесь само договорное правоотношение, 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 и в таких случаях не стоит забывать, что на кредитора могут возлагаться определенные дополнительные договорные обязанности (например, по добросовестному сотрудничеству, информированию и т.п.). Так что и здесь правовой эффект договора может оказаться шире элементарного обязательства.

2.3. Кроме того, не следует забывать, что существуют договоры, которые вовсе не порождают какие-либо обязательства в чистом виде, а влекут лишь сугубо распорядительный эффект (например, реальный договор дарения) или иной необя-

зательственный правовой эффект (например, соглашение об уступке залогового старшинства).

3. Пункт 3 комментируемой статьи закрепляет важнейший принцип, вытекающий из идеи относительности обязательственной связи. Обязательство обязывает к тому или иному поведению исключительно его сторону и не создает обязанности для лиц, в обязательстве не участвующих. Так, заключение договора не может возложить на третьих лиц, не участвующих в заключении договора, те или иные договорные обязанности. Условия договора об ином должны считаться ничтожными по п. 2 ст. 168 ГК РФ как противоречащие императивной норме 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, в котором предусмотрено сохранение связанных с первоначальным обязательством дополнительных обязательств залогодателя, не являющегося должником, ничтожно».

Из этой нормы арбитражная практика по существу вывела еще более общий вывод о невозможности возложения соглашением сторон на 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. абз. 5 п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73; абз. 1 п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42; Постановление Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2011 г. № 13534/10).

В связи с этим возникает вопрос о том, может ли закон допустить, что договор будет порождать обязанности для лиц, не участвующих в таком договоре. 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 законах подобных норм, как минимум если наше право в связи со вступлением в силу новой нормы п. 1 ст. 307¹ ГК РФ окончательно признает приоритет норм об отдельных видах договоров, установленных специальными законами, перед общими нормами ГК РФ об обязательствах. Но конституционность такого рода законов, устанавливающих допустимость возложения по договору между двумя лицами обязательств на третьих лиц, не участвующих в договоре, может вызывать большие сомнения. В частности, такие сомнения вызывают положения ст. 36 Устава железнодорожного транспорта, ст. 79 Кодекса внутреннего водного транспорта Российской Федерации, ст. 15 Устава автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта, ст. 111 Воздушного кодекса Российской Федерации, которые возлагают на грузополучателя обязанность приемки прибывшего к нему груза. Такая обязанность, безусловно, есть, если она возложена на него договором с грузоотправителем (при этом эта кредиторская обязанность именно перед грузоотправителем, а не перед 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, ни о какой обязанности по приемке 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 ка-

честве 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 иного заключенного получателем груза договора, возлагающего на него такую кредиторскую обязанность.

3.1. Из положения комментируемой нормы следует, что 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. Например, 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 цедентом (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

3.2. В то же время, как указано в комментируемом пункте, закон, иной правовой акт или соглашение сторон могут допустить, что обязательство будет предоставлять третьему лицу, формально не являющемуся стороной обязательства, определенные права. Такая ситуация имеет место, в частности, при заключении договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ).

Статья 308¹. 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. Статья 308¹ ГК РФ посвящена альтернативному (разделительному) обязательству, ключевая особенность которого заключается в наличии в таком обязательстве не одного, а нескольких возможных предметов, при том что предоставление любого из указанных предметов является надлежащим исполнением.

Легальная дефиниция п. 1 ст. 308¹ ГК РФ связывает альтернативное обязательство только с неопределенностью (альтернативностью) предмета. Вместе с тем категория альтернативности в обязательственном праве является универсальной и может касаться и других атрибутов исполнения обязательства: способа, места, времени. 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. 308¹, 320 ГК РФ) и их применению и к иным, нежели предмет, случаям альтернативности.

1.1. Предметы альтернативного обязательства могут быть характерны для разных договорных типов (например, передать определенную вещь или оказать оговоренную услугу) или одного и того же договорного типа (например, передать одну или другую вещь). Если предметы альтернативного обязательства относятся к одному роду (например, передать один или другой костюм), они должны быть индивидуализированы. В противном случае обязательство будет считаться не альтернативным, а родовым. В рамках последних существует единственный предмет, определенный родовыми признаками. При исполнении такого обязательства имеет место не выбор предмета исполнения (ибо все возможные предметы исполнения одинаковы), а только отделение или выделение из общей массы требуемого количества. Право выделения в родовых обязательствах всегда принадлежит должнику, который, в отсутствие соглашения об ином, должен предоставить вещи среднего качества.

Альтернативное обязательство следует отграничивать от обязательства *условного* (см. ст. 157, 327¹ 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 факультативного (см. ст. 308² ГК РФ и комментарий к ней).

1.2. 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).

1.3. Каждый из предметов альтернативного обязательства имеет самостоятельное значение. Недействительность одного из элементов выбора в альтернативном обязательстве не затрагивает остальных; действительным в такой ситуации является исполнение в отношении одной из оставшихся альтернатив.

Исходя из самостоятельности предметов альтернативного обязательства должен решаться и вопрос о невозможности исполнения одного из альтернативных действий. В случае, когда до осуществления выбора управомоченным лицом исполнение одного из альтернативных действий стало объективно невозможным по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, кредитор вправе требовать от должника оставшегося возможным исполнения.

Если исполнение одного из двух действий стало невозможным по обстоятельствам, за которые отвечает должник, и ему принадлежало право выбора, кредитор вправе требовать оставшегося возможным исполнения. Если в указанном случае право выбора принадлежало кредитору, то он вправе по своему усмотрению требовать либо возмещения убытков, причиненных невозможностью исполнения этого действия, либо оставшегося возможным исполнения другого действия.

Если невозможность исполнения одного из действий наступила по обстоятельствам, за которые отвечает кредитор, и право выбора принадлежало должнику, последний освобождается от исполнения обязательства (ст. 416 ГК РФ). Если в указанном случае право выбора принадлежало кредитору, то он вправе потребовать

исполнения оставшейся обязанности так, как если бы он сделал такой выбор (п. 46 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

1.4. Присущая альтернативному обязательству неопределенность предмета в числе прочего означает невозможность определения свойств такого обязательства вплоть до превращения его в простое (ординарное).

1.5. Характерным атрибутом альтернативного обязательства является право выбора предмета исполнения. По своей правовой природе данное право относится к числу правоизменяющих секундарных прав. Ему не противостоит какая-либо обязанность другой стороны, а его реализация влечет изменение обязательства (см. далее п. 2).

Право выбора в альтернативном обязательстве является несамостоятельным секундарным правом, оно осложняет содержание обязательства, но не существует параллельно с ним. В связи с этим автономная уступка права выбора отдельно от основного требования является недопустимой.

1.6. В качестве общего правила п. 1 ст. 308¹ 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. 308¹ 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.

1.7. Право выбора предмета исполнения осуществляется посредством заявления управомоченного на это лица (стороны обязательства или третьего лица).

По своей юридической природе заявление о выборе представляет собой одностороннюю сделку и производит правовой эффект с момента его восприятия другой стороной (сторонами – в случае осуществления права выбора третьим лицом). Поскольку выбор направлен на устранение неопределенности, он является актом окончательным и не может быть дезавуирован после того, как был воспринят адресатом (п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

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 (см. п. 1 ст. 320 ГК РФ). При этом подобное конклюдентное действие зачастую содержит в себе два волеизъявления: выбор предмета исполнения и предоставление выбранного предмета, совершаемые одновременно. Это разграничение крайне важно. Так, если одно из таких волеизъявлений не соответствует закону, данное обстоятельство само по себе не порочит и не дезавуирует другое. Например, если должник, имеющий право выбора, предоставляет часть одного из предметов кредитору, последний вправе не принимать такое исполнение (см. ст. 311 ГК РФ).

и комментариев к ней). Однако вне зависимости от принятия (непринятия) такого частичного исполнения кредитором, волеизъявление должника на выбор должно считаться совершенным.

2. 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. Комментируемая статья не содержит прямого указания на действие акта выбора. Поскольку целью выбора является уточнение неопределенности предмета, но не прекращение обязательства и возникновение на его месте нового, следует признать, что акт выбора имеет обратную силу – выбранный предмет считается единственным предметом обязательства, существовавшим с самого начала.

Так, если в качестве альтернатив выступали уплата денежной суммы или передача вещи, выбор, осуществленный в пользу первой из альтернатив, означает, что такое обязательство должно рассматриваться как денежное с самого момента его возникновения. Соответственно, к такому обязательству будут применяться правила ст. 395 ГК РФ, и на сумму задолженности будут начисляться предусмотренные указанными статьями проценты с момента просрочки, а не с момента возможно более позднего осуществления выбора. Данный подход находит подтверждение и в судебной практике (п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69, п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Статья 308². 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

(а) Статья 308² 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. 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, несмотря на свойства факультативного предмета (суррогата).

Недействительность основного предмета факультативного обязательства влечет недействительность обязательства в целом. 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.

(б) 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, абз. 1 ст. 41 Положения о переводном и простом векселе 1937 г.).

(в) Обязательство может сразу возникнуть как факультативное. Вместе с тем не исключена ситуация, когда изначально ординарное обязательство может быть по соглашению сторон модифицировано в факультативное (п. 47 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

(г) Ключевой характеристикой факультативного обязательства является право на замену. По прямому указанию ст. 308² ГК РФ данное право принадлежит всегда и исключительно должнику. Кредитор имеет право требования лишь в отношении основного предмета исполнения (см. ст. 320¹ ГК РФ и комментарий к ней).

По своей правовой природе право на замену представляет собой секундарное право.

Право на замену является несамостоятельным секундарным правом, его автономный оборот невозможен.

Такому праву 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).

(д) Реализация права на замену осуществляется посредством волеизъявления должника, являющегося по своей правовой природе односторонней сделкой.

Ввиду отсутствия особых требований к форме (п. 1 ст. 159 ГК РФ), такая сделка может быть совершена и устно или посредством конклюдентных действий (п. 2 ст. 158 ГК РФ).

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 предмета основного обязательства.

При этом следует иметь в виду, что право на замену может, по всей видимости, быть реализовано должником только полностью. Если иное не установлено согла-

шением 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.

(е) Факультативные обязательства следует отграничивать от обязательств альтернативных (ст. 308¹ ГК РФ). Последние характеризуются наличием нескольких предметов, причем предоставление любого из указанных предметов является надлежащим исполнением.

Практическая значимость различия между указанными выше видами обязательств заключается в следующем. В альтернативном обязательстве в случае бездействия должника по общему правилу право выбора переходит к кредитору 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). 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. 320¹ ГК РФ).

(ж) О соотношении конструкции факультативного обязательства и института отступного см. комментарий к ст. 409 ГК РФ.

Статья 308³. 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. Пункт 1 ст. 308³ ГК РФ закрепляет, что 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. Эта норма, вступившая в силу 1 июня 2015 г., разрешает важный и вызывавший ранее споры вопрос о сфере применения такого иска. Ранее существовала точка зрения, согласно которой чуть ли не единственным случаем, когда такой иск доступен

кредитору, является случай, упомянутый в ст. 398 ГК РФ, которая предусматривает возможность истребования в натуре индивидуально-определенной вещи (см. комментарий к ст. 398 ГК РФ). В рамках новой ст. 308³ ГК РФ доступность кредитором возможности подать такой иск признается за общее правило, а иное может вытекать из закона, договора или существа обязательства.

В силу п. 1 ст. 308³ ГК РФ правило о допустимости подачи иска о присуждении к исполнению в натуре может быть ограничено законом, договором или существом обязательства. При этом следует учитывать, что в случае, когда в силу закона, договора или существа обязательства кредитором недоступен иск о присуждении к исполнению в натуре, обязательство не превращается в натуральное и кредитор не оказывается беззащитным, так как ему остается доступным универсальный способ защиты — право на взыскание убытков.

Это решение 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 абсолютно правильным и в общем и целом соответствует доминирующему в цивилистической традиции континентально-европейских стран подходу. Международные акты унификации договорного права идут по этому же пути с той лишь особенностью, что они пытаются исключить из общего правила о доступности иска об исполнении в натуре обозначить прямо, не скрываясь за туманной фразой о существовании обязательства (ст. 7.2.1–7.2.2 Принципов УНИДРУА; ст. III.-3:301 и ст. III.-3:302 Модельных правил европейского частного права).

1.1. 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 об исполнении в натуре и следует относить иск о взыскании основного долга, так как посредством такого иска кредитор принуждает ответчика к исполнению своей договорной обязанности. Тот факт, что судебная практика избегает применения такого понятия в отношении денежных обязательств и предпочла использовать термин «взыскание долга», связан с тем, что словосочетание «в натуре» с семантической точки зрения не вполне сочетается с денежным долгом.

1.2. Применительно к случаям ненадлежащего исполнения неденежного обязательства (например, выполнения работ или поставки товара с дефектами) иск кредитора об устранении дефектов (п. 1 ст. 475, п. 1 ст. 723, п. 1 ст. 612 ГК РФ и т.п.) также должен квалифицироваться как иск о присуждении к исполнению обязательства (обязательства по устранению дефектов) в натуре. На такую квалификацию иска об устранении недостатков прямо указывает и п. 2 ст. III.-3:302 Модельных правил европейского частного права.

1.3. Предусмотренный в ст. 551 ГК РФ иск о регистрации перехода права собственности на недвижимость в случае уклонения продавца от совершения соответствующих регистрационных действий также может рассматриваться как особая разновидность иска об исполнении обязательства в натуре, так как он направлен на присуждение в пользу кредитора того, что было ему обещано должником. Если недвижимость не была передана во владение покупателя, он вправе подавать такой

иск вместе с иском об истребовании недвижимости из владения продавца по правилам ст. 398 ГК РФ. Если же покупатель уже вступил во владение недвижимостью, он вправе подать самостоятельный иск о регистрации перехода права собственности (подробнее см. комментарий к ст. 398 ГК РФ).

1.4. В случае если должник нарушил негативное обязательство, аналогом иска об исполнении обязательства в натуре является иск о пресечении действий, нарушающих негативное обязательство (п. 6 ст. 393 ГК РФ).

1.5. В 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 поддерживались 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 и от 30 мая 2000 г. № 6088/99 – удовлетворены иски о поставке товара в натуре; Постановление Президиума ВАС РФ от 15 февраля 2002 г. № 7715/01 – удовлетворен иск о принуждении энергоснабжающей организации к исполнению своих обязательств; Постановление Президиума ВАС РФ от 28 июля 2011 г. № 3024/11 – признан допустимым иск об устранении дефектов в выполненных работах в натуре; Постановление Президиума ВАС РФ от 2 апреля 2013 г. № 17195/12 – признан допустимым иск об устранении недостатков в проектной документации в натуре).

1.6. В п. 1 ст. 308³ ГК РФ указывается на то, что в законе право подачи иска о присуждении к исполнению обязательства в натуре может быть ограничено. В качестве примера можно привести п. 3 ст. 328 ГК РФ в редакции, вступившей в силу с 1 июня 2015 г. Согласно данной норме «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». Из этой нормы может быть сделан вывод о том, что сторона, чье обязательство должно исполняться вторым по очереди, не вправе требовать в принудительном порядке исполнения обязательства, подлежащего исполнению в первую очередь (например, внесения предоплаты), если не решится свое встречное исполнение осуществить. Ранее такой подход находил отражение в судебной практике (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2012 г. № 9924/11). Надо сказать, что такое толкование п. 3 ст. 328 ГК РФ не вполне очевидно и может вызывать споры (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 328 ГК РФ). Но если оно окончательно утвердится в нашем праве, у нас будет иметься пример законодательного ограничения иска об исполнении обязательства в натуре.

1.7. Упомянутая в п. 1 ст. 308³ ГК РФ оговорка о том, что такой иск доступен кредитору, если иное не предусмотрено в договоре, означает, что стороны вправе в своем соглашении заблокировать возможность подачи иска об исполнении обязательства в натуре. Это в полной мере соответствует принципу свободы договора и не нарушает баланса интересов сторон, если 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 (или право продавца требовать взыскания основного долга за поставленный им ранее

товар), если при этом договор не исключает право указанных лиц расторгнуть договор и потребовать возврата уплаченной предоплаты (или поставленного товара).

1.8. Наибольший интерес представляют случаи, когда иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре блокируется в силу существа обязательства.

Ключевой тест на соответствие иска об исполнении в натуре неденежного обязательства существу такого обязательства, как представляется, состоит в следующем. Такой иск в отступление от общего правила может быть отклонен, если (а) должник по неденежному обязательству без значительных затруднений может быть заменен кредитором, и при этом (б) принудительное исполнение будет невозможно или затруднительно обеспечить без участия ответчика.

Если в предмет обязательства должника входила передача индивидуально-определенной вещи (например, недвижимости) или некоего родового товара, наличествующих у ответчика, передача акций, доли в ООО, патента или товарного знака приставы-исполнители вполне могут обеспечить исполнение решения и без участия ответчика (наличествующая у ответчика индивидуально-определенная вещь будет отображена по правилам ст. 398 ГК РФ, 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). Соответственно, в таких случаях заменимость должника не имеет особого значения, и у кредитора по общему правилу при отсутствии иных оснований для отклонения такого иска (см. ниже) есть право требовать исполнения обязательства в натуре.

Но в ряде иных случаев вынесение решения об исполнении в натуре будет означать, что пристав-исполнитель будет под угрозой тех или иных штрафных санкций (публичных штрафов и судебной неустойки, см. ниже) принуждать ответчика совершить требуемые от него действия. Суть описанного здесь критерия состоит в том, что в подобных случаях, когда исполнение неденежного обязательства невозможно без участия должника, при заменимости должника и наличии у кредитора возможности без труда заключить аналогичную сделку с третьим лицом право не должно допускать удовлетворение таких исков о принуждении. Это ограничение связано с реализацией 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 виде ценовой разницы или абстрактные убытки по правилам ст. 393¹ ГК РФ, которые при этом будет в данном случае достаточно легко доказать.

Применение этого двухступенчатого теста можно проиллюстрировать на следующих примерах.

(а) Иски о передаче в натуре недвижимости, документов или иной индивидуально-определенной вещи, наличествующей у ответчика, могут удовлетворяться по правилам ст. 398 ГК РФ при отсутствии иных оснований для отказа в таком иске, так как в данном случае исполнение решения возможно без участия ответчика (отобрание вещи силами приставов-исполнителей и передача ее ответчику).

(б) Иски о передаче покупателю доли в ООО, акций, патентов или товарных знаков и иных прав, учитываемых в тех или иных реестрах, также не подпадают под описанный выше критерий отказа в иске об исполнении в натуре, так как исполнение решения возможно без участия ответчика (переоформление прав в соответствующем реестре), если не будут найдены иные основания для отказа в таком иске, о которых речь пойдет далее.

(в) Иски о передаче информации могут удовлетворяться, если кредитор не может легко получить необходимую ему информацию из другого источника, несмотря на то, что исполнение такого решения нередко невозможно без участия ответчика.

(г) Особый интерес представляет вопрос о возможности принуждения к выполнению работ или услуг. 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). Представляется, что такой грубый подход не вполне соответствует описанному выше критерию. В ряде случаев принуждение к исполнению обязательств такого рода для заказчика не имеет адекватных альтернатив из-за ограниченной конкуренции на рынке. В такой ситуации подобные иски должны все же удовлетворяться без оглядки на сложности в обеспечении принудительного исполнения (если при этом отсутствуют иные основания для их отклонения), если не будут найдены иные основания для отказа в таком иске.

(д) В отношении исков о принуждении к устранению дефектов в переданном товаре или выполненных работах применение описанного здесь критерия приводит к следующим выводам. Судебная практика допускает иски покупателей (заказчиков) о принуждении продавца (подрядчика) к устранению дефектов в переданной вещи или результате выполненной работы (Определение КГД 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 выше критерию как минимум 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 в ситуации, 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.

(е) Применительно к случаям принуждения к передаче родовых вещей описанный здесь критерий ограничения доступности данного иска имеет особое значение. Судебная практика долгие годы колебалась – см. Постановление Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2001 г. № 2478/01 (иск о поставке товара в натуре отклонен в том числе в силу того, что истец не доказал фактическое наличие истребуемого товара у ответчика); Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июня 2003 г. № 3260/03 (указано на то, что для удовлетворения иска о поставке товара имеет значение выяснение вопроса о том, имеются ли у ответчика реальные возможности исполнить обязательство). В п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля

2011 г. № 54 было прямо указано на то, что иск о принуждении продавца к приобретению и передаче покупателю вещи допускаться не должен, и соответственно для удовлетворения иска о передаче вещи необходимо установить, находится ли она у ответчика.

Но Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 изменило практику. Согласно 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 нами выше двухступенчатому тесту отсутствие товара у ответчика означает лишь то, что исполнение решения будет невозможно без участия ответчика. Но для отказа в иске также требуется, чтобы кредитор мог легко заменить должника. 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. 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.

Подытоживая, следует обратить внимание на то, что применение описанного здесь двухступенчатого теста требует от суда учета адекватности сделанного кредитором выбора средства защиты. При этом, как справедливо указано в 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». Соответственно, там, где отсутствует адекватный развитый рынок и кредитор не может удовлетворить свой позитивный интерес, заключив аналогичный договор с другим контрагентом, суды должны склоняться к удовлетворению такого рода исков.

Остается только заметить, что вышеизложенное не означает, что иск, прошедший описанный выше двухступенчатый тест (например, когда исполнение решения не требует участия ответчика или ответчик незаменим), должен быть во всех случаях удовлетворен. Дело в том, что существуют и иные выводимые из существа обязательства основания для отказа в таком иске. О них и пойдет речь далее.

1.9. Представляется, что даже при возможности обеспечить исполнение решения без участия должника или при незаменимости должника суд должен отклонить иск об исполнении в натуре, если вынесение решения будет вовлекать ответчика в дли-

тельное и тесное сотрудничество с истцом, которое требует в нормальных условиях доброй воли обеих сторон.

Такой подход находит поддержку и в судебной практике. Так, 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 пришлось бы контролировать длительный и зачастую многолетний процесс строительства недвижимости. Такой же вывод может быть применен и к договорам строительного подряда на строительство большого объекта недвижимости (например, атомной электростанции или небоскреба). 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.

Такой иск должен отклоняться, так как иначе суд будет принуждать стороны к многолетнему тесному взаимодействию, без которого нормальная реализация такого длительного и сложного строительного проекта вряд ли возможна. Суд не может заставить стороны тесно сотрудничать. Если их партнерство, основанное на длительном и тесном взаимодействии, разрушилось и конфликт зашел настолько далеко, что оказался поводом к судебному разбирательству, не дело суда склеивать то, что было разбито.

1.10. Такой иск 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). Как указано в 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». Причины такого ограничения вполне понятны и имеют сугубо этическую природу. И здесь опять же неважно, может кредитор найти должнику замену или нет.

Известно это основание для отказа в иске об исполнении в натуре и зарубежным правовым порядкам (ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА; п. 3 ст. III.-3:302 Модельных правил европейского частного права).

1.11. 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 убытков. Естественно, одаряемый (или ссудополучатель) вряд ли сможет найти должнику адекватную замену, но это не мешает суду отказать в иске о присуждении в натуре.

В то же время судебная практика КГД ВС РФ, видимо, склоняется к возможности такой защиты прав одаряемого. Как минимум, в ряде дел, связанных с дарением недвижимости, Коллегия допускала принудительную регистрацию перехода права

собственности на предмет дарения в реестре при уклонении дарителя от подачи соответствующих заявлений в Росреестр (определения КГД ВС РФ от 13 мая 2014 г. № 5-КГ 14-24 и от 11 октября 2016 г. № 78-КГ16-42).

1.12. Удовлетворение иска о присуждении к исполнению обязательства в натуре недопустимо в тех случаях, когда исполнение обязательства должником фактически или юридически невозможно (п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). То же ограничение см. п. 3 ст. III.-3:302 Модельных правил европейского частного права и п. 7.2.2 Принципов УНИДРУА. Это ограничение вытекает не столько из существа обязательства, сколько из здравого смысла и существа отношений. В случаях, когда наступление невозможности исполнения прекращает обязательство, удовлетворение такого иска блокируется в силу отсутствия у кредитора договорного правопритязания. В тех же случаях, когда наступление невозможности исполнения не прекращает обязательство (например, при отзыве у должника лицензии), удовлетворение иска должно быть исключено, так как вынесение по определению неисполнимых решений суда не соответствует принципам правосудия. О невозможности исполнения см. комментарий к ст. 416, 417 ГК РФ.

1.13. При невозможности обеспечить исполнение решения без участия должника должен отклоняться иск об исполнении в натуре неденежного обязательства, если исполнение решения для должника крайне затруднительно и связанные с этим усилия никак несоизмеримы с интересом кредитора в получении реального исполнения. Такой иск должен отклоняться без оглядки на то, что должник, возможно, незаменим. Например, принуждение подрядной организации к выполнению работ в условиях военных действий в регионе, где такие работы планировалось проводить, не должно допускаться, даже если эти обстоятельства не позволяют говорить о невозможности исполнения и у ответчика нет оснований для расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств. В равной степени вряд ли может быть удовлетворен иск о принуждении к ремонту поставленного оборудования, если поставщик перепрофилировал свою деятельность.

Этот критерий отказа в иске об исполнении в натуре хорошо известен зарубежному праву (ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА; п. 3 ст. III.-3:302 Модельных правил европейского частного права).

1.14. В силу того, что описанные выше основания для отказа в иске о присуждении к исполнению обязательства в натуре являются исключениями из закрепленного в комментируемой норме общего правила о доступности кредитору данного иска, бремя доказывания таких оснований лежит на должнике, возражающем против удовлетворения иска.

1.15. Также надо выделить еще одно условие удовлетворения данного иска, не упомянутое в ст. 308³ ГК РФ и вытекающее не из существа обязательства, а скорее из принципа добросовестности и существа отношений. Речь идет о том, что иск о принуждении к исполнению неденежного обязательства в натуре должен быть заявлен в разумный срок после того, как кредитор узнал или должен был узнать о нарушении договора. Это условие вытекает из принципа добросовестности и недопустимости злоупотребления правом (п. 3 ст. 1 и ст. 10 ГК РФ) и связано с тем, что иначе создавалась бы крайне длительная (до трех лет) неопределенность в отношении перспектив выбора кредитором такой стратегии защиты, как принуждение должника к исполнению неденежного обязательства в натуре. Например, если покупатель вы-

являет дефект в поставленной продукции, предъявление иска об устранении дефекта или о замене товара по прошествии двух лет после этого, такое поведение покупателя является явным злоупотреблением правом. Если кредитор не воспользовался своим правом на подачу иска о присуждении к исполнению неденежного обязательства в натуре в течение разумного срока, он сохраняет право на расторжение договора, возврат предоплаты и взыскание убытков. При этом к искам о взыскании денежного долга такое ограничение, естественно, не применяется.

Данное правило хорошо известно зарубежному праву (ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА; п. 4 ст. III.-3:302 Модельных правил европейского частного права).

1.16. В случае если исполнение нарушенного обязательства в натуре возможно, кредитор по своему усмотрению вправе либо требовать по суду такого исполнения, либо отказаться от принятия исполнения (п. 2 ст. 405 ГК РФ) и взамен исполнения обязательства в натуре обратиться в суд с требованием о возмещении убытков, причиненных неисполнением обязательства. На 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. Но указанная норма не лишает кредитора возможности по своему выбору потребовать от должника исполнения его обязательства в натуре с учетом изложенных выше ограничений. Эти вполне очевидные положения закреплены в п. 24, 25 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

1.17. Если суд вынес решение об исполнении неденежного обязательства в натуре (выполнении работ, передаче товара и т.п.), а на стадии исполнительного производства выявляется невозможность или затруднительность исполнения решения, суд на основании соответствующего ходатайства может изменить способ исполнения решения и выдает исполнительный лист на взыскание денежной стоимости присужденного реального исполнения (Определение КЭС ВС РФ от 15 апреля 2015 г. № 304-ЭС14-6750; Постановление Президиума ВАС РФ от 19 марта 2013 г. № 12981/12).

1.18. 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».

1.19. С точки зрения исполнения подобных решений все иски об исполнении обязательства в натуре могут быть разделены на две группы. Первая группа — это иски, решения по которым могут быть исполнены без участия ответчика (в том числе силами приставов-исполнителей). К этой группе могут быть отнесены иски о взыскании долга (исполнение решения по которым осуществляется посредством списания денег или обращения взыскания на иное имущество должника); отобрании имеющейся у ответчика индивидуально-определенной (ст. 398 ГК РФ) или родового вещи и передаче ее истцу; освобождении (выселении из) занимаемого помещения; переоформлении прав на долю в ООО (отражение перехода прав на долю в ЕГРЮЛ согласно п. 11 ст. 21 Закона об ООО), акции (отражение перехода прав на акции в реестре акционеров согласно п. 4 ст. 149² ГК РФ), прав на недвижимость

(отражение перехода прав на недвижимость в ЕГРП согласно ст. 551 ГК РФ), прав на товарный знак или патент (отражение перехода прав в соответствующих реестрах исключительных прав).

Ко второй группе следует отнести иски, решения по которым в принципе не могут быть исполнены без участия ответчика (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). Такие решения до последнего времени исполнялись в основном за счет применения к ответчику инструментов косвенного принуждения: наложения на ответчика административных штрафов. Также существовала и существует возможность возбуждения в отношении руководителя организации-ответчика уголовного дела и привлечения его к уголовной ответственности по правилам ст. 315 УК РФ.

1.20. Применительно ко второй группе случаев (когда исполнение решения невозможно без участия ответчика) особую актуальность представляет положение второго предложения п. 1 ст. 308³ 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 норме 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).

Тут мы имеем введение в наше законодательство института, аналогичного признанному в некоторых странах институту *l'astreinte* (далее – астрент). Этот институт в 2014 г. был закреплен в практике ВАС РФ (п. 3 теперь уже отмененного Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22), с 1 июня 2015 г. он был кодифицирован.

1.21. В Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 закреплен целый ряд важных разъяснений в отношении механизма применения этого нового института (п. 28–36). Суть наиболее важных разъяснений сводится в целом к следующему:

(а) Астрент (названный в тексте Постановления «судебной неустойкой») может присуждаться по искам не только об исполнении позитивного обязательства в натуре, но и по искам о пресечении действий должника, нарушающих обязательство воздержаться от определенных действий (см. комментарий к п. 6 ст. 393 ГК РФ), а также по негативным искам.

(б) Уплата астрента не освобождает от исполнения судебного решения и не освобождает от ответственности за неисполнение обязательства.

(в) Астрент не идет в зачет с убытками, возникшими в связи с правонарушением (нарушением договора), а носит сугубо карательный характер.

(г) Проценты по ст. 395 ГК РФ на сумму присужденного астрента не начисляются.

(д) Исключить в договоре заранее возможность присуждения астрента нельзя.

(е) Астрент 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.

(ж) 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 спорам, вытекающим из отношений по социальной поддержке.

(з) Астрент устанавливается судом по заявлению истца, которое тот может подать при подаче иска, на стадии рассмотрения дела и даже на стадии исполнительного производства.

(и) Суд не вправе отказать в вынесении определения об установлении астрента, если он удовлетворяет иск.

(к) 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. Ведь деньги подчиняются закону убывающей предельной полезности: тысяча рублей в кармане бедняка равнозначна миллиону в кармане миллиардера. Если институт «астрент» 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. Вряд ли суд может установить в качестве астрента сумму, которая выше той, которую предложил установить истец.

(л) Суд, вынося определение об установлении астрента, 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. Такой факт не может быть установлен банком или иной кредитной организацией. После установления факта неисполнения судебного решения пристав-исполнитель списывает со счетов ответчика указанную сумму астрента, начисленную за соответствующий период времени, и перечисляет ее истцу.

(м) При этом если у ответчика возникли объективные препятствия для исполнения судебного решения, он может просить суд отсрочить или рассрочить исполнение решения, и, если суд удовлетворяет такую просьбу, в соответствующие периоды астрент не начисляется.

(н) Если исполнение судебного решения оказалось невозможным, астрент перестает начисляться, так как исполнительное производство прекращается.

(о) При универсальном правопреемстве на стороне должника обязанность по уплате астрента сохраняется. К сожалению, тут следует заметить, что остался неразрешенным вопрос о переводе долга. Ранее в Постановлении Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22 (п. 5), отмененном с выходом Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, 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.

1.22. 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 астрент сохраняется и право на его взыскание переходит новому истцу.

1.23. Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 прямо не указывает, но из самой сути института астрента, зарубежного опыта его применения, а также тех разъяснений, которые ранее давал ВАС РФ в Постановлении Пленума от 4 апреля 2014 г. № 22, следует, что астрент может фиксироваться как в виде твердой суммы (например, на случай нарушения судебного запрета), так и в виде своеобразных судебных пени (в виде той или иной суммы за каждый день неисполнения решения суда в части основных требований истца). При этом, как справедливо разъяснял ВАС РФ в теперь уже отмененном 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. Такой вариант прогрессивного астрента представляется очень востребованным и эффективным. Такая возможность, по сути, подразумевается в рамках указания в п. 32 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 на то, что суд может указать порядок определения суммы судебной неустойки.

1.24. В принципе, из буквального толкования п. 1 ст. 308³ ГК РФ использование судом механизма «астрент» не ограничено только той группой случаев, когда исполнение решения невозможно без участия ответчика. Соответственно, удовлетворение ходатайства об установлении астрента возможно не только в тех случаях, когда суд предвидит, что без участия ответчика исполнение решения либо невозможно, либо будет крайне затруднено, но и тогда, когда решение суда в принципе может быть исполнено без участия ответчика (например, по искам о выселении, отобрании индивидуально-определенной вещи и т.п.).

В то же время по решениям о переводе прав на долю в ООО, на акции, на регистрируемые исключительные права, которые исполняются за счет внесения на основании судебного решения соответствующих записей в реестрах прав, установление астрента вряд ли оправданно. Такие иски, по сути, аналогичны искам о регистрации перехода права собственности на объект недвижимости при уклонении продавца от переоформления прав на него в добровольном порядке по правилам ст. 551 ГК РФ. К сожалению, ВС РФ в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 этот аспект не прояснил, при этом оговорив, что суд не вправе отказать истцу в установлении астрента. По данному вопросу, видимо, потребуется какое-то дополнительное прояснение позиции ВС РФ.

1.25. Также следует обратить внимание на то, что в случае подачи иска о понуждении к заключению договора (в том числе на основании ранее заключенного предварительного договора) исполнение решения вовсе не требуется, так как суд выносит решение о признании договора заключенным (п. 4 ст. 445 ГК РФ). Соответственно, установление астрента в таком случае не требуется.

2. Согласно п. 2 ст. 308³ ГК РФ тот факт, что кредитор прибегнул к такому способу защиты, как иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре, не исключает его права требовать привлечения должника к ответственности за допущенное нарушение договора (взыскание убытков, пени и т.п.). В частности, требование об исполнении обязательства в натуре может вполне сочетаться с иском

о взыскании убытков, вызванных просрочкой исполнения, или пени за просрочку (см. п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Исключением являются только такие меры ответственности за неисполнение договорного обязательства, которые по своей природе не сочетаются с реальным исполнением договора. Сюда следует отнести взыскание убытков, вызванных вынужденным расторжением договора, согласно п. 5 ст. 453 и ст. 393¹ ГК РФ; взыскание договорного штрафа, установленного на случай вынужденного расторжения договора по вине должника (см. комментарий к ст. 330 ГК РФ); а также реализацию прав согласно условию о задатке (см. комментарий к ст. 381 ГК РФ). Подробнее о соотношении требования о взыскании убытков и уплате неустойки с требованием исполнения обязательства в натуре см. также комментарий к ст. 396 ГК РФ.

Глава 22. ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

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.

Комментарий

(а) 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 должен 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). О соотношении условий договора и положений закона или иных правовых актов см. комментарий к п. 4 ст. 421 и ст. 422 ГК РФ.

В части, не урегулированной положениями порождающих обязательство договоров (односторонних сделок) и диспозитивными или императивными нормами закона или иных правовых актов, содержание обязательства может определяться обычаями. На этот счет есть также прямое указание в п. 5 ст. 421 ГК РФ. Представляется, что указание в данной норме на обычно предъявляемые требования не имеет какого-то самостоятельного значения и тавтологично: обычно предъявляемые требования и есть обычаи.

(б) Эту норму необходимо воспринимать в системном единстве с новой нормой п. 3 ст. 307 ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., и нормой п. 3 ст. 1 ГК РФ, действующей с 2013 г., согласно которым лицо должно исполнять свое обязательство не только в строгом соответствии с положениями законов, правовых актов, условиями договоров или иных сделок, а также обычаями, но и в соответствии с общим принципом добросовестности. Некоторые требования, которые должен соблюдать должник, не закреплены ни в каком-либо источнике права, ни в условиях сделок, а вытекают из принципов честной деловой практики и добросовестности. Этот способ *ex post* (ретроспективного) формирования судом требований к поведению сторон широко известен в зарубежном праве (см. ст. II.-9:101 Модельных правил европейского частного права, ст. 5.1.1 и 5.1.2 Принципов УНИДРУА), но с появлением в ГК РФ норм п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ он начинает претендовать на более активное применение и в российском праве (см. подробнее комментарий к п. 3 ст. 307 ГК РФ).

Статья 309¹. 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. Статья 309¹ 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 удовлетворения их требований. Такие соглашения иногда заключаются банками, имеющими требования о погашении выданных кредитов к заемщику или намеревающимся совместно кредитовать заемщика.

1.1. В таком соглашении кредиторы могут установить различные 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 намерении потребовать досрочного погашения долга, заявлении исков к должнику и т.п.

Также в таком соглашении могут быть установлены обязательства не предъявлять к должнику требования о досрочном погашении долга в течение определенного срока, не повышать процентные ставки по выданным кредитам, а также обязательства предоставить должнику отсрочку и т.п.

Нет препятствий и к тому, что среди условий такого соглашения может быть предусмотрен переход требований к должнику от одного из кредиторов к другому на случай возбуждения против должника процедур банкротства.

Если в соглашении имеются исключительно положения о координации деятельности кредиторов, такой договор должен квалифицироваться как договор простого товарищества. Если в нем предусмотрены еще и условия и порядок уступки прав при наступлении тех или иных условий, то следует говорить о смешанном характере договора, в рамках которого появляются как элементы простого товарищества, так и возмездной уступки права. См. также п. 6, 8 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

1.2. Но ключевое положение, которое иногда встречается в таких соглашениях и прямо упомянуто в п. 1 комментируемой статьи, состоит в установлении старшинства в отношениях между кредиторами (очередности удовлетворения кредиторов, так называемой субординации требований). Суть такого условия в следующем: один из кредиторов соглашается уступить старшинство другому, что означает, что средства, полученные младшим кредитором от должника во исполнение соответствующего договора с таким должником, младший кредитор обязан перечислить старшему. В этом случае к младшему кредитору переходят требования старшего кредитора к должнику на соответствующую сумму. Иначе говоря, при наличии такого условия в межкредиторском соглашении для младшего кредитора происходит конвертация полученных от должника средств в требования к тому же должнику. 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.

Что может побудить одного из кредиторов предоставить другому такое старшинство? У такого шага могут быть разные причины. Например, один из кредиторов — это материнская компания должника, заинтересованная в том, чтобы некий банк предоставил дочернему обществу кредит, а банк выставляет в качестве условия предоставления такого кредита согласие материнской компании на субординацию.

1.3. Безусловно, если должник не участвует в таком соглашении, он осуществляет исполнение своих обязательств перед кредиторами в строгом соответствии с условиями своих договоров с ними. Как указано в п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, права и обязанности должника, не участвующего в соглашении, фактом его заключения напрямую не затрагиваются. При этом 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).

1.4. Согласно п. 1 комментируемой статьи стороны указанного соглашения обязаны не совершать действия, направленные на получение исполнения от должника, в нарушение условий указанного соглашения. Так, в частности, старший кредитор

после того, как его право перешло к младшему, передавшему старшему кредитору полученное от должника, не должен пытаться получить исполнение от должника в части, перешедшей младшему кредитору. Впрочем, этот вывод и без этого очевиден из правил ГК РФ о перемене лиц в обязательстве.

2. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает порядок реализации условия об очередности удовлетворения кредиторов при наличии в межкредиторском соглашении условия о субординации, а именно порядок конвертации полученных младшим кредитором средств в требования. Согласно данной норме после того, как младший кредитор в согласованные сроки (а при отсутствии таковых в сроки, определяемые по правилам п. 2 ст. 314 ГК РФ) перечисляет старшему кредитору полученные от должника средства или их часть, требования старшего кредитора к должнику на ту же сумму переходят к младшему кредитору. Дискуссионным является вопрос, идет ли здесь речь об уступке права на основании сделки цессии, поставленной под отлагательное условие перечисления старшему кредитору указанных средств, или о переходе права в силу закона (в форме суброгации). В любом случае к таким отношениям по замене кредитора подлежат применению положения гл. 24 ГК РФ о переходе обязательственных прав.

2.1. Согласно п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 если иное не предусмотрено договором и не вытекает из взаимоотношений сторон, младший кредитор не отвечает перед старшим за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства должником. В то же время, как указывает ВС РФ, в случае просрочки должника в отношении обязательства перед младшим кредитором последний обязан сообщить о данном факте старшему кредитору. Эта обязанность в принципе может быть выведена из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ). Но ВС РФ идет дальше и в том же разъяснении указывает на то, что старший кредитор, узнав о просрочке должника по долгу перед младшим кредитором, может по общему правилу потребовать от младшего кредитора уступить ему права к должнику. Последствие такой уступки по требованию старшего кредитора ВС РФ не проясняет, но, видимо, речь идет о том, что младший получает в обмен права к должнику на ту же сумму, принадлежащие старшему кредитору. Подобная сложная конструкция обмена правами не следует из закона и вызывает некоторые сомнения. Не вполне понятно, зачем сторонам такой обмен. Вряд ли такая конструкция может подразумеваться реальными сторонами таких соглашений. Поэтому выводить ее в качестве действующей по умолчанию было не вполне разумно. В то же время такой обмен, по мысли ВС РФ, может быть инициирован лишь по требованию старшего кредитора. Если тот не заинтересован в обмене, он такое требование не заявит.

2.2. Безусловно, положения п. 2 комментируемой статьи по своей сути являются диспозитивными, и стороны вправе договориться об ином порядке такой конвертации: например, установить вместо автоматического перехода прав к младшему кредитору обязательство старшего кредитора уступить младшему права к должнику, а также инверсию очередности такой конвертации: вначале права переходят к младшему кредитору и только потом младший перечисляет старшему кредитору полученные от должника средства. Также в таком соглашении может быть установлено, что от старшего кредитора к младшему переходит требование, номинал которого выше, чем сумма, которую младший кредитор переводит старшему.

После приобретения младшим кредитором прав к должнику в результате такой конвертации младший кредитор вправе заявить должнику требование об исполнении обязательства последнего.

3. 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).

3.1. Особая проблема возникает в случае банкротства должника. Связывает ли соглашение кредиторов конкурсного управляющего должника при банкротстве последнего? Иначе говоря, должен ли конкурсный управляющий распределять средства между участвующими в межкредиторском соглашении кредиторами в соответствии с их договоренностями об очередности или конкурсный управляющий распределяет средства в строгом соответствии с нормами законодательства о банкротстве и только после этого младший передает старшему кредитору полученное от должника?

На первый взгляд представляется логичным и соответствующим природе отношений вывод, что конкурсный управляющий должен напрямую распределять средства из конкурсной массы в соответствии с условиями соглашения о субординации требований (как минимум если должник участвовал в таком соглашении, а возможно, и при неучастии должника в нем). В таком случае младший кредитор остается ни с чем, но это представляется вполне нормальным, так как воля сторон такого соглашения состояла именно в перераспределении риска неисправности должника. В п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 отражен иной подход: «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)». Но остается не вполне ясным, меняет ли что-то в этом вопросе участие должника в межкредиторском соглашении.

До прояснения этих банкротных аспектов сторонам межкредиторского соглашения, предусматривающего субординацию требований, логично предусматривать условие о том, что при банкротстве должника полученное младшим кредитором в рамках конкурсного производства передается старшему кредитору безвозмездно. Такая передача не должна рассматриваться как дарение, если отсутствует воля одарить (*animus donandi*), речь идет о заранее заключенном сторонами соглашении о перераспределении риска банкротства должника и при этом в рамках такого соглашения младший кредитор получает ту или иную прямую или косвенную выгоду от уступки старшинства.

Статья 309². 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

В данной норме закрепляется вполне очевидная идея о том, что расходы должника, связанные с исполнением обязательства, лежат на должнике по общему правилу. Такой же подход закреплен и в ст. III.-2:113 Модельных правил европейского частного права.

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 существа обязательства или обычаев.

При этом вполне естественно, что расходы кредитора на принятие исполнения по общему правилу несет кредитор (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. Согласно п. 1 ст. 310 ГК РФ, являющемуся логическим продолжением ст. 309 ГК РФ, должник по общему правилу не может в одностороннем порядке отказаться от исполнения обязательств или изменить его условия. Эта идея широко признана в российской судебной практике. Тот факт, что сторона утратила интерес к исполнению договора, сам по себе не дает этой стороне право произвольно выйти из контракта или изменить его условия, даже если она готова предложить другой стороне ту или иную компенсацию. Расторжение (изменение) договора по общему

правилу возможно только по взаимному согласию сторон. 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 КЭС ВС РФ от 21 августа 2015 г. № 310-ЭС15-4004 и от 1 сентября 2016 г. № 306-ЭС16-3858).

Из буквального смысла нормы следует, что не только должник, но и кредитор не может в одностороннем порядке изменять условия обязательства. Путем расширительного толкования можно также вывести тезис о том, что кредитор не может по общему правилу и отказаться от принятия надлежащего исполнения (пусть кредиторская обязанность по приемке исполнения и, видимо, не является полноценным обязательством).

Иное решение привело бы к подрыву самой идеи обязательства как правовой, обязательной связи между его сторонами. При этом закон может предусматривать исключения из данного принципа и допускать право одной из сторон в одностороннем порядке отказаться от исполнения или изменить условия обязательства.

1.1. Существует несколько вариантов установления в законе исключения из правила о недопустимости одностороннего отказа от обязательства или изменения его условий.

Во-первых, закон в ряде случаев предусматривает право на односторонний отказ от договора или изменение его условий в ответ на нарушение договора другой стороной (п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405, ст. 523, п. 2 ст. 811 ГК РФ и т.п.).

Во-вторых, закон иногда предусматривает право одной из сторон отказаться от договора или изменить его при наступлении иных условий (например, право на отказ от договора при отсутствии у другой стороны лицензии или членства в СРО по п. 3 ст. 450¹ ГК РФ).

В-третьих, закон иногда дает стороне безусловное право на односторонний отказ от (изменение) обязательства, обуславливая реализацию такого права выплатой другой стороне определенных компенсаций, либо предусматривает право на «бесплатный» отказ (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 исполнения (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. Поэтому такие случаи установления в законе права на бесплатный и ничем не обусловленный отказ от (изменение) обязательств должны быть очень редкими и предусматриваться в законе только в самых исключительных случаях.

Подробнее в отношении установления в законе случаев допустимости одностороннего отказа от договора и изменения его условий см. комментарий к ст. 450, 450¹ ГК РФ.

1.2. Односторонний отказ от обязательства (его изменение) является односторонней сделкой (п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Поэтому в силу ст. 165¹ ГК РФ, а также применительно к отказу от исполнения договора в силу специальной нормы п. 1 ст. 450¹ ГК РФ данная сделка приобретает правовой эффект с момента доставки извещения об отказе (изменении) другой стороне, если иное не предусмотрено в законе или договоре.

Подробнее о квалификации одностороннего отказа от исполнения обязательства (изменения) в качестве сделки, о последствиях совершения отказа или изменения при отсутствии к тому правовых оснований, о применении правил ст. 165¹ ГК РФ к моменту определения даты отказа или изменения договора и других подобных вопросах см. комментарий к ст. 450¹ ГК РФ.

1.3. Если закон предоставляет стороне право на односторонний отказ от (изменение) обязательства с условием о выплате другой стороне предусмотренной в законе компенсации, выплата такой компенсации не является условием реализации права на отказ (изменение). Отказ от исполнения (изменение) вступает в силу с момента доставки соответствующего извещения, после чего возникает обязательство по выплате соответствующей компенсации (Вопрос № 5 из Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2015), утв. Президиумом ВС РФ 4 марта 2015 г.). Такое решение абсолютно 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), это право было бы фактически заблокировано из-за отсутствия у стороны, решающей таким правом воспользоваться, информации о расходах или убытках другой стороны.

1.4. Если право на отказ (изменение) предоставлено законом одной из сторон диспозитивной нормой закона, стороны вправе своим соглашением исключить такое право, ограничить его или обусловить теми или иными дополнительными условиями. В частности, стороны могут предусмотреть конкретный размер компенсации за реализацию права на отказ от договора (см. комментарий к п. 3 данной статьи), установить временные ограничения на реализацию права на отказ от договора и т.п. Так, например, в силу диспозитивности нормы ст. 717 ГК РФ, дающей заказчику право на немотивированный отказ от договора подряда, стороны вправе исключить право заказчика на такой отказ или предусмотреть, что такой отказ невозможен, если подрядчик успел выполнить определенную часть работ. Также является диспозитивной ст. 782 ГК РФ, дающая сторонам договора возмездного оказания услуг право на немотивированный отказ от исполнения договора (п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). Соответственно, стороны договора возмездного оказания услуг вправе установить иные условия реализации этого права. Например, вместо возмещения расходов исполнителя при отказе от договора со стороны заказчика стороны такого договора могут установить возмещение всех убытков, установить конкретный размер платы за отказ от договора, а также, как минимум, если речь идет о праве на отказ от договора заказчика, ограничить на определенный период или вовсе исключить это право.

1.5. 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, установление в договоре запрета на отказ от такого договора или тех или иных ограничений не допускается.

2. В силу принципа свободы договора стороны вправе в договоре между собой согласовать право одной из сторон на односторонний отказ от обязательства (его изменение). Из смысла п. 2 ст. 310 ГК РФ вытекает, что стороны в том числе вправе договориться и о возможности немотивированного отказа от договора (его изменения).

2.1. При этом из п. 2 ст. 310 ГК РФ следует, что свобода сторон в установлении права на отказ (изменение) ограничена. Она признается, во-первых, для договоров, обеими сторонами которого являются лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность. Во-вторых, применительно к договорам, не все стороны которого являются лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, такое право на отказ (изменение) может быть договором 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).

Из толкования данного положения вытекает также, 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. Нет никаких политико-правовых резонансов, которые могли бы обосновать столь жесткий запрет на включение в договор равных между собой граждан условий о праве на односторонний отказ от договора или его изменение. Но следует обратить внимание на то, что в Постановлении Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 эта возможность прямо не была признана. По данному вопросу до сих пор остается некоторая неопределенность, так как соответствующий текст п. 2 ст. 310 ГК РФ некоторыми юристами толкуется по-иному.

Случаем, когда установление в договоре права на отказ (изменение) не признается допустимым, является ситуация, при которой в договоре между лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, с одной стороны, и лицом, такую деятельность не осуществляющим, с другой стороны, право на односторонний отказ (изменение) стороны пытаются закрепить за первым из них. Очевидно, что такое ограничение свободы договора связано с соображениями защиты слабой стороны договора. Поэтому, 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 КГД 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 не допускается условие потребительского договора кредита 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).

В принципе, даже при такой интерпретации указанное ограничение свободы договора вряд ли является абсолютно бесспорным и может обсуждаться *de lege ferenda*. В частности, сомнительно, что обоснован запрет на включение в договор между предпринимателем и непредпринимателем права первого на отказ от договора как минимум в ответ на существенное нарушение договора последним.

2.2. Есть также большие сомнения в том, что установленные в п. 2 ст. 310 ГК РФ ограничения свободы договора в отношении возможности установления условий о праве на отказ от договора или его изменение уместны в тех случаях, когда такие права предоставляются предпринимателю в его договорных отношениях с лицом, хотя и не являющимся индивидуальным предпринимателем или коммерческой организацией, но де-факто реализующим в рамках данного договора сугубо коммерческую деятельность. Это 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 формальный статус сторон (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Но, видимо, эта же логика должна в судебной практике распространяться и на иные подобные договоры, связанные с реализацией корпоративных прав или отчуждением корпоративного контроля.

2.3. В п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 указано: «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)». С учетом этого разъяснения толкование п. 2 ст. 310 ГК РФ приводит к выводу о том, что право на односторонний отказ (изменение) может быть согласовано в договоре между коммерческой организацией (индивидуальным предпринимателем) и некоммерческой организацией, осуществляющей в рамках такого договора приносящую доход деятельность (например, в договоре между образовательной некоммерческой организацией и коммерческой организацией, выступающей в качестве заказчика платных образовательных услуг). Также из данного разъяснения ВС РФ следует, что право на односторонний отказ (изменение) не может быть в договоре между некоммерческой организацией, осуществляющей в рамках такого договора приносящую доход деятельность, и гражданином предоставлено первой. В частности, договор на оказание платных образовательных услуг, заключенный между некоммерческой образовательной организацией и гражданином, не может предоставить образовательной организации право на одностороннее изменение условий договора.

2.4. Право на одностороннее изменение условий договора может быть ограничено действием принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ) и запретом

на злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Этот вывод поддерживается судебной практикой (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Применительно к договорным обязательствам это прямо предусмотрено в п. 4 ст. 450 ГК РФ. Подробнее о применении этого ограничения см. комментарий к п. 4 ст. 450 ГК РФ.

3. 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 компенсацию неудобств другой стороны, связанных с претерпеванием произвольного выбора управомоченной стороны в пользу отказа от исполнения (изменения) обязательства, и покрытие связанных с прекращением (изменением) обязательства потерь. Речь, конечно же, идет в первую очередь об обязательствах договорных. 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 КЭС ВС РФ от 27 октября 2015 г. № 305-ЭС15-6784) или оказания услуг (п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

3.1. Стороны могут определить эту предусмотренную в п. 3 ст. 310 ГК РФ плату как в виде фиксированной суммы, так и посредством отсылки к расходам или убыткам другой стороны.

3.2. 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 потребуются 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. 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. Упоминание ситуации, когда право на отказ (изменение) предусмотрено в договоре, не вызывает никаких сомнений. Раз стороны вольны согласовать в договоре право на немотивированный отказ (изменение), то тем более они свободны в установлении условий реализации этого права, включая плату, которую стороне, реализующей это право, следует заплатить другой стороне в качестве компенсации. 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 КЭС ВС РФ от 27 октября 2015 г. № 305-ЭС15-6784).

Определенного ограничительного толкования требует указание 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. Этот вывод нашел поддержку и в практике ВС РФ (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Так, например, в силу того, что нормы ст. 782 ГК РФ о праве сторон договора возмездного оказания услуг на немотивированный отказ от договора являются диспозитивными, стороны могут согласовать в качестве условия такого отказа внесение установленной в договоре платы, либо в форме возмещения убытков другой стороны, либо в форме конкретной денежной суммы (п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

Но в случаях, когда право на отказ (изменение) предусмотрено в императивной норме закона, последний блокирует свободу сторон в ограничении этого права. Соответственно, установление в договоре платы за отказ (изменение) в подобных случаях не должно допускаться (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Так, например, в силу того, что ст. 610 ГК РФ устанавливает императивным образом право на немотивированный отказ любой из сторон от договора аренды, который заключен на неопределенный срок, ограничение этого права не должно признаваться судом.

Кроме того, в силу этого же подхода стороны договора потребительского 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 (ст. 11 Закона о потребительском кредите).

В равной степени если императивная норма закона закрепляет за одной из сторон право на односторонний отказ (изменение) и предусматривает конкретный размер компенсации, стороны не могут отступить от этого правила, установив иной размер компенсации. 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.

3.4. В силу прямого указания в п. 3 ст. 310 ГК РФ такая плата 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). Раз 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. Эта бесспорная логика в равной степени применима и к договорам, одной из сторон которых является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность. Например, физические лица, являющиеся сторонами договора купли-продажи доли в ООО, могут согласовать право одной из сторон немотивированно отказаться от договора при условии уплаты определенной в договоре денежной компенсации.

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. Так, например, ст. 717 ГК РФ предоставляет заказчику в договоре подряда право на немотивированный отказ от договора, и эта норма по прямому в ней указанию является диспозитивной. При этом в данной норме нет никаких ограничений по субъектному составу: соответственно, диспозитивность данной нормы распространяется и на те случаи, когда заказчиком или подрядчиком является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность. Соответственно, даже если таким заказчиком или подрядчиком является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность, нет никаких причин ограничивать возможность согласования платы за отказ (изменение). Этот вывод вытекает из принципа толкования закона *a fortiori* (тем более): если закон допускает право сторон вовсе заблокировать право на отказ от договора, 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.

Если же право на отказ (изменение) установлено императивной нормой, то, как было выше показано, установление какой-либо не предусмотренной в законе платы

за отказ (изменение) недопустимо независимо от субъектного состава. Тем более такое право ограничено в случаях, когда одной из сторон договора является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность.

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, и 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 обратного». В то же время нельзя не признать, что предлагаемая выше интерпретация может быть не вполне очевидной некоторым юристам. Поэтому идеальным решением является изменение редакции п. 3 ст. 310 ГК РФ.

3.5. 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 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).

Предусмотренное в законе (например, п. 2 ст. 405, ст. 475, 723 ГК РФ и т.п.) право на отказ от договора в ответ на существенное нарушение может быть заменено по условиям договора механизмом судебного расторжения, но при этом сама возможность расторжения договора во внесудебной или судебной форме в ответ на такое нарушение в большом числе случаев не может быть вовсе заблокирована, так как это существенно нарушило бы разумный баланс интересов сторон и выглядело бы в высшей мере несправедливым, вынуждая жертву существенного нарушения мириться с произволом контрагента и находиться в вечном ожидании надлежащего исполнения. Аналогичным образом следует относиться и к не менее аномальному условию договора, которое не блокирует право на расторжение нарушенного договора, но ограничивает это право кредитора выплатой некой компенсации нарушителю. Соответственно, включение в договор условия о внесении жертвой существенного нарушения договора, желающей расторгнуть такой договор, некой заранее 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).

3.6. 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 осоз-

нанно реализует закрепленное за ней право. Если эта сторона не желает платить установленную в договоре плату за осуществление этого права, ничто не заставляет ее совершать такую одностороннюю сделку. Соответственно, эта сторона впадет в просрочку, будет считаться нарушителем договора и нести ответственность по общим правилам договорной ответственности, в рамках которых ответственность этой стороны будет по общему правилу носить сугубо компенсационный характер и ей не придется платить больше, чем убытки кредитора. Если она в такой ситуации решает все-таки внести установленную в договоре плату за отказ (изменение) и осуществить свое секундарное право на выход из обязательства или изменение его условий, — это ее выбор. Соответственно, к такой плате не подлежат применению правила ГК РФ о неустойке, включая ст. 333 ГК РФ.

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 и наличием такого права должно устраняться за счет реконструкции наиболее вероятной реальной воли сторон договора. А она, как правило, состоит в фиксации именно платы за отказ от договора (см. Определение КЭС ВС РФ от 27 октября 2015 г. № 305-ЭС15-6784).

3.7. Плата за отказ от исполнения (за изменение) обязательства не является и отступным. Различие между двумя этими конструкциями сводится не к тому, что плата за отказ от исполнения, как правило, согласовывается заранее в самом договоре, а соглашение об отступном, как правило, заключается уже впоследствии на стадии исполнения обязательства. На самом деле ничто не мешает сторонам заранее договориться о возможности предоставления отступного и прекращения обязательства таким способом. В действительности различия этих институтов таковы.

Во-первых, плата за одностороннее изменение условий обязательства принципиально отличается от отступного как способа прекращения обязательства. Тут никакого смещения быть в принципе не может.

Во-вторых, как выше отмечалось, стороны договора могут согласовать уплату определенной денежной суммы не в качестве предварительного условия для последующего отказа от исполнения, а в качестве последствия такого отказа, в то время как конструкция отступного предполагает, что обязательство должника прекращается в момент предоставления отступного.

В-третьих, 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). По сути, отказ от исполнения договорного обязательства является способом расторжения договора. Если присмотреться 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). Поэтому было бы ло-

гичнее, если положения о такой плате были включены в ст. 450, 450¹ 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 прекращение обязательства отказывающейся стороны, но и отпадение оснований для существования встречного обязательства или возникновение оснований для возврата встречного предоставления, если оно уже было произведено (подробнее см. 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. Встречное исполнение идет в обмен на то имущество, которое предоставляется в качестве отступного.

3.8. 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).

3.9. Стороны вольны определять размер платы за отказ от исполнения обязательства или изменение его условий по своему усмотрению. Но может ли суд снизить размер такой платы, посчитав несоразмерным?

Позиция ВАС РФ по данному вопросу такова: 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. Так, в п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 указано на право суда не признавать само условие о плате за отказ от договора. Данное разъяснение нужно понимать так, что суд не признает размер такой платы в части, превышающей уровень, который суд считает соразмерным. Полное непризнание навязанного слабой стороне договора условия о плате за отказ в случае ее явной несоразмерности вряд ли стоит признавать пропорциональной реакцией суда.

Но следует ли из этого, что плата за отказ от исполнения или изменение условий обязательства не может быть ни в каких случаях снижена судом при отсутствии доказательств злоупотребления неравенством переговорных возможностей? Представляется, что такое снижение в самых исключительных случаях возможно, если размер такой платы настолько вопиюще аномален и несоразмерен, что у суда нет никаких сомнений, что установление такой платы свидетельствует о заключении притворной сделки или косвенно свидетельствует о наличии при заключении договора того или иного скрытого порока воли. Например, если в качестве платы за отказ заказчика от договора возмездного оказания услуг (подряда) указана сумма, равная двойному размеру цены договора, и не приведены доказательства того, что расторжение договора может причинить исполнителю (подрядчику) такой аномально высокий уровень убытков, суд может скорректировать размер такой платы даже при отсутствии доказательств навязывания условия о такой плате слабой стороне договора.

Видимо, именно такие экстраординарные случаи имел в виду ВС РФ, когда в п. 16 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 установил следующее разъяснение: «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)».

Остается надеяться на то, что суды действительно будут применять механизм снижения в контексте сугубо коммерческих договоров, заключенных при отсутствии признаков явного неравенства переговорных возможностей, только в самых вопиющих и исключительных случаях, и эта практика снижения не превратится в тот хаос, в который ранее погрузилась практика применения ст. 333 ГК РФ в отношении неустойки. Ведь в случае интенсификации практики вторжения судов в вопросы о соразмерности и справедливости платы за отказ от договора никто из сторон при заключении договора не сможет быть уверен в том, что их соглашение по «цене выхода» из договора устоит. Давать такое право «на выход» другой стороне контрагент за меньшие деньги может быть не готов, а само право на выход закон в императивном формате не дает. Соответственно, вопрос стоит лишь о согласии контрагента на предоставление такого права. В таких условиях можно ожидать, что дестабилизация условий о плате за отказ (или изменение) приведет к тому, что условие о праве на отказ или изменение соответствующая сторона согласовывать просто не будет, и пострадают от этого все участники оборота, включая тех, ради защиты которых суды и пытаются проявлять патерналистскую опеку. Например, арендодатель готов дать арендатору право на произвольный отказ от договора с условием о выплате суммы, равной шестимесячной арендной платы, но может опасаться, что впоследствии арендатор откажется от договора, а суды начнут «прокидывать» условие о «цене выхода». Если вероятность такого развития событий с учетом возможной нежелательной интенсификации практики вторжения судов в сферу условий о размере платы за отказ или изменение окажется достаточно высокой, полагаться на слово арендатора будет невозможно и арендодатель может просто не согласиться давать арендатору право на отказ от договора. И хуже от этого будет только арендатору. Арендатору, который не заручился согласием арендодателя на предоставление ему права на отказ от договора и потеряет интерес к договору после его заключения, не останется ничего иного, кроме как платить годами за то, что ему больше не нужно.

3.10. В принципе, мы не видим 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.

3.11. В принципе плата за отказ от договора 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 договора и конвертировать валюту долга в рубли по тому или иному фиксированному курсу. Арендодатель же может обусловить свое согласие на изменение выплатой ему некой суммы «компенсации». Если стороны договорились по ее

размеру, суды должны уважать выбор сторон. По сути, здесь речь идет об институте близком к плате за отказ от договора (его изменение). Соответственно, все то, что отмечалось выше в отношении платы за отказ (изменение), может *mutatis mutandis* применяться и к такой конструкции.

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

(а) Статья 311 ГК РФ посвящена порядку 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.

Исполнение по частям *делимых* обязательств (обязательств, предмет которых допускает такое разложение на части, при котором каждая часть сохраняет все существенные свойства целого) теоретически осуществимо. Однако ст. 311 ГК РФ в качестве общего правила устанавливает обратное: надлежащим будет являться лишь исполнение, произведенное в полном объеме в виде однократного акта. 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.

(б) Отказ от принятия частичного исполнения, как правило, может выражаться в пассивном поведении кредитора — фактическом непринятии им частично исполненного. Однако в отдельных случаях в силу специфики исполнения кредитор лишен возможности использования такой формы отказа. Так, при частичном исполнении должником денежного обязательства, произведенного путем безналичного перевода, кредитор должен не просто заявить должнику об отказе принять такое исполнение, но и совершить обратное перечисление полученных денежных средств. В случае когда кредитор в разумный срок с момента, когда он узнал или должен узнать о поступлении такого частичного исполнения, не совершит таких действий или иным образом не выразит свое несогласие с ним, он будет считаться принявшим частичное исполнение.

(в) Статья 311 ГК РФ направлена на защиту подразумеваемых интересов кредитора и рассматривает отказ от принятия частичного исполнения исключительно

как его право. В связи с этим очевидно, что использование данного права не может порождать для кредитора негативные последствия (см. Определение КЭС ВС РФ от 9 декабря 2014 г. № 305-ЭС14-3435).

Однако этим правом кредитор может и не воспользоваться.

О согласии кредитора принять частичное исполнение могут свидетельствовать не только прямое заявление, но и его конклюдентные действия, например, по использованию частично исполненного.

(г) 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. Факт нарушения обязательства (а именно просрочка в остальной части) имеет место, и 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.

При этом тот факт, что кредитор принял неправомерное 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 (например, подрывает его интерес в договоре в целом; см. ст. III.-3:506 Модельных правил европейского частного права). В российском законодательстве такая возможность прямо упомянута в п. 1 ст. 466 ГК РФ в отношении договоров купли-продажи, а в общем виде она отражена в абз. 1 п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35.

(д) Принятие кредитором частичного исполнения само по себе не свидетельствует об изменении порядка исполнения существующего обязательства (изменении договора). Соответственно, факт неправомерности поведения должника, начавшего исполнять обязательство в нарушение требования настоящей статьи по частям, не отменяется, и кредитор сохраняет право взыскать с должника убытки, вызванные таким нарушением (например, в виде возмещения дополнительных расходов на приемку и т.п.).

(е) Формулируя общее правило о недопустимости исполнения по частям, ст. 311 ГК РФ предусматривает и некоторые изъятия из него.

Частичное исполнение рассматривается в качестве надлежащего, если оно предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства либо вытекает из его существа. Так, допустимость исполнения по частям предполагается при использовании сторонами задатка или аванса, а равно оплаты в рассрочку (см. ст. 380, 486, 489 ГК РФ).

(ж) В некоторых случаях отказ кредитора принимать частичное исполнение может рассматриваться как недобросовестное осуществление права (п. 3 ст. 1 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. В такой ситуации 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. То же можно сказать и о займодавце, который уклоняется от принятия наличного платежа в счет погашения займа на основании того, что предлагаемая сумма несколько ниже общей величины долга заемщика.

(з) В п. 17 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54 Пленум ВС РФ указал, что «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».

Что имеет в виду ВС РФ? Первая интерпретация предполагает, что кредитор не просто обязан принимать частичное исполнение денежного обязательства, но такое поведение должника в принципе является правомерным. На такую интерпретацию наталкивает фраза о «возможности» частичного исполнения. Если ВС РФ имел в виду именно это, то такой подход в корне ошибочен и граничит с абсурдом. Принуждение кредитора принять частичное исполнение создает для последнего угрозу дополнительных издержек (по сути, их бесконечную мультипликацию), связанных, например, с обеспечением охраны и инкассированием полученных наличных денежных средств, уплатой комиссий банку за проведение операций по счету и пр. Следуя логике ВС РФ, такие издержки не могут быть взысканы кредитором с должника. Кроме того, неполучение кредитором полной суммы долга в срок может спровоцировать возникновение у него иных убытков, которые кредитор с должника при такой интерпретации взыскать не сможет. Например, перечисление банком лишь части обещанного кредита для оплаты приобретаемой квартиры может привести к срыву сделки купли-продажи и возникновению значительных убытков заемщика. Отказывать в их взыскании нет никаких оснований.

Вторая интерпретация этого странного пассажа ВС РФ состоит в том, что частичное исполнение денежного обязательства все-таки является нарушением договора и влечет ответственность должника за просрочку, но, тем не менее, кредитор не может уклониться от получения такого частичного платежа. Если ВС РФ имел в виду именно это, то совершенно непонятно, в чем особенность «существа» денежных обязательств, обусловившая лишение кредитора права уклониться от принятия частичного исполнения. 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). И в том, и в другом случае кредитор должен иметь право отказаться принимать частичное исполнение, если таковое не допущено договором, равно как и в обоих случаях иногда такое поведение кредитора будет недобросовестным. 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.

Применение предложенной интерпретации неминуемо приведет к очень странным выводам. В частности, абсолютно непонятно, почему заемщик обязан принимать от банка сумму кредита, которая меньше того, что обязался выдать банк, и на что рассчитывал заемщик. Например, если заемщик имеет право на получение кредита в сумме 1 млн руб. и рассчитывает потратить эту сумму на покупку автомобиля на ту же сумму, а банк вопреки своим обязательствам предлагает заемщику получить лишь 200 тыс. руб., право не должно заставлять заемщика принимать от банка ненадлежащее частичное исполнение.

Иначе говоря, ВС РФ мог бы привести конкретные примеры злоупотреблений кредиторов, недобросовестно уклоняющихся от получения частичного исполнения, но столь жесткое и абстрактное разъяснение, дискриминирующее кредиторов по денежным обязательствам, ничем не оправдано.

Кроме того, указанное разъяснение открывает дорогу для злоупотреблений, направленных на ухудшение положения отдельного кредитора при банкротстве должника без полного погашения его требований (см. подробнее комментарий к ст. 313 ГК РФ). Остается надеяться, что все описанные ситуации будут адекватно и справедливо разрешаться судебной практикой за счет сужения сферы применения констатированного ВС РФ «общего правила».

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 уполномоченным 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. Надлежащим признается лишь исполнение, произведенное надлежащему лицу. В качестве последнего должен рассматриваться прежде всего сам кредитор или уполномоченное им лицо (п. 1 ст. 312 ГК РФ). Должник, осуществляющий исполнение, наделяется данной нормой правом требовать доказательств того, что исполнение принимается надлежащим лицом.

1.1. Вполне очевидно, что эта норма касается только тех случаев, когда исполнение обязательства предполагает принятие исполнения (например, консультация, передачи вещи или денег и т.п.). В тех случаях, когда обязательство носит такой характер, что его исполнение не предполагает принятия, 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. Поскольку закон не относит принятие исполнения к числу действий, которые могут быть совершены лицом только лично (п. 4 ст. 182 ГК РФ), «надлежащим лицом» для целей применения комментируемой статьи может выступать и представитель кредитора, т.е. лицо, наделенное полномочиями принять исполнение. Иное может следовать из существа исполняемого обязательства (например, принятие медицинских услуг не может осуществляться через представителя).

1.3. Очень 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 всегда вправе назначить представителя, уполномоченного на принятие исполнения, а должник обязан передать исполнение именно такому лицу, если тот представляет надлежащие доказательства наличия у него полномочий. Подтверждение полномочий представителя на приемку исполнения может оформляться в виде выдачи представителю соответствующей доверенности, направления кредитором должнику письма с указанием на представителя, фиксации полномочий в договоре между кредитором или должником, вытекать из закона или явствовать из обстановки. Выдача таких полномочий не меняет порядок исполнения обязательства должника (в частности, не меняется согласованное в договоре место исполнения обязательства). Соответственно, если должник необоснованно уклоняется от передачи исполнения надлежащим образом уполномоченному лицу, он будет считаться впавшим в просрочку.

В отличие от этой ситуации в случае переадресации исполнения кредитор не только указывает должнику лицо, уполномоченное на приемку исполнения, но и меняет вытекающий из закона или договора порядок исполнения обязательства (в форме изменения места исполнения). Соответственно тут мы имеем право в одностороннем порядке изменить условия договора, а для этого требуется, чтобы такая возможность была прямо предусмотрена в законе или договоре (ст. 310 ГК РФ). Если эта возможность не закреплена в договоре или законе, но кредитор просит должника переадресовать исполнение, должник не обязан повиноваться воле кредитора и может учинить исполнение именно кредитору, либо констатировать просрочку кредитора (ст. 406 ГК РФ) при уклонении кредитора от принятия исполнения.

Например, если речь идет о поставке товара, место исполнения обязательства поставщика по отгрузке вытекает из закона или может быть закреплено в договоре. Соответственно по общему правилу покупатель может свободно указать поставщику конкретное лицо, уполномоченное от его имени на приемку по указанному адресу, но не может произвольно диктовать поставщику иных грузополучателей

с изменением места отгрузки. При этом, безусловно, договор может предусматривать право покупателя выставлять поставщику отгрузочные разнарядки с указанием различных получателей (ст. 509 ГК РФ).

В случае с безналичными расчетами в обязанность плательщика входит перевод денег именно кредитору, а момент платежа считается момент зачисления денег на корреспондентский счет банка именно кредитора (см. комментарий к ст. 316 ГК РФ). Соответственно кредитор не может произвольно навязать должнику обязанность перечислить деньги по реквизитам третьего лица. Такое письмо не будет рассматриваться как фиксация полномочий, так как претендует на изменение порядка исполнения обязательства. 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). Это крайне важно, так как иначе должнику навязывался бы риск оспаривания кредитором данного письма (например, подлинности подписи на нем), попадания должника в просрочку в связи с исполнением ненадлежащему лицу и предъявления ему требования об учинении повторного исполнения. Должник вправе не соглашаться принимать на себя такой дополнительный риск или отказаться от исполнения просьбы кредитора о переводе денег на счет третьего лица по каким-либо иным соображениям. 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). В этом случае следует исходить из того, что стороны пришли к согласию в отношении изменения модуса исполнения денежного обязательства. Также следует отметить, что такое письмо будет рассматриваться как обязательное для должника, если соответствующая возможность диктовать должнику получателей была установлена соглашением сторон или законом.

1.4. 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 стороной обязательства. Роль управомоченного на принятие исполнения лица сводится лишь к фактическому принятию исполнения, 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).

1.5. 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, после уступки требования cedent не является ни кредитором, ни его представителем, ни третьим лицом, управомоченным принять исполнение. Вместе с тем в соответствии с п. 3 ст. 382 ГК РФ исполнение в адрес cedent, произведенное должником, неуведомленным об уступке требования, признается надлежащим. Аналогично ст. 144 ГК РФ рассматривает в качестве надлежащего исполнение, совершенное в адрес владельца предъявительской ценной бумаги, даже если последний не является ее законным приобретателем.

1.6. Риск исполнения ненадлежащему лицу несет должник. Это следует из того, что именно он осуществляет исполнение, контактируя с лицом, принимающим

исполнение. 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 19 апреля 2002 г. № 3581/98, от 18 мая 1999 г. № 330/99, от 30 января 2001 г. № 4106/00, от 9 ноября 2004 г. № 9929/04).

1.7. Изложенное выше правило распределения рисков должно восприниматься в качестве общего. Это правило, однако, подлежит корректировке в ситуации, когда должник являлся добросовестным, а ошибочность его представлений об уполномоченном на принятие исполнения лице или адресате исполнения вызвана поведением кредитора или обстоятельствами, находящимися под его контролем.

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 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). Применительно к рассматриваемой ситуации это означает, что хотя исполнение произведено ненадлежащему лицу, риск этого не лежит на должнике, который не знал и не должен был знать об отсутствии полномочий (статуса исполнительного органа) у лица, принявшего исполнение. Налицо совокупность условий: (а) добросовестность должника и (б) связанность ошибочного восприятия 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 пре-

кращать обязательство должника (п. 2 ст. 189 ГК РФ). И в данном случае наличие совокупности обстоятельств: (а) добросовестность должника и (б) его ошибочное восприятие полномочий лица, принимающего исполнения, проистекающее из поведения кредитора (отменившего доверенность, но не озаботившегося тем, чтобы довести такую информацию до заинтересованных лиц), делает заблуждение должника извинительным. Несмотря на то что в рассматриваемой ситуации исполнение осуществляется в адрес ненадлежащего лица, закон прямо снимает подобный риск с должника, перекладывая его на кредитора.

1.8. При этом 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. Добросовестность должника не имеет при этом решающего значения, поскольку 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 неправомерных 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 (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 18 мая 1999 г. № 330/99).

1.9. Предъявление должником к адресату исполнения или уполномоченному на приемку лицу указанных в п. 1 ст. 312 ГК РФ требований подтвердить свое право на принятие исполнения не является обязательным. Вместе с тем оно 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).

1.10. Закон не устанавливает последствий невыполнения указанными лицами требования должника подтвердить свое право 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). Такое понимание поддерживается и правоприменительной практикой (см. п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Соответственно 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.

1.11. 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).

Кроме того, 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 правомочность лица, выдающего себя за представителя кредитора, и перекладывают 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 (что допускается Постановлением Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16), либо блокировать такие условия на основании правил ст. 10, 169 или 428 ГК РФ.

1.12. Исполнение ненадлежащему лицу приравнивается к неисполнению. Как следствие, оно не прекращает обязательства и не освобождает должника от обязанности предоставить исполнение кредитору. Кроме того, оно дает кредитору возможность воспользоваться всеми способами защиты, предоставленными ему на случай неисполнения (см. ст. 330, 393, 395 ГК РФ).

1.13. Из положений п. 1 комментируемой статьи следует, что бремя доказывания осуществления исполнения надлежащему лицу 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).

При этом наличие полномочий у лица, принимавшего исполнение, может быть доказано не только подтверждением того, что полномочия такого лица вытекали из закона (например, директор юридического лица) или из доверенности, но и фактами, указывающими на то, что полномочия соответствующего лица явствовало из обстановки (п. 1 ст. 182 ГК РФ). Например, если товар был принят сотрудником покупателя, в чьи служебные обязанности входила приемка груза, наличие у него полномочий может вытекать из обстановки. Другой пример: если товар был поставлен не покупателю, а его дочернему обществу, с учетом конкретных обстоятельств такая поставка может быть признана принятой представителем в силу обстановки (подобную фактуру дела см. в Постановлении Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2002 г. № 7301/98).

1.14. 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, это не означает, что должник не может доказать факт осуществления и передачи исполнения кредитору иными средствами доказывания (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 октября 2012 г. № 5150/12, Определение КЭС ВС РФ от 30 июля 2015 г. № 305-ЭС15-3990).

2. 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 пе-

редаст исполнение 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. 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). Противоположное утверждение ВС РФ (см. п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54), по сути, не позволяет должнику предпринять меры к минимизации лежащих на нем рисков, и не соответствует целям установления комментируемого правила.

2.2. Установленное п. 2 ст. 312 ГК РФ право должника приостановить исполнение обязательств («не исполнять»), потребовав подтверждения полномочий представителя, является по своей природе возражением должника. Его использование является правом должника.

При использовании данного возражения должник не находится в просрочке, даже если его «опасения» относительно полномочий представителя оказались напрасными.

Отказ кредитора подтвердить полномочия путем предъявления нотариально удостоверенной доверенности следует рассматривать как просрочку кредитора (см. ст. 406 ГК РФ).

2.3. Следует рассматривать как недобросовестное поведение (ст. 10 ГК РФ) приостановление должником исполнения и запрос подтверждения полномочий в ситуации, когда те же полномочия (основанные на письменном документе или явствующие из обстановки) не вызвали у должника сомнений при исполнении такому представителю ранее и после этого не возникли те или иные обстоятельства, которые могли бы заставить должника усомниться в полномочиях.

2.4. Предписания п. 2 ст. 312 ГК РФ направлены на защиту интересов должника. При этом данные установления не изменяют общих принципов распределении между сторонами риска исполнения ненадлежащему лицу (п. 1 ст. 312 ГК РФ).

Соответственно, если должнику, усомнившемуся 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. ранее п. 1.5 комментария).

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 станет несколько более прочным с 1 января 2017 г., когда вступит в силу новая редакция п. 1 ст. 34⁴ Основ законодательства о нотариате, согласно которой любым третьим лицам посредством Интернета будет открыт доступ к реестру удостоверенных нотариусами

доверенностей. Это позволит должнику достаточно надежно определить подлинность той нотариальной доверенности, которую ему предъявляет лицо, объявляющее себя представителем кредитора.

2.5. 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.

2.6. Правило настоящего пункта 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 указывать должнику адресатов для перевода денег или кредитору по обязательству поставить товар выставлять должнику отгрузочные разрядки), или (б) такие адресаты исполнения закреплены непосредственно в договоре. В такой ситуации имплицитное управомочивание, вытекающее из факта переадресовки, осуществляется в форме направления письма кредитора должнику или фиксации таких полномочий в договоре и аналогично имеющимся в комментируемом пункте исключениям из правила о праве должника требовать нотариального удостоверения доверенности. В то же время ничто не запрещает сторонам договориться в договоре о том, что такие письма о переадресовке исполнения должны 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.

2.7. Предписания комментируемого пункта не применяются к случаям законного представительства (п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

2.8. Применение правил п. 2 ст. 312 ГК РФ может быть заблокировано специальным законом.

2.9. Учитывая направленность содержащегося в п. 2 ст. 312 ГК РФ регулирования, следует признать диспозитивность соответствующих предписаний и возможность сторон своим соглашением изменить указанные правила. Так, стороны 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. 165¹, 185¹, 434 ГК РФ). В таком случае полномочия представителя кредитора подтверждаются в предусмотренном сторонами порядке (п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Равным образом, стороны вправе своим соглашением исключить применение правил п. 2 ст. 312 ГК РФ. Если стороны не желают применения этой новой нормы ГК РФ и хотят, чтобы их отношения развивались в традиционном ключе, без вов-

лечения нотариусов в процесс подтверждения полномочий (т.е. так, как это следовало из закона до 1 июня 2015 г. и было принято все эти годы), то они, безусловно, должны иметь такое право. Этот вывод пока не подтвержден однозначно на уровне судебной практики ВС РФ, но со всей очевидностью следует из толкования закона. Признание комментируемой нормы императивной грубо попирало бы конституционный принцип свободы договора, не соответствовало бы общим принципам регулирования договорных отношений и не вписывалось бы в критерии императивности, указанные в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16.

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. Исполнение обязательства третьим лицом известно российским (советским) кодификациям 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 может рассматриваться как исключение из принципа относительности обязательственных отно-

шений, в силу которого по общему правилу обязательство связывает только две стороны, а все иные субъекты являются для их правовой связи лицами посторонними и не вправе вторгаться в отношения кредитора и должника. При исполнении обязательства третьим лицом кредитору приходится иметь дело с третьим лицом, а не с должником. Правопорядок устанавливает данное исключение 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).

При этом следует иметь в виду, что далеко не всякое обязательство по своему существу допускает исполнение третьим лицом или возложение на третье лицо исполнения. Например, трудно себе представить возложение исполнения соблюдать режим конфиденциальности на основании соглашения о неразглашении на третье лицо.

1.1. Согласно общему правилу, отраженному в п. 1 комментируемой статьи, кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом, на которое должник возложил исполнение. 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.

Правовая природа возложения в законодательстве не раскрывается. Наука гражданского права, а также практика показывают, что возложение исполнения может вытекать из различных правовых оснований и, как правило, опирается на ранее заключенный договор между должником и третьим лицом или выражается в заключении договора между ними.

1.2. Тип отношений, в рамках которых проявляет себя возложение исполнения обязательства, является принципиальным для правильной квалификации имущественных отношений между должником и третьим лицом, в том числе после осуществления исполнения третьим лицом. Возможны в том числе следующие варианты возложения исполнения.

(а) Чаще всего в основе возложения лежит обязательство третьего лица перед должником, за счет исполнения которого в пользу кредитора (минуя самого должника) погашается и долг третьего лица перед должником, и долг должника перед кредитором. Это возможно в тех случаях, когда долг третьего лица перед должником однороден долгу должника перед кредитором.

Обязательство третьего лица перед должником может также 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.

Так, например, возложение исполнения обязательства на третье лицо может вытекать из консенсуального договора дарения, по которому дарителем является третье лицо (в терминологии комментируемой статьи), а одаряемым — должник (п. 4 ст. 576 ГК РФ). Но в коммерческой практике, пожалуй, наиболее распространена ситуация, когда у третьего лица имеется перед должником долг, вытекающий из какого-нибудь двустороннего возмездного договора. 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 при этом между должником и третьим лицом ранее заключен договор, по которому третье лицо обязано осуществить исполнение в адрес указанного в таком договоре кредитора должника или обязано выполнить такую инструкцию должника, третье лицо обязано осуществить исполнение в адрес указанного лица под страхом оказаться нарушителем своего обязательства перед должником. Так, например, некоторые разновидности договоров напрямую предусматривают право стороны обязать другую сторону исполнять обязательство определенному адресату, указанному в договоре изначально или впоследствии в одностороннем письме контрагента (например, договор поставки с условием поставки товара по отгрузочной разнарядке получателям, указанным в такой разнарядке, согласно ст. 509 ГК РФ).

Если такого ранее заключенного договора нет, то возложение может происходить в форме предложения, направляемого должником третьему лицу, об исполнении имеющегося у третьего лица перед должником обязательства в адрес кредитора должника. В такой ситуации третье лицо свободно как согласиться с таким предложением и исполнить свое обязательство в адрес того, кого указал должник, так и игнорировать эту просьбу и произвести исполнение непосредственно должнику (своему кредитору). При этом если третье лицо исполняет по просьбе должника в адрес кредитора последнего, можно говорить о том, что третье лицо и должник конклюдентно пришли к соглашению об изменении порядка исполнения обязательства третьего лица перед должником.

(б) Но возложение может опираться также на договор должника с третьим лицом, предметом которого является предоставление, являющееся однородным с долгом должника перед кредитором, но не обремененное в обязательство третьего лица перед должником.

Так, например, возложение исполнения может вытекать из отношений по реальному договору займа, если должник (заемщик) просит третье лицо (займодавца) предоставить ему заем на оговоренных условиях, передав сумму займа непосредственно кредитору заемщика в погашение долга заемщика перед ним. Тем самым обязательство должника перед кредитором прекращается исполнением, а с третьим лицом у должника возникают отношения из договора займа (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 14 сентября 2004 г. № 7446/04). Так, например, дочернее общество может попросить материнскую компанию погасить его долги перед определенным кредитором; если материнская компания погашает такой долг и при этом должник и третье лицо не оформляют никакого соглашения, проясняющего природу этой «помощи» со стороны материнской компании, разумно предполагать, что стороны пришли к соглашению о предоставлении займа, предполагающегося в силу ст. 809 ГК РФ в качестве процентного.

Аналогичная ситуация может иметь место в ситуации, когда между должником и третьим лицом имеется реальный договор дарения, согласно которому дар предоставляется путем передачи определенного имущества дарителем указанному одаряемому лицу. Так, например, нередко родители погашают долги своих детей с целью одарить последних.

В подобных случаях нередко 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 или заем путем погашения долга должника перед кредитором (оферта) и осуществления фактического предоставления в пользу кредитора третьим лицом (акцепт).

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 вышеописанной ситуации погашения долга дочернего общества силами материнской компании 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.

Безусловно, этот перечень возможных форм возложения незакрыт.

1.3. Обязывая кредитора принять исполнение от третьего лица при наличии возложения, закон оставляет без регулирования последствия таких случаев, когда кредитор принимает исполнение от третьего лица при отсутствии возложения исполнения обязательства должником (за исключением фрагментарного правила, выводимого из п. 6 комментируемой статьи). Поскольку кредитор в большинстве случаев не участвует в отношениях между должником и третьим лицом, наличие факта возложения оказывается для него неизвестным или предположительным. Судебной практике известны дела, когда третье лицо предъявляло к кредитору требования о неосновательном обогащении по мотиву отсутствия факта возложения на него исполнения обязательства со стороны должника. 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). Схожий вопрос возникал и в случаях, когда изначально факт возложения исполнения имел место, но отпал впоследствии (например, договор о возложении исполнения был расторгнут или был признан недействительным). Судебная практика и здесь последовательно защищала кредитора от необоснованного кондикционного иска третьего лица (п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49; 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.

1.4. Статья 313 ГК РФ в редакции, вступившей в силу 1 июня 2015 г., не прояснила вопрос о характере отношений между третьим лицом и должником в случае возложения исполнения обязательства, и при этом сохранила закрепленное в прежней редакции данного пункта указание на то, что кредитор *обязан* принимать исполнение от третьего лица, если было возложение, что подразумевает отсутствие такой обязанности в случае отсутствия возложения. Но имеет ли кредитор *право* принять такое исполнение при отсутствии возложения и может ли не опасаться предъявления к нему кондикционного иска третьим лицом (в соответствии со сложившейся

в условиях действия прежней редакции ст. 313 ГК РФ судебной практикой), и как это скажется на судьбе обязательства должника?

Представляется, что эта норма должна толковаться следующим образом. Если кредитор принял от третьего лица исполнение 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 обстоятельств, при наличии которых кредитор обязан принять исполнение от третьего лица без возложения), 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.

Этот подход абсолютно очевиден в ситуации уплаты денежного долга. ВС РФ в Постановлении 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». Последнее исключение работает тогда, когда третье лицо платит без возложения в надежде на переход к нему прав кредитора по п. 5 комментируемой статьи, но суд отказывается признавать суброгацию в связи с тем, что признает поведение третьего лица злоупотреблением правом. Подробнее см. [комментарий](#) к п. 2 ст. 313 ГК РФ.

Указание в данном разъяснении 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, но представляется, что аналогичное решение должно быть воспринято и применительно к неденежным предоставлениям от третьих лиц. Покупатель, которому некое лицо привозит товар, указывая, что действует по поручению поставщику, не обязано проверять наличие возложения.

Этот подход позволяет кредитору избежать сложных процедур проверки наличия возложения при принятии исполнения. Исключения, которые следует, видимо, признать, проявляются в тех случаях, когда должник, не согласный с тем, что предоставление, учиненное третьим лицом без возложения, прекращает его обязательство перед кредитором, докажет, что (а) возложения действительно не было и (б) кредитор недобросовестен и либо точно знал, либо должен был знать об отсутствии возложения (при этом кредитор не обязан проверять факт возложения). 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 по правилам о неосновательном обогащении,

либо стороны могут иным образом урегулировать свои отношения без воздействия на обязательство должника и кредитора.

Модельные правила европейского частного права исходят из несколько иного 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. Интерес же должника защищается в этом случае за счет того, что кредитор отвечает перед ним за любые потери, возникшие в связи с принятием такого предоставления в счет обязательств должника.

1.5. Как следует из буквы п. 1 ст. 313 ГК РФ, при отсутствии возложения или обстоятельств, указанных в п. 2 комментируемой статьи, у кредитора появляется формальное основание правомерно отказать от принятия исполнения от третьего лица, что повлечет просрочку должника. Между тем при отсутствии у кредитора законного интереса в отказе принятия надлежащего исполнения со стороны третьего лица, как минимум, по денежному обязательству такой отказ кредитора, видимо, следует квалифицировать как недобросовестное поведение (п. 3 ст. 307 ГК РФ) и применять правила о просрочке кредитора. Исполнение обязательства третьим лицом, исходя из презумпции добросовестности, предполагает наличие факта возложения, если из обстоятельств очевидно не следует иное.

1.6. Судебная практика исходит из того, что возложение исполнения на третье лицо не влечет перевода долга на последнего (п. 12 Информационного письма ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65), что вполне логично. 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 разрядки). Тут в полной мере действует принцип относительности обязательственных отношений. Исключением является только случай, когда имеет место договор в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ).

1.7. 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 получить согласие кредитора на возложение исполнения на третье лицо либо ограничить или иным образом обусловить возложение исполнения. Такой запрет или ограничение не может иметь действие в отношении добросовестного третьего лица, но может повлечь ответственность должника, который их нарушит.

2. Норма п. 2 предусматривает ситуации, когда кредитор обязан принять исполнение от третьего лица даже при отсутствии возложения. Нарушение им этой обязанности будет вести к просрочке кредитора.

2.1. 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 повлечет прекращение договора аренды, и на этом основании погасит долг арендодателя перед банком. Во всех подобных случаях, когда у третьего лица есть существенный охраняемый законом интерес во вторжении в отношения должника и кредитора и исполнении обязательства должника перед кредитором, было бы логично, чтобы кредитор был обязан принять исполнение от третьего лица даже при отсутствии возложения.

К сожалению, сама эта идея отражена в подп. 2 п. 1 ст. 313 ГК РФ в новой редакции 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.

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 третьим лицом сейчас особых проблем в обороте не вызывает, так как практически во всех этих случаях речь идет именно о денежном обязательстве должника, и при этом данное денежное обязательство должника является просроченным, что подпадает под основание исполнения без возложения, предусмотренное подп. 1 п. 2 комментируемой статьи (об этом см. ниже).

2.2. С 1 июня 2015 г. ст. 313 ГК РФ содержит более широкие возможности третьего лица 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, почти полностью поглощаются подп. 1, поскольку опасение утраты права на имущество должника вследствие обращения на него взыскания в подавляющем большинстве случаев на практике сопряжено с просрочкой по денежному обязательству должника.

Установление законом обязанности кредитора принять исполнение от третьего лица, без наличия интереса в этом у должника 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.

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. [комментарий](#) к п. 5 настоящей статьи). По сути, закон легализует в таких случаях принудительный выкуп просроченных денежных требований.

Эта идея выглядит достаточно сомнительно. Оборот обязательственных прав, равно как и иных видов имущества, должен осуществляться на основе добровольных соглашений. Принудительный перехват требований может порождать множество злоупотреблений. Дело в том, что в некоторых случаях третье лицо за счет использования данной конструкции формально получает юридическую возможность произвести исполнение кредитору в ущерб интересам последнего). Так, исполняя 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 несколько требований на общую сумму, равную 51% от общей задолженности должника, подпавшего под процедуру банкротства. Другой кредитор может погасить первому кредитору одно из таких требований объемом в 3% от общей суммы задолженности должника. 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, лишит 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. В такой ситуации погашение третьим лицом в преддверии банкротства должника или после начала процедуры банкротства 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 такие права кредитора законодательством о банкротстве (п. 2 ст. 4 и п. 3 ст. 12 Закона о банкротстве) строго увязаны с наличием лишь основного долга.

Причем в результате реализации в законе данной конструкции принудительного перехвата прав возникает парадоксальная инверсивная ситуация: при нежелании кредитора мириться с уменьшением количества своих голосов он может вернуть полученные деньги второму кредитору: 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 «пингпонг» может продолжаться сколь угодно долго, что вряд ли является нормальным.

Следует сделать важное замечание. Чтобы не допускать таких и множество других еще не проявившихся на практике злоупотреблений, нет смысла блокировать или ограничивать сферу применения правила подп. 1 п. 2 ст. 313 ГК РФ. Достаточно для случаев, когда вторжение третьего лица имеет признаки недобросовестного поведения, ограничивать действие правила о суброгации.

Судебная практика ВС РФ уже начала применять в случаях подобных злоупотреблений ст. 10 ГК РФ в качестве основания для ограничения суброгации (определения КЭС ВС РФ от 16 июня 2016 г. № 302-ЭС16-2049 и от 15 августа 2016 г. № 308-ЭС16-4658).

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».

2.3. Но здесь мы сталкиваемся с интересной проблемой. Если суд констатирует, что переход права не состоялся из-за недобросовестного поведения третьего лица, пытающегося таким платежом так или иначе ухудшить положение кредитора в рамках дела о банкротстве, и соответственно с должника уплаченную за него сумму третье лицо не взыщет, 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. При этом мнение должника по вопросу о суброгации при правомерном и добросовестном вторжении третьего лица по правилам п. 2 ст. 313 ГК РФ не должно иметь особого значения, так как его согласие на переход денежных требований, в принципе, не имеет никакого значения и при классической уступке (ст. 388 ГК РФ). Но 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 явно недобросовестный сговор кредитора и третьего лица. Если будет доказано, что кредитор и третье лицо имели цель за счет использования предусмотренной в ст. 313 ГК РФ конструкции принудительно-

го выкупа прав в результате суброгации фактически обойти договорный запрет на уступку, такой должник может получить правовое основание (ст. 10, п. 2 ст. 170 ГК РФ) для констатации нарушения договора и применения к своему кредитору мер ответственности. При этом действительность суброгации здесь не может ставиться под сомнение, так как в силу ст. 388 ГК РФ должник не может оспаривать и обычную цессию в нарушение договорного запрета на уступку.

2.5. 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.

2.6. В Определении КЭС ВС РФ от 13 октября 2016 г. № 305-ЭС16-8619 применительно к вопросу о действии нового правила 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.

3. Пункт 3 ст. 313 ГК РФ устанавливает традиционное исключение из обязанности кредитора принять исполнение от третьего лица. Оно диктуется интересом кредитора в личном исполнении должником по таким видам обязательств, в которых личность должника имеет существенное значение. Личный характер обязательства не обязательно должен быть установлен буквальным образом в договоре, законе или ином правовом акте, поскольку закон 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 по оказанию услуг, а в некоторых случаях и по выполнению работ, а также обязательства, отличающиеся особенно высоким уровнем доверия к личности должника. Судебная практика, например, относит к обязательствам личного характера обязательство по исполнению музыкального произведения на концерте (п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Поскольку комментируемый пункт устанавливает право кредитора не принимать исполнение от третьего лица по обязательству, имеющему личный характер, кредитор вправе принять такое исполнение по собственному желанию. Кроме того, право кредитора не принимать исполнение в указанном случае не затрагивает действительности соглашений между третьим лицом и должником по возложению исполнения обязательства, хотя бы оно и носило личный характер.

Кредитор и должник могут исключить право кредитора не принимать исполнения от третьего лица своим соглашением, даже если обязательство объективно имеет личный характер, если это не запрещено законом.

4. Пункт 4 комментируемой статьи наделяет третье лицо двумя правомочиями: внести долг в депозит нотариуса и произвести зачет.

4.1. Третье лицо при исполнении обязательства за должника может столкнуться с теми же затруднениями, что и должник. При наличии оснований, предусмотренных ст. 327 ГК РФ, третье лицо вправе депонировать долг 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.

4.2. Предоставление третьему лицу права произвести зачет, видимо, продиктовано практическими соображениями. Если у третьего лица имеется собственное однородное требование 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, ибо переводом долга не является. При таких условиях третье лицо вынуждено было бы уплатить долг кредитору и вправе было бы тут же потребовать уплатить ему соответствующую сумму, составляющую размер его собственного требования к кредитору. Новый п. 4 ст. 313 ГК РФ позволяет третьему лицу преодолеть риски возможной неисправности кредитора в собственных с ним отношениях и заявить о зачете при отсутствии встречности. В этом случае прекратятся сразу два требования: требование кредитора к должнику и требование третьего лица к кредитору. Во всем остальном право на зачет третьего лица должно отвечать условиям ГК РФ о прекращении обязательства зачетом.

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). При данных обстоятельствах можно предположить, что третье лицо соглашается на возложение исполнения именно поскольку имеет к кредитору созревшее однородное требование. Впрочем, возможно, судебная практика посредством расширительного толкования обнаружит право на зачет и у кредитора, ввиду отсутствия разумных причин для ограничения такой правовой возможности кредитора.

Также следует обратить внимание на то, что в случаях, когда речь идет о просроченном денежном долге, системное толкование п. 2 и 4 ст. 313 ГК РФ приводит к тому выводу, что любое третье лицо, которое имеет денежное требование к кредитору некоего должника, может и при отсутствии возложения просто заявить кредитору о зачете и тем самым прекратить долг должника перед кредитором и долг кредитора перед собой, приобретя по п. 5 в порядке суброгации денежное требование кредитора к должнику. Однако случаи недопустимости злоупотребления правом, указанные выше, актуальны и для совершения зачета третьим лицом.

5. 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 и при наличии возложения. Такое буквальное толкование данной нормы вступило бы в противоречие с традицией российского права, а также со структурой обязательственных отношений третьего лица с должником. Суброгация к третьему лицу устанавливается законом с целью защиты имущественных интересов третьего лица, исполняющего обязательство должника без возложения. Она необходима в тех случаях, когда имущественные интересы третьего лица не могут быть учтены им самим в своих отношениях с должником, поскольку таковые отсутствуют. В тех же случаях, когда имеет место полноценное возложение, переход права требования может приводить к избы-

точному удвоению субъективных прав третьего лица. Такой переход права кредитора может вступать в противоречие с характером отношений между должником и третьим лицом. Например, если третье лицо исполняет обязательство должника на основании возложения в условиях, когда оно само является его должником, долг третьего лица прекращается самим фактом его исполнения, 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 об одностороннем 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 ими уже выражена в акте о возложении и производстве исполнения.

Та же ситуация с займом, предоставляемым посредством погашения долга должника уплатой денег кредитором должника: нет никакой нужды в суброгации, так как у должника (заемщика) есть полноценное договорное обязательство по возврату займа.

Таким образом, данное законодательное положение требует ограничительного толкования (телеологической редукции) с тем, чтобы оно распространялось только на случаи исполнения обязательства должника третьим лицом по собственному побуждению, т.е. без возложения по правилам п. 2 ст. 313 ГК РФ.

Судя по всему, именно по этому пути пошел ВС РФ, закрепив в п. 21 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 года № 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».*

5.1. Еще одна норма комментируемого пункта посвящена возможной конкуренции требования кредитора и требования третьего лица, полученного им по суброгации, при частичном исполнении обязательства должника. До реформы обязательственного права регулирования этой возможной коллизии не было. Схожая ситуация при исполнении обязательства поручителем частично разрешалась судебной практикой (п. 30 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42), которая исходила из того, что в случае перехода по суброгации прав кредитора к поручителю, последний уступает оригинальному кредитору в их притязаниях в отношении другого обеспечения по тому же обязательству. По существу, такое толкование обнаруживало своего рода очередность, когда требование оригинального кредитора в отношении другого обеспечения подлежало удовлетворению в первую очередь, а требования суброгационного кредитора (поручителя) — во вторую (см. [комментарий](#) к п. 4 ст. 364 ГК РФ). Комментируемый пункт прямо разрешает вопрос не только о конкуренции двух кредиторов (оригинального и суброгационного) в отношении их притязаний на дру-

гое обеспечение, но и в отношении притязаний к должнику. При недостаточности у должника средств для удовлетворения требования в полном объеме первоначально должны удовлетворяться требования оригинального кредитора и в оставшейся части суброгационного кредитора. Точно так же при недостаточности обеспечения сначала погашаются требования оригинального кредитора и лишь затем – суброгационного, т.е. требования третьего лица. Такое законодательное решение объясняется приоритетным учетом интересов кредитора, который, вступая в обязательство с должником, не предполагал, что в их отношениях с должником может появиться третье лицо, чьи притязания по суброгации могут ухудшить положение кредитора. Допущение правопорядком вторжения третьего лица в отношения между должником и кредитором не должно приводить к ухудшению прав кредитора, поскольку иное вступило бы в противоречие с принципами автономии воли и относительности обязательства. Этот подход отвечает давней цивилистической традиции – *nemo subrogat contra se*.

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. Следовательно, если это отвечает законным интересам кредитора, он вправе изначально исключить конкуренцию с требованиями третьего лица, отказавшись принимать частичное исполнение в соответствии с названной статьей.

6. В п. 6 ст. 313 ГК РФ, вступившей в силу 1 июня 2015 г., законодатель принял 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. Возлагая ответственность за недостатки в исполнении неденежного обязательства на третье лицо, законодатель сформулировал это правило неточно, поскольку оно создает впечатление об освобождении должника 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 КЭС ВС РФ от 16 июня 2016 г. № 302-ЭС16-2049).

Дореформенная судебная практика, например в области страхования, исходила из того, что за качество произведенного по направлению страховщика станцией технического обслуживания восстановительного ремонта в рамках страхового воз-

мещения по договору добровольного страхования имущества ответственность несет страховщик (п. 42 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 20); такой же подход применялся к возложению исполнения обязательства перевозчиком (Определение ВС РФ от 23 сентября 2010 г. № КАС10-434). И это в полной мере согласуется со ст. 403 ГК РФ. Нет никакого смысла отходить от этого решения в свете появления п. 6 ст. 313 ГК РФ.

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 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».

6.2. 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 случаются. Расходовать ограниченный ресурс Кодекса на регулирование таких надуманных казусов было нецелесообразно. Эта новелла вступает в явное противоречие с юридической методологией (*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, не будучи обязан к этому, за исключением случая, когда доказано, что кредитор действовал недобросовестно, зная или имея все основания знать об отсутствии возложения. Соответственно, если не доказана недобросовестность кредитора и неденежное самовольное исполнение, учиненное третьим лицом без возложения, прекращает обязательство должника, то 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 норма п. 6 ст. 313 ГК РФ об ответственности третьего лица за качество вместо должника применяться не может.

Если же 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 должнику предъявить не может. При этом если осу-

шествление 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.

Другими словами, есть основания максимально сузить сферу применения п. 6 ст. 313 ГК РФ и исключить ситуацию, когда принятие добросовестным кредитором неденежного исполнения от третьего лица влечет освобождение должника от ответственности за качество. Иначе в практике распространятся случаи, когда после того, как кредитор обнаружит дефекты в полученном исполнении и предъявит должнику требования о возмещении значительных сумм убытков, должники будут неожиданно заявлять о том, что третье лицо осуществляло соответствующее предоставление без просьбы должника, и, следовательно, должник 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 включенным в эту схему отношений злонамеренным образом. При таком нежелательном подходе кредитор де-факто лишится защиты своих нарушенных прав, что расходится с целями правопорядка

Против предлагаемого нами решения может быть выдвинуто то возражение, что было бы не вполне справедливо привлекать должника к ответственности за качество предоставления, осуществленного третьим лицом без возложения. И это действительно так. Но 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, предложенное нами решение куда чаще предотвратит несправедливую ситуацию лишения кредитора права требовать возмещения убытков от своего контрагента, 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. В любом случае, утверждение должника в таких ситуациях о том, что произведенное исполнение третьим лицом в точном соответствии с условиями обязательства имело место без возложения, в большинстве случаев не отвечает принципу достоверности.

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 вытекает из обычаев либо существа обязательства.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает вполне очевидное правило о том, что обязательство должно исполняться в установленный срок. По смыслу нормы речь идет о сроке, установленном в условиях такого обязательства, определенных в договоре или односторонней сделке (например, банковской гарантии).

1.1. Согласно ст. 190 ГК РФ срок может определяться указанием либо на конкретную дату, либо на некий период времени, либо на некое иное обстоятельство, которое неизбежно должно наступить.

Если срок исполнения определяется периодом времени, момент начала течения такого срока может быть привязан к наступлению обстоятельства, которое неизбежно должно наступить, а также к моменту заключения договора. Привязка начала периода времени для исполнения обязательства к моменту наступления обстоятельства, которое не наступает неизбежно, также возможно, но в данном случае мы имеем осложнение срока отлагательным условием. Подробнее см. комментарии ниже.

1.2. Основное отличие срока от отлагательного или отменительного условия состоит в том, что условием в силу п. 1–2 ст. 157 ГК РФ является некое обстоятельство, наступление которого не предопределено (например, начало реконструкции здания, введение эмбарго и т.п.). Возможность установить условное обязательство прямо следует из содержания ст. 327¹ ГК РФ.

Это различие между срочным и условным обязательствами нередко игнорируется на практике, но оно имеет важное практическое значение. Если закон предусматривает те или иные последствия отсутствия в договоре срока его действия или пресекающий срок существования обязательства, эти последствия подлежат применению, если стороны вместо полноценного срока согласовали условие. Так, например, если договор аренды заключен не на конкретный срок, а сопровождается отменительным условием (например, «до начала реконструкции арендованного здания»), следует исходить из того, что договор заключен на неопределенный срок, и применять правила ст. 610 ГК РФ, дающие каждой из сторон право в одностороннем порядке отказаться от договора (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66). Если в договоре поручительства указано, что обязательство поручителя сохраняется до момента исполнения должником обеспеченного обязательства, следует руководствоваться правилами, установленными

ми в ГК РФ на случай отсутствия в договоре поручительства срока (определения КГД ВС РФ от 12 апреля 2016 г. № 5-КГ16-25 и от 10 ноября 2015 г. № 80-КГ15-18, п. 34 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

1.3. При этом нет препятствий к тому, чтобы в содержании договора или иной сделки была предусмотрена комбинация срока и условия.

Так, например, стороны договора могут согласовать, что обязательство должно исполняться при наступлении того или иного отлагательного условия, но в любом случае не позднее соответствующего срока. Также стороны могут установить, что обязательство должно быть исполнено в течение определенного периода времени, но прекращается досрочно при наступлении того или иного отменительного условия.

1.4. Кроме того, в силу прямого указания в п. 1 ст. 314 ГК РФ допускается фиксация срока исполнения обязательства в виде указания на некий период времени с момента наступления того или иного отлагательного условия. Таким условием согласно п. 1 ст. 314 ГК РФ может быть исполнение обязательства другой стороной. Например, стороны, как правило, предусматривают, что исполнение обязательства одной из сторон обусловлено осуществлением предшествующего исполнения другой стороной (например, внесением предоплаты). По вопросу о том, можно ли считать в описанном примере осуществление предшествующего исполнения полноценным отлагательным условием, или здесь речь идет о каком-то обстоятельстве особого рода, см. комментарий к ст. 327¹ ГК РФ. Как бы ни был решен этот вопрос, новая редакция п. 1 ст. 314 ГК РФ прямо допускает возможность привязать начало течения срока исполнения обязательства одной стороны к моменту исполнения обязательства другой стороной.

Но в силу прямого указания в комментируемой норме возможна привязка начала расчета периода времени для исполнения и к наступлению иного обстоятельства, которым может быть совершение кредитором тех или иных действий, не входящих в предмет некоего обязательства этой стороны (например, получение лицензии или разрешения на строительство, введение здания в эксплуатацию, регистрация эмиссии акции и т.п.), исполнение иных обязательств должником или совершение должником иных действий, не составляющих предмет его обязательств, а также наступление иных обстоятельств, вовсе от сторон не зависящих (например, изменение законодательства). Например, срок исполнения обязательства передать вещь может быть установлен как период времени, исчисляемый с момента, когда должник эту вещь создаст или оформит на нее право собственности в соответствующем реестре (Определение КЭС ВС РФ от 3 октября 2016 г. № 305-ЭС16-6006(4)). Во всех указанных ситуациях добавления срока в виде периода времени к наступлению условия срок в виде периода времени следует считать согласованным, но начало его исчисления поставлено под отлагательное условие.

Ранее в судебной практике встречался подход, согласно которому фиксация в договоре срока исполнения обязательства в виде периода времени с момента исполнения обязательства другой стороной считалась незаконной. Для договоров, в отношении которых срок исполнения является существенным условием (например, строительный подряд), это приводило суды к абсурдному выводу о незаконности договора. Но практика ВАС РФ последних лет сняла эту проблему, признав законность такого рода способа указания срока исполнения обязательства (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165, Пос-

тановление Президиума ВАС РФ от 10 мая 2011 г. № 16904/10). 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.

Но окончательная легализация подобного варианта комбинации срока и условия для исполнения обязательства ставит на повестку дня другой вопрос. В подобных ситуациях возникает проблема защиты интересов стороны, чье обязательство поставлено под условие получения предшествующего исполнения или под условие наступления иного обстоятельства, а также кредитора по такому обязательству. Ведь такое условие может не наступать сколь угодно долго, а право противится ситуации бесконечной неопределенности и «подвешенности» отношений сторон.

Применительно к случаю, когда отлагательным условием, запускающим начало течения срока исполнения такого условного обязательства должника, является осуществление кредитором предшествующего исполнения (например, внесение предоплаты), проблема снимается за счет того, что в случае длительного неосуществления предшествующего исполнения должник по условному обязательству вправе отказаться от договора или расторгнуть его в судебном порядке (п. 2 ст. 405 ГК РФ, п. 2 ст. 328 ГК РФ, ст. 450 ГК РФ), а интересы кредитора по условному обязательству не заслуживают защиты, так как исполнение им собственного обязательства, обуславливающего обязательство должника, находится в сфере контроля кредитора.

Если наступление соответствующего условия, влекущего созревание обязательства должника, входит в предмет другого обязательства должника, ситуация также разрешается достаточно просто. Так, например, если продавец будущей недвижимости обязуется осуществить отчуждение еще не построенного им здания, еще не сформированного земельного участка или еще не приобретенной им индивидуально-определенной вещи покупателю в течение определенного срока после регистрации на данный объект прав собственности, формирования участка или приобретения вещи у третьих лиц, то мы имеем ситуацию, когда условием, с которым связано начало исчисления срока на исполнение обязательства по передаче соответствующего объекта в собственность покупателя, является исполнение продавцом неких своих прямо прописанных в договоре или подразумеваемых обязанностей (построить здание, сформировать земельный участок, приобрести вещь у третьего лица). Если в договоре срок передачи имущества установлен календарной датой или в виде периода времени, исчисляемого с момента заключения договора, проблемы не возникает: если по истечении указанного срока имущество не передано, имеет место просрочка. Но если в договоре имеется лишь срок на передачу имущества с момента регистрации на него права, формирования участка или приобретения вещи у третьих лиц, то теоретически встает вопрос: сколько же покупатель должен ждать наступления этого условия? Та же проблема возникает и тогда, когда в договоре не установлен точный срок регистрации права, формирования участка или приобретения вещи у третьих лиц. В такого рода ситуациях логично исходить из того, что, если такое условие не наступило в течение установленного (а при его отсутствии — разумного) срока, покупатель вправе отказаться от договора (или расторгнуть его в судебном порядке) в связи с нарушением продавцом прямо зафиксированного или подра-

зумеваемого обязательства обеспечить наступление условия для передачи объекта покупателю, а также констатировать просрочку продавца. Близкий подход отражен в Определении КЭС ВС РФ от 3 октября 2016 г. № 305-ЭС16-6006(4).

В тех же случаях, когда условием созревания обязательства должника является не исполнение того или иного встречного обязательства кредитора или обязанности должника обеспечить наступление условия для исполнения условного обязательства, но (а) совершение кредитором иных действий, не входящих в предмет его обязательств (например, приобретение покупателем вещи, обязанность обслуживания которой лежит на должнике-подрядчике), (б) совершение должником по данному условному обязательству тех или иных действий, к совершению которых он не обязывался (например, перепродажа объекта, к которой привязана обязанность покупателя доплатить продавцу часть выгоды, извлеченной покупателем от перепродажи), или (в) совершение действий третьими лицами или наступление иных, «внешних» по отношению к поведению сторон обстоятельств (например, поломка оборудования, ремонт которого входит в обязательство подрядчика), снятие риска вечной подвешенности и неопределенности возможно за счет включения в договор тех или иных положений. Например, стороны могут договориться о том, что, если условие, с которым связывается начало течения срока исполнения, не наступит в течение определенного периода времени, 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.

Проблема возникает только тогда, когда договор (или иная сделка) не предусматривает подобных правил, исключающих вечную неопределенность. В подобных случаях судам следует либо выводить одно из указанных правил пресечения вечной неопределенности из толкования договора, пытаясь реконструировать, что могли иметь в виду стороны такого договора (ст. 431 ГК РФ), либо фиксировать пробел в договоре и выводить соответствующее характеру отношений правило исключения вечной неопределенности из принципов добросовестности, разумности и справедливости (ст. 6 ГК РФ, п. 3 ст. 307 ГК РФ).

Так, например, если в договоре предусмотрено, что подрядчик обязан осуществить те или иные дополнительные работы в случае появления новых обязательных требований к характеристикам строящегося объекта, и при этом стороны не оговорили предельный срок, в рамках которого такое обязательство может возникнуть, суд вправе, применив правила толкования договора или положения ст. 6 ГК РФ о восполнении пробелов в договоре, определить, что такое условие должно наступить в пределах срока выполнения работ, и, соответственно, обязательство по осуществлению дополнительных работ не возникнет, если такое условие наступит после сдачи основных работ.

В ряде случаев механизм исключения вечной неопределенности может вытекать из положений закона. Так, например, если по договору срок оплаты привязан к моменту получения счета на оплату от кредитора (т.е. обязательство поставлено под отлагательное чисто потестативное условие на стороне кредитора), должник может освободиться от долга внесением денег в депозит нотариуса (ст. 327 ГК РФ), так как подобное бездействие кредитора может быть расценено как просрочка кредитора (ст. 406 ГК РФ), либо потребовать от кредитора принятия исполнения по правилам п. 2 ст. 314 ГК РФ об обязательстве с исполнением до востребования (см. [комментарий](#) к п. 2 ст. 314 ГК РФ).

Если же покупатель не выставляет поставщику отгрузочные разрядки, до поступления которых обязательство поставщика не созревает, поставщик может отказаться от договора или потребовать оплаты неотгруженного товара (п. 3 ст. 509 ГК РФ).

1.5. Особенно острая проблема возникает в тех случаях, когда стороны ставят под условие встречное обязательство одной из сторон, уже получившей предшествующее исполнение по синаллагматическому договору от другой стороны. Например, стороны могут договориться о том, что оплата выполненных работ должна быть произведена в течение определенного периода времени после получения заказчиком финансирования из бюджета или отчуждения третьим лицам результата выполненных подрядчиком работ. Другой пример: договор участия в долевом строительстве может предусматривать, что передача квартир инвестору должна быть произведена после окончания строительства и введения дома в эксплуатацию. В подобных случаях возникает определенное напряжение между волей сторон, с одной стороны, и принципом недопустимости возникновения вечной неопределенности в отношениях сторон, а также запретом на дарение между коммерческими организациями (ст. 575 ГК РФ), с другой стороны. По поводу разрешения этой проблемы см. комментарий к ст. 327¹ ГК РФ.

1.6. Установленный договором срок исполнения обязательства стороны могут свободно изменять по соглашению сторон или при наличии положений на сей счет в законе или договоре — в одностороннем порядке (с определенными ограничениями, п. 2 ст. 310 ГК РФ). В то же время ретроспективное изменение срока исполнения обязательства после того, как такое обязательство было исполнено, судебной практикой не признается (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 июля 2011 г. № 3108/11).

2. Норма п. 2 комментируемой статьи устанавливает правило на случай, когда в силу закона или договора срок обязательства определен моментом востребования. Обязательство с исполнением до востребования является видом условного обязательства, так как востребование — это обстоятельство, наступление которого не предопределено. По сути, здесь речь идет о чисто потестативном отлагательном условии на стороне кредитора (т.е. условии, состоящем в голом волеизъявлении кредитора). Если такое условие наступило (т.е. востребование произошло), в какой срок должно исполняться такое обязательство? Согласно комментируемой норме, если кредитор востребовал исполнение, у должника имеются семь льготных дней для осуществления исполнения, если иной срок не следует из закона, договора, обычаев или существа обязательства.

2.1. Пункт 2 ст. 314 ГК РФ пытается также защитить интересы должника, готового осуществить исполнение, но не получающего от кредитора требование об исполнении обязательства. Кредитор может не предъявлять требование годами, и должник все это время должен поддерживать свою готовность осуществить исполнение по первому требованию. С учетом того что исковая давность также начинает течь по истечении указанного в п. 2 ст. 314 ГК РФ семидневного или иного предусмотренного в законе или в договоре льготного срока с момента предъявления требования, положение должника становится особенно неприятным и неопределенным (п. 2 ст. 200 ГК РФ). Пункт 2 ст. 200 ГК РФ устанавливает, что предельный срок давности в таком случае составляет десять лет с момента возникновения обязательства, но это облегчает положение должника лишь отчасти.

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. Очевидно, что речь не идет об иске о принуждении кредитора к принятию исполнения. 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 вправе взыскать с кредитора убытки. Кроме того, так как просрочка кредитора означает нарушение кредитором своей кредиторской обязанности, должник вправе отказаться от договора, если просрочка кредитора носит характер существенного нарушения (см. подробнее о праве на отказ от договора при просрочке кредитора комментарий к ст. 406 ГК РФ). Встает вопрос о том, может ли должник в ответ на молчание кредитора после получения запроса помимо этих мер получить еще и легальную возможность осуществить свое исполнение и освободиться от обязательства даже при отсутствии формального востребования. В случае с обязательством по оплате наличных денег или передаче ценных бумаг очевидно, что должник в связи с просрочкой кредитора вправе использовать механизм депозита нотариуса (ст. 327 ГК РФ). В остальных случаях вопрос менее однозначен. Естественно, что в случаях, когда должник не может исполнить обязательство без взаимодействия с кредитором (например, передача движимой вещи), освободиться от обязательства путем исполнения при отказе кредитора принимать исполнение невозможно (а механизм депонирования у нотариуса по ст. 327 ГК РФ ограничен деньгами и ценными бумагами). Но в случае, когда должник может исполнить обязательство без взаимодействия с кредитором (например, обязательство осуществить безналичный платеж), было бы логично давать должнику такую возможность, как минимум, если иное не следует из закона, договора или существа отношений. Нормативным основанием для такого вывода могло бы стать применение нормы п. 3 ст. 157 ГК РФ.

При этом право должника потребовать от кредитора востребовать исполнение признается, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства. В частности, договор или закон могут предусматривать в качестве последствия невостребования исполнения в течение определенного срока либо признание обязательства востребованным, либо прекращение обязательств. Об опционном договоре, предусматривающем право одной из сторон востребовать исполнение обязательств в течение определенного срока, по истечении которого договор прекращается, см. комментарий к ст. 429³ ГК РФ.

Кроме того, неприменение правила о запросе должника 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.

2.2. Пункт 2 комментируемой статьи предусматривает также правила на случай, когда срок исполнения обязательства не привязан к моменту востребования, не предусмотрен в законе или ином правовом акте, договоре или условиях иной сделки, а равно не следует из обычаев и существа обязательства. В этом случае применяется та же диспозитивная норма, которая установлена на случай обязательства с исполнением до востребования: обязательство должно быть исполнено после предъявления

должнику требования об исполнении обязательства в течение 7 льготных дней. Иной льготный срок может следовать из закона, условий договора, 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 30 дням.

2.3. До 1 июня 2015 г. данная норма была изложена в иной редакции, согласно которой должник должен исполнить обязательство в разумный срок, а если обязательство не было исполнено в разумный срок, должник был должен исполнить обязательство по истечении семи дней после предъявления кредитором требования об исполнении обязательства.

Законодатель решил изменить правило, исключив указание на разумный срок.

Это решение законодателя вызывает сомнения и влечет за собой некоторые неудобства. Во-первых, во многих случаях фиксация просрочки посредством предъявления требования (даже с учетом льготного семидневного срока) будет приводить к тому, что должник окажется в просрочке намного раньше, чем он физически мог исполнить обязательство. Конечно же, в таких случаях спасти ситуацию может указание в данной норме на то, что иной льготный срок может следовать из существа обязательства.

Во-вторых, старая 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 до востребования. Получается, что исполнение должником своего обязательства ранее предъявления ему требования об исполнении будет неправомерным. Такое решение выглядит не вполне логично. Содержание диспозитивной нормы должно определяться с учетом наиболее типичного и соответствующего ожиданиям большинства участников сделок содержания договора. Трудно предполагать, что такая экзотическая и редко встречающаяся на практике конструкция как обязательство с исполнением до востребования может, действительно, соответствовать ожиданиям большинства участников оборота. Указанная в п. 2 комментируемой статьи возможность запросить такое востребование с несколько туманными правовыми последствиями вряд ли будет соразмерной компенсацией за те неудобства, которые такое решение создает для должника, оказывающегося в полной зависимости от произвола кредитора и не имеющего легальной возможности исполнить обязательство до востребования.

Неудивительно, что международные акты унификации частного права идут по иному пути и устанавливают в качестве диспозитивной нормы на случай пробела в вопросе о сроке исполнения правило, согласно которому обязательство в таком случае должно исполняться в разумный срок (ст. III.-2:102 Модельных правил европейского частного права, ст. 6.1.1 Принципов УНИДРУА, ст. 33 Венской конвенции 1980 г.).

2.4. С учетом этих замечаний данную норму комментируемой статьи логично толковать следующим образом.

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 невозможно без взаимодействия с кредитором, логика в установлении правила о востребовании может быть найдена. Она состоит в обеспечении координации поведения кредитора и должника. Востребование сигнализирует должнику о готовности кредитора принять исполнение. При этом в такой логике объяснимо и положение

о праве должника потребовать принятия исполнения. Соответственно, если должник не может осуществить исполнение без соучастия со стороны кредитора (например, в форме принятия наличных денег или вещи), 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). В частности, просрочки должника не будет (п. 3 ст. 405 ГК РФ), должник сможет потребовать от кредитора возмещения убытков и отказаться от договора вовсе (см. комментарий к ст. 406 ГК РФ).

Если для исполнения должнику не требуется содействие кредитора (например, перевод денег на известный должнику счет кредитора), никакой логики в востребовании исполнения нет. Как нет и логики в применении указанного в комментируемом пункте правила о требовании принятия исполнения. Какой смысл требовать от кредитора принятия исполнения, если для исполнения обязательства приемка в принципе не требуется? Представляется логичным исходить из того, что в случае таких обязательств режим востребования в принципе не работает и должник должен исполнить обязательство в течение разумного срока, и автоматически попадает в просрочку по его прошествии.

Если речь идет о денежных обязательствах, исполняемых посредством безналичного перевода, логично исходить из того, что просрочка должника наступит по истечении трех дней (т.е. срока для безналичного перевода денег согласно п. 5 ст. 5 Закона о национальной платежной системе) с момента возникновения оснований для осуществления платежа (например, с момента сдачи результата работ, оказания услуг, передачи товара, если оплата привязана к получению встречного исполнения, или с момента заключения договора, если речь идет о предоплате или авансе). В остальных случаях разумный срок может определяться с учетом специфики обязательства или обычаев оборота.

В этом плане неудивительно, что судебная практика применительно к денежным обязательствам ранее не раз исключала применение правила п. 2 ст. 314 ГК РФ о наступлении просрочки после предъявления должнику требования об исполнении. Так, например, ВАС РФ признавал, 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 (п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18). 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. Эти примеры свидетельствуют об интуитивном ощущении судами неадекватности правила о фиксации просрочки исключительно при востребовании исполнения для случаев, когда речь идет о денежном обязательстве (или ином обязательстве, исполнение которого возможно без взаимодействия с кредитором).

Таким образом, норму о применении механизма востребования в ситуации отсутствия установленного срока для исполнения обязательства следует толковать ограничительно. Легальным основанием для этого является указание в самой норме на то, что механизм востребования неприменим, если иное следует из существа обязательства. Существо обязательства, исполнение которого не требует принятия со стороны кредитора (например, денежного обязательства), как минимум в большинстве случаев предполагает применение иного диспозитивного правила — правила о разумном сроке. Иное может следовать из толкований договора или существа отношений.

2.5. В той степени, в которой при отсутствии установленного срока действует режим востребования исполнения и кредитор не может подтвердить доставку должнику требования об исполнении обязательства, просрочка должника не считается наступившей, а значит, 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, приостановление встречного исполнения и т.п.). См.: постановления Президиума ВАС РФ от 7 февраля 2006 г. № 10344/05 и от 15 апреля 1997 г. № 5249/96.

2.6. Если речь идет об обязательстве с исполнением до востребования или механизм востребования применим в ситуации отсутствия установленного срока и при этом 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 подачи 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.

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

(а) Статья 315 ГК РФ предусматривает два различных положения относительно дозволенности досрочного исполнения в зависимости от характера обязательства.

Для общегражданских обязательств закон презюмирует возможность досрочного исполнения. Данная презумпция может быть изменена законом, иными правовыми актами или соглашением сторон. В отдельных случаях недопустимость досрочного исполнения может с очевидностью следовать из существа обязательства (например, обязательства по оказанию услуг по выступлению на концерте).

(б) Для обязательств, связанных с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности (сугубо коммерческих обязательств), ст. 315 ГК РФ устанавливает прямо противоположное правило.

Видимо, законодатель исходит из того, что в предпринимательских отношениях принятие досрочного исполнения куда чаще, чем в бытовых отношениях, не является благом и может требовать дополнительных финансовых затрат, доставлять кредитору неудобства или быть просто невыгодным. Это соображение и повлияло

на инверсию общего диспозитивного правила применительно к сугубо коммерческим обязательствам. При этом, естественно, и данное правило может быть изменено законом, иными правовыми актами или соглашением сторон, и, кроме того, возможность досрочного исполнения даже в сугубо коммерческих отношениях может вытекать из обычаев или существа обязательства.

(в) В случаях, когда право на досрочное исполнение обязательства установлено императивной нормой, оно не может быть исключено или ограничено соглашением сторон, в частности оно не может быть обусловлено внесением кредитором платы (п. 25 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

(г) Независимо от источника их установления 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.

(д) Согласие кредитора на принятие досрочного исполнения может быть как предварительным (разрешение), так и последующим (одобрение). Оно может быть совершено в различной форме (как письменно, так и устно), в том числе посредством конклюдентных действий.

Согласие кредитора 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.

(е) Сам по себе факт досрочного принятия исполнения кредитором (не санкционированный соглашением сторон об изменении договора) не лишает его права требовать от должника возмещения расходов и иных убытков, причиненных таким исполнением. Принятие кредитором досрочного исполнения не делает такое исполнение надлежащим. Подобный подход отражен п. 3 ст. 6.1.5 Принципов УНИДРУА и заслуживает поддержки. В ситуации, когда возможность досрочного исполнения не была прямо предусмотрена законом или договором, совершение должником исполнения ранее установленного срока нарушает ожидания кредитора, является вторжением в его интересы. 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.

(ж) 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 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 указано, что 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. Но на практике чаще всего срок исполнения встречного обязательства привязывается к моменту осуществления предшествующего исполнения (например, 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), и последний должен рассчитываться с момента фактической поставки, а не с момента, когда товар должен был поставить согласно условиям договора. 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*». Иначе говоря, если срок встречного обязательства был привязан к моменту осуществления предшествующего исполнения, этот срок при принятии кредитором досрочного исполнения все-таки «смещается назад» (по сравнению с тем, что имело бы место, если бы должник исполнил свое обязательство в положенный срок). Определенная логика у такого решения имеется, 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 кажется небесспорным. Право не должно поощрять нарушение договоренностей. Должник, отступивший от согласованных условий, не может и не должен получать преимущества из такого поведения, в том числе в виде более раннего (чем следовало согласно изначальному согласованному плану) наступления сроков исполнения встречного обязательства кредитора. Соответственно, независимо от того, заявил об этом кредитор или нет, срок осуществления его встречного обязательства должен исчисляться не с момента фактического принятия досрочного исполнения, а с момента, когда такое предшествующее исполнение должно было быть осуществлено согласно условиям договора (см. п. 2 ст. III.-2:103 Модельных правил европейского частного права, предлагающий универсальное решение: принятие стороной досрочного исполнения не изменяет установленного срока исполнения ее собственного обязательства).

(з) Статья 315 ГК РФ предусматривает регулирование досрочного исполнения, осуществляемого по его инициативе должником, и не затрагивает случаи, когда должник обязан исполнить обязательство ранее обусловленного срока по требованию кредитора. Так, кредиторы, уведомленные об уменьшении уставного капитала (фонда) общества с ограниченной ответственностью, государственного или муницип-

ципального 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 предоставлено 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. 819 ГК РФ).

Требование кредитора о досрочном исполнении обязательства должником по своей правовой природе является односторонним изменением условий обязательства и регламентируется правилами ст. 310, 450 ГК РФ (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146).

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. 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.

1.1. Место исполнения может быть непосредственно определено законом (см., например, п. 3 ст. 497 ГК РФ), иным правовым актом или договором. Равным образом место исполнения может являться 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. Местом исполнения обязательства по возврату движимого имущества арендодателю исходя из существа обязательства признается место, где имущество было получено арендатором (см. п. 36 Информационного письма ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66).

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. По общему правилу (абз. 7 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).

1.3. Из приведенного общего правила ст. 316 ГК РФ устанавливает ряд изъятий (абз. 2–6 п. 1) относительно отдельных разновидностей обязательств.

Некоторые из них достаточно очевидны. Так, в отсутствие правил о месте исполнения обязательств, связанных с передачей недвижимости (абз. 2 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 не вызывает сомнений.

1.4. Значительные проблемы возникают при применении положений п. 1 ст. 316 ГК РФ к обязательствам передать движимую вещь. С одной стороны, в п. 1 комментируемой статьи устанавливается в качестве места исполнения такого обязательства 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. 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 стало известно кредитору) 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. При этом следует напомнить, что это правило касается только тех случаев, когда должником является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Если должником яв-

ляется лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность, то местом исполнения будет место нахождения должника в соответствии с общим правилом.

Если договор предусматривает самовывоз, но кредитору неизвестно о месте хранения или изготовления вещи, он может явиться в положенный срок по месту нахождения должника и потребовать передачи вещи. Тут действует общее правило о месте нахождения должника как месте исполнения обязательства. Оно действует и тогда, когда должником является предприниматель.

Если договор предусматривает перевозку и 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 риск неисправности в транспортировке лежал бы 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 абз. 1 п. 1 ст. 316 ГК РФ.

Но где же должно применяться правило о месте сдачи товара первому перевозчику? 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 фиксируется 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 деталей сдачи-приемки), 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 (например, ст. 458 ГК РФ о купле-продаже) и происходит 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 неприменимы ни правила о месте хранения вещи (так как такое обязательство прямо не предусматривает самовывоз), ни выводимое нами из существа обязательств общее правило о месте нахождения кредитора (так как такое обязательство прямо не предусматривает доставку товара кредитору). Соответственно в такой ситуации местом исполнения будет сдача товара первому перевозчику, нанимаемому должником для доставки кредитору.

1.5. 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).

Регламентация места исполнения денежного обязательства представлена в российском правовом порядке двумя правилами.

Первое из них касается расчетов наличными деньгами. Абзац 5 п. 1 ст. 316 ГК РФ воплощает «классическое» установление — соответствующие обязательства подлежат исполнению в месте жительства (нахождения) кредитора в момент возникновения обязательства.

1.6. Второе правило в отношении денежных обязательств (абз. 6 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.

(а) Это предписание несколько неоднозначно. Применительно к безналичным расчетам вопрос о месте исполнения (как пространственной категории) не встает, поскольку безналичные расчеты осуществляются в электронной форме; речь соответственно нужно вести о моменте исполнения. И этот момент достаточно давно установлен в п. 9–10 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.

(б) 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 получателя (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 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 лежал бы на кредиторе, что крайне странно

и противоречит общему правилу о несении должником ответственности за действия привлеченных им к исполнению лиц (ст. 403 ГК РФ). Зеркальная аномалия имела бы место, если общим правилом было бы признание моментом платежа зачисление средств на счет самого кредитора: в этом случае получалось бы, что должник отвечает за неисправность банка, выбранного кредитором. В российских реалиях, когда у банков достаточно часто отзывают лицензии и возникают финансовые проблемы, такие решения бы приводили к крайне несправедливым последствиям.

(в) 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. По месту нахождения банка кредитора невозможно определить момент платежа, так как корреспондентский счет банка кредитора открыт в другом банке (например, в ЦБ РФ).

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 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 (см. п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

(г) В Концепции реформирования общих положений обязательственного права России (п. 3.6 Разд. II) обращалось внимание на необходимость восприятия соответствующего правила абз. 6 п. 1 ст. 316 ГК РФ 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. 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 случае же навязывания подобных отступлений от общих правил 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 не устоялся.

(д) При этом 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. 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 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 КЭС ВС РФ от 25 сентября 2015 г. № 306-ЭС15-5083).

2. Пункт 2 ст. 316 ГК РФ предусматривает универсальное регулирование проблемы изменения места исполнения обязательства после его возникновения. 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). Российское законодательство возлагает на соответствующую сторону обязательства риск изменения своего места жительства (нахождения) либо места жительства (нахождения) зависящего от него лица и соответственно возлагает на эту сторону бремя возникновения связанных с таким изменением издержек (расходов) другой стороны по исполнению и обязано возместить их другой стороне.

При этом такое изменение места исполнения в связи с изменением места нахождения сторон возможно, только если: (а) это место прямо не закреплено договором (в таком случае изменение места исполнения возможно только по соглашению сторон), и при этом (б) место исполнения обязательства предопределяется местом нахождения должника или кредитора (см. [комментарий](#) к п. 1 ст. 316 ГК РФ).

2.1. 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. Единственным условием, достаточным для возложения такой обязанности, является возникновение данных изменений в хозяйственной сфере, за которую это лицо отвечает. Соответственно, например, и в случае замены кредитора в результате наследственного правопреемства на наследнике будет лежать обязанность предоставить возмещение дополнительных расходов должника, связанных с изменением места исполнения.

2.2. 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 соответственно 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.

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 (эко, «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. Статья 317 ГК РФ разграничивает категории «валюты долга» (валюты, в которой обязательство выражено) и «валюты платежа» (валюты, в которой обязательство должно быть оплачено).

1.1. В качестве общего правила п. 1 ст. 317 ГК РФ устанавливает, что валютой долга является национальная валюта — рубль.

2. Пункт 2 ст. 317 ГК РФ допускает условие договора об исчислении суммы денежного обязательства в иностранной валюте (а также условных денежных единицах). 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 именуется 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») исключительно в рублях.

2.1. 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 законодательством, судебно-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 (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).

2.2. При использовании в качестве валюты долга иностранной валюты подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты на день фактического платежа. Под официальным курсом понимается отношение (курс) этих валют к рублю, устанавливаемое ЦБ РФ. Если ЦБ РФ не устанавливает курс иностранной валюты к рублю, должны использоваться данные о курсе этой валюты, устанавливаемом уполномоченным органом (банком) соответствующего государства или международной организацией к одной из иностранных валют, котируемых ЦБ РФ (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).

2.3. В силу диспозитивности положений п. 2 комментируемой статьи стороны договора могут согласовать иной курс пересчета, иной порядок или момент его

определения (см. Определение КГД ВС РФ от 13 октября 2015 г. № 5-КГ15-151, п. 29, 30 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). При отсутствии такого соглашения, а равно в случае непредставления доказательств существования подобного специального курса и (или) порядка определения его размера, подлежит применению официальный курс ЦБ РФ (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).

В частности, стороны в целях ограничения валютных рисков могут договориться о том, что платеж осуществляется по официальному курсу 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 соответствовала курсу 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 к курсу сразу нескольких валют («валютной корзины»). Наконец, 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).

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.

2.4. В случаях, когда обязательство выражено в иностранной валюте, законные или договорные проценты (как регулятивные, так и охранительные), а также неустойка за его неисполнение начисляются на сумму в той же иностранной валюте (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). Иное может быть предусмотрено соглашением сторон.

За период с 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г. при наличии в договоре валютной оговорки расчет процентов годовых по ст. 395 ГК РФ осуществляется не в соответствии с формулой, отраженной в ст. 395 ГК РФ, а производится на основании опубликованных на официальном сайте Банка России или в «Вестнике Банка России» ставок банковского процента по вкладам физических лиц в соответствующей валюте. Если средняя ставка в рублях или 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 вкладам физических лиц. Эти положения закреплены в п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 в условиях прежней редакции ст. 395 ГК РФ.

С учетом того, что крайне неудачное положение ст. 395 ГК РФ о привязке ставки процентов по ст. 395 ГК РФ к средним ставкам по вкладам физических лиц отменено с 1 августа 2016 г. и размер процентов с этого момента определяется по ключевой

ставке Банка России, логично исходить из того, что по обязательствам, выраженным в иностранной валюте, расчет процентов с 1 августа 2016 г. должен осуществляться по средним ставкам по краткосрочным кредитам в соответствующей валюте, а при отсутствии соответствующей статистики – на основе справки одного из ведущих банков о принятой в его практике ставке кредитования в валюте, соответствующей валюте долга. Именно так эта ставка определялась ранее до появления 1 июня 2015 г. указания в ст. 395 ГК РФ на средние ставки по вкладам (п. 52 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 и п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70).

2.5. 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, но и внедоговорных обязательств (п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70).

2.6. 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, так как иначе право бы позволяло должнику извлекать выгоду в результате своего неправомерного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ). В такой ситуации кредитор вправе требовать взыскания с должника всей разницы, образовавшейся из-за разности курсов на момент начала просрочки и на момент фактического платежа на основании п. 4 ст. 1 ГК РФ, а также абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ, в качестве дохода, извлеченного нарушителем в результате своего правонарушения.

К аналогичному по сути результату приводит применение и соответствующих положений актов международной унификации частного права. 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 лишить должника какой-либо выгоды от падения курса валюты долга за весь период просрочки.

2.7. 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, выраженной в валюте, по курсу на момент фактического исполнения судебного решения. 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 (п. 12–13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70, п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В то же время ничто не блокирует право кредитора пересчитать сумму долга по курсу на момент подачи иска и предъявить иск о взыскании конкретной рублевой суммы. Если впоследствии 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. Если же курс после подачи иска упадет, интересы должника страдают, так как кредитор может получить больше, чем если бы он требовал взыскания рублевого эквивалента по курсу на момент исполнения решения. Но эти интересы в такой ситуации не подлежат учету, так как какой-либо выигрыш должника от падения курса иностранной валюты в период после начала 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.

2.8. Правила п. 2 ст. 317 ГК РФ применяются также при наложении ареста на денежные средства должника в размере, определяемом по курсу иностранной валюты (см. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 12 февраля 2014 г. № 163).

2.9. 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 по правилам гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении (ст. 453 ГК РФ). Должна ли возвращаться плательщику в этом случае та рублевая сумма, которая в итоге была уплачена? Или валютная оговорка переносится на 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. Возможно, стоит исходить из того, что в случае расторжения договора по причине его нарушения стороной, получившей предоплату, кредитор по своему выбору может потребовать возврата либо фактически перечисленной им рублевой суммы предоплаты, либо рублевого эквивалента по курсу на момент фактического возврата. При таком подходе нарушитель договора не сможет выиграть от падения курса иностранной валюты. Так, например, если предоплата в размере 10 000 долларов по договору купли-продажи с валютной оговоркой уплачивалась в момент, когда курс доллара был равен 35 рублям (и соответственно составляла 350 000 рублей), а возвращается в связи с расторжением нарушенного продавцом договора, когда курс доллара равен 60 рублям, продавец должен по требованию покупателя вернуть 600 000 рублей. При этом соответствующая курсовая разница должна квалифицироваться в качестве убытков от девальвации и зависеть от наличия оснований для привлечения к ответственности (ст. 401 ГК РФ). Но если договор расторгается по иным основаниям (например, в результате немотивированного отказа от договора или по причине нарушения договора плательщиком), возвращаться должна лишь фактически полученная рублевая сумма, колебания курса на размер кондикционного притязания влиять в этом случае не должны. Впрочем, в любом случае до прояснения этого вопроса, 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.

3. 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. ранее), то в отношении второго п. 3 ст. 317 ГК РФ устанавливает серьезные ограничения. Такое использование 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.

3.1. Видимо, учитывая современные жизненные реалии, судебно-арбитражная 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). 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 фактически невозможно и неправомерно. 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 «доктрины абсурдности» при толковании договора см. комментариев к ст. 431 ГК РФ.

3.2. 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 (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).

3.3. В случае, когда в соответствии с валютным законодательством 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 (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).

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) в соответствии с правилами ст. 72 Закона об исполнительном производстве (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).

Статья 317¹. 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. Статья 317¹ ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., установила обязанность должника по денежному обязательству уплачивать проценты за период пользования денежными средствами, если сторонами такого обязательства являются коммерческие организации. Толкование ст. 317¹ 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 оснований для начисления процентов, а фиксирует ставку, которая подлежит применению в случаях, когда основания для начисления процентов предусмотрены в законе или договоре, но сама ставка в таком законе или договоре почему-то не определена. Таковой ставкой теперь является ключевая ставка Банка России¹.

По сути, сфера применения ст. 317¹ ГК РФ была, таким образом, сведена к ситуациям, которые редко встречаются на практике. Если ранее эта статья говорила о начислении процентов по умолчанию на любой денежный долг коммерческой организации, то теперь указанная в ст. 317¹ ГК РФ ставка имеет целью восполнить пробел в договоре или законе, устанавливающих начисление процентов, но не оговаривающих применимую ставку.

Эта реформа представляется крайне оправданной и разумной, так как ст. 317¹ ГК РФ явным образом оказалась неудачной и при этом единственное приемлемое толкование данной нормы судебная практика поддержать была не готова. В то же время могут возникать острые вопросы о толковании данной статьи в отношении договоров, заключенных в период между 1 июня 2015 г. и 31 июля 2016 г. Далее будет изложено наше видение толкования данной статьи, которое может быть актуальным для договоров, заключенных в этот период.

¹ Эта реформа 2016 г. превратила ст. 317¹ ГК РФ о законных процентах в то, каким образом выглядело дело статья о законных процентах в прежних российских гражданских кодификациях. Напомним, что ГК РСФСР 1922 г. устанавливал в ст. 110, что «если на долг согласно закону или договору должны начисляться проценты, размер коих не указан, таковые (законные 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 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.

1.1. Согласно прямому указанию в п. 1 ст. 317¹ ГК РФ в редакции до 1 августа 2016 г. положения данной статьи были применимы к обязательствам, сторонами которых являются коммерческие организации. В то же время в силу п. 3 ст. 23 ГК РФ (применение к предпринимательской деятельности граждан без образования юридического лица норм о регулировании деятельности коммерческих организаций) ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции действовала и в тех случаях, когда обязательство связывает двух индивидуальных предпринимателей или коммерческую организацию и индивидуального предпринимателя, если обязательство связано с осуществлением индивидуальным предпринимателем своей предпринимательской деятельности.

Тут, правда, возникает вопрос о применимости ст. 317¹ ГК РФ к ситуации, когда одной из сторон договора является некоммерческая организация, и договор оформляет осуществление такой организацией некоего предоставления на платной основе. В Постановлении Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 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)». Из этого разъяснения может быть сделан вывод о том, что ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции применялась и к обязательствам, стороной которых является некоммерческая организация, если договор оформляет платную деятельность такой организации.

1.2. Пункт 1 ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции обязывал к уплате законных процентов должника по денежному обязательству. Соответственно, проценты уплачиваются на сумму денежного долга, причитающегося кредитору.

1.3. В п. 1 ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции уплата процентов предусматривалась за пользование денежными средствами. В то же время сама логика начисления процентов по денежным обязательствам предполагает, что доказывать фактическое использование должником денег не требуется. Проценты начисляются за саму возможность использования денег. Если в конкретной ситуации должник, осуществляющий предпринимательскую деятельность, не использовал к выгоде для себя причитающиеся кредитору денежные средства, это не освобождает его от уплаты процентов.

1.4. По своей природе проценты по ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции являются платой за пользование капиталом и отличаются от процентов по ст. 395 ГК РФ, установленных в законе в качестве меры ответственности, стимулирующей к скорейшему погашению долга и карающих за неисполнение денежного обязательства и практически близких до степени смешения институту законной неустойки. Природа же законных процентов, по сути, идентична природе процентов за пользование займом (кредитом) или коммерческим кредитом. Соответственно, законные проценты с момента просрочки должны были начисляться одновременно с процентами по ст. 395 ГК РФ. В частности, если должник просрочил оплату полученного товара, выполненных работ или оказанных услуг, он обязан выплачивать кредитору как проценты по ст. 395 ГК РФ в качестве санкции за допущенную просрочку, так и законные проценты по ст. 317¹ ГК РФ в качестве вознаграждения за использование

капитала. Именно такое разъяснение дал в отношении этого вопроса ВС РФ в условиях действия прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ (п. 53 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Задача начисления законных процентов согласно прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ состояла в том, чтобы поставить должника по денежному обязательству в положение, идентичное положению заемщика. Как известно, в силу ст. 811 ГК РФ заемщик, попавший в просрочку, платит как проценты за пользование капиталом, так и проценты по ст. 395 ГК РФ: два этих вида процентов начисляются одновременно. Та же кумуляция этих процентов в силу системного толкования ст. 395 и прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ подлежала применению и к иным денежным обязательствам.

1.5. В самой норме п. 1 ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции не было указано, что она применяется только к денежным обязательствам, возникающим из договорных правоотношений. Поэтому в отношении денежных обязательств, вытекающих из односторонней сделки (например, независимой гарантии), а также денежных обязательств по возмещению вреда, причиненного имуществу коммерческой организации, или денежных обязательств из неосновательного обогащения, положения ст. 317¹ ГК РФ, видимо, также были применимы. Не имеет особого значения, из каких отношений (договорных или внедоговорных) возник денежный долг. Главное, чтобы были соблюдены указанные в ст. 317¹ ГК РФ требования к субъектному составу, а долг был денежным и носил гражданско-правовую природу.

1.6. Кроме того, так как согласно буквальному смыслу п. 1 ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции законные проценты начисляются на любой денежный долг, такие проценты подлежали начислению и по денежным обязательствам, выступающим в качестве мер договорной ответственности. О том, что неустойка или договорные убытки представляют собой денежные обязательства (которые можно уступить или новировать, на которые начисляются проценты годовые по ст. 395 ГК РФ и т.п.), однозначно говорит судебная практика, как минимум ВАС РФ (см. комментарии к ст. 330 и ст. 395 ГК РФ). В таких условиях логично предположить, что на такие обязательства могли начисляться и проценты по ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции.

1.7. В качестве ставки законных процентов ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции указывала ставку рефинансирования Банка России. Это явное недоразумение, связанное с тем, что в период подготовки и принятия в первом чтении изначального проекта реформы ГК РФ данная ставка периодически менялась и, действительно, имела определенное значение как маркер финансово-экономического положения в стране и ориентир стоимости капитала. Но впоследствии ставка рефинансирования оказалась замороженной, а ее функции стала выполнять ключевая ставка Банка России, по которой он рефинансирует коммерческие банки. Это изменение не было учтено при принятии новой редакции ГК РФ в 2015 г. Напомним, что в редакции ст. 317¹ ГК РФ, вступившей в силу 1 августа 2016 г., помимо концептуального изменения самой цели данной нормы ставка рефинансирования заменена на ключевую ставку ЦБ РФ.

Закон в прежней редакции не давал ответ на вопрос о том, какая ставка законных процентов должна действовать в отношении денежного долга, выраженного в иностранной валюте. Ставка рефинансирования (равно как и ключевая ставка) Банка России тут неприменима, так как она определяет стоимость рублевой ликвидности.

Соответственно, применяя принципы разумности, справедливости и добросовестности для восполнения данного пробела в законе (ст. 6 ГК РФ), можно было прийти к следующему решению: в случае долгов, выраженных в иностранной валюте (в том числе и таких, цена которых выражена в иностранной валюте, а оплата предусматривается в рублях по соответствующему курсу), ставка законных процентов должна определяться как средняя ставка по краткосрочным кредитам в соответствующей иностранной валюте в месте нахождения кредитора, определяемая по данным официальной статистики Банка России. Если официальная статистика процентных ставок по краткосрочным кредитам в соответствующей валюте Банком России не публикуется, законные проценты должны рассчитываться на основании справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора о принятых в практике этого банка процентах по таким кредитам в данной валюте. Именно такой подход в свое время выбрала судебная практика для решения аналогичной задачи в контексте процентов по ст. 395 ГК РФ, которые до 1 июня 2015 г. также рассчитывались по ставке рефинансирования (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).

В силу диспозитивности п. 1 ст. 317¹ ГК РФ стороны были вправе согласовать более низкую или более высокую ставку законных процентов.

1.8. Если к моменту обращения в суд денежный долг не погашен, истец был вправе требовать начисления законных процентов (наряду с процентами годовыми по ст. 395 ГК РФ) «на будущее», т.е. до момента фактического исполнения решения суда о взыскании долга. Окончательная калькуляция таких процентов должна была осуществляться с учетом реального периода неисполнения судебного решения приставами-исполнителями или банком (при списании денег со счета в банке на основании исполнительного листа, поступившего от самого взыскателя). В судебном решении о взыскании долга с начислением законных процентов «на будущее» суд должен был указать на необходимость применения к соответствующим отрезкам времени в период неисполнения судебного решения соответствующих этим отрезкам ставок рефинансирования.

1.9. Самый острый вопрос, который возникал в связи с применением ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции, состоял в определении момента начала начисления процентов по ст. 317¹ ГК РФ. Наша позиция состоит в том, что эти проценты должны были по общему правилу начисляться с момента просрочки в погашении денежного долга, т.е. с того же момента, когда подлежат начислению и проценты по ст. 395 ГК РФ. Иначе говоря, лучшим пониманием данной странной нормы является восприятие законных процентов в качестве своего рода дополнения к процентам по ст. 395 ГК РФ.

Применительно к двусторонним возмездным договорам, предполагающим отсрочку платежа, встречалась позиция, согласно которой проценты по ст. 317¹ должны начисляться с момента возникновения денежного долга, а не с момента просрочки в его уплате. Из такого подхода вытекало, что в двустороннем возмездном договоре законные проценты начисляются с момента передачи товара, выполнения работ или оказания услуг, окончания расчетного периода пользования предметом аренды и т.п. С таким подходом сложно согласиться по следующим основаниям.

В двусторонних возмездных договорах плата за пользование деньгами в период отсрочки платежа всегда учитывается в цене. Последняя отражает весь комплекс

прав и обязанностей сторон, включая отсутствие или наличие обеспечения, распределение рисков и, конечно же, порядок оплаты. Чем дольше отсрочка платежа, тем выше кредитный риск кредитора и тем должна быть выше цена. Соответственно, толкование, определяющее в качестве момента начала расчета законных процентов момент возникновения самого денежного долга, грубо противоречило бы тому, что на самом деле имеют в виду стороны. Достаточно представить себе странную ситуацию, когда арендодатель по окончании срока договора аренды предъявит арендатору требование об оплате задним числом начисленных процентов за те несколько дней отсрочки уплаты ежемесячной арендной платы (обычно 7–10 дней) по окончании каждого из месяцев аренды.

Все эти годы в абсолютно подавляющем числе договоров никакие проценты за период согласованной отсрочки стороны не прописывали. Не встречались такие условия в том числе и тогда, когда договорные проформы составлялись поставщиком (подрядчиком или исполнителем), выступающим в качестве сильной стороны договора и, казалось бы, способным при желании без каких-либо сложностей включить в договор условие о процентах за период согласованной отсрочки платежа. То, что это практически никогда не делалось, отнюдь не удивительно, так как в силу сложившейся мировой и российской практики плата за получение отсрочки платежа и пользование деньгами в этот период закладывалась в цену. Не было никакого смысла бороться с этой абсолютно нормальной практикой и толковать ст. 317¹ ГК РФ вопреки ей, извлекая тем самым плату за пользование деньгами в период отсрочки платежа из цены и предписывая ее сепаратное начисление в форме процентов. Такое странное решение не встречается ни в одном известном нам зарубежном правовом порядке.

Иногда на это возражают, что на практике стороны в силу непрофессионализма могут не учесть плату за отсрочку платежа в цене, а ст. 317¹ ГК РФ помогает кредитору все-таки получить компенсацию. Но этот тезис крайне неубедителен, так как речь в силу прямого указания в ст. 317¹ ГК РФ идет о сугубо коммерческих обязательствах. Конечно, можно представить себе непрофессионального предпринимателя, но абсолютно непонятно, почему право должно об этом заботиться и создавать во имя вспоможения таким предпринимателям проблемы для большинства рациональных коммерческих участников оборота, которые своей ежедневной договорной практикой «голосуют» за то, что им удобнее включать плату за отсрочку платежа в цену.

Последний аргумент сторонников отвергаемого нами подхода состоит в том, что ст. 317¹ ГК РФ в конечном итоге носила диспозитивный характер, что позволяет тем, кого не устраивает предложенное толкование данной статьи, прописать в договоре иной момент начала расчета законных процентов. На это следует заметить, что в силу известных принципов определения содержания норм в качестве диспозитивного право обычно должно устанавливать такое правило, которое соответствует интересам большинства участников оборота, так как в этом случае меньшему числу из контрагентов придется тратить силы и время на согласование условия договора, отступающего от не устраивающего их правила. Если право устанавливает диспозитивное правило, которое не соответствует представлениям о разумном регулировании большинства, значительно повышаются трансакционные издержки, так как значительная масса контрагентов вынуждается прилагать усилия к тому, чтобы согласовать в договоре иное и вернуть режим договорных отношений к желаемому формату.

При этом за период с момента просрочки плата за пользование деньгами в цену не включается, так как стороны, как правило, не рассчитывают на то, что произойдет просрочка в оплате. Соответственно, законные проценты в условиях прежней редакции ГК РФ должны были начисляться с момента просрочки, обеспечивая тем самым внесение платы за пользование капиталом, не включенной в цену договора.

При этом ничто не мешало сторонам в договоре установить иной момент начала расчета процентов по ст. 317¹ ГК РФ (например, установить в двустороннем возмездном договоре в качестве такого момента передачу товара, выполнение работ или оказание услуг).

Фиксация в качестве момента начала расчета процентов момента просрочки имеет еще и то преимущество, что позволяет легко обнаружить этот момент в отношении практически любого денежного обязательства. Предложение же считать проценты с момента поставки товара, выполнения работ или оказания услуг оставляло без ответа вопрос о том, когда должны начинать рассчитываться проценты по денежным обязательствам, вытекающим из договоров, не являющихся классическими синаллагматическими (например, поручительство, страхование и т.п.), односторонних сделок (например, банковская гарантия), а также обязательств возместить вред имуществу, возвратить неосновательное обогащение.

Иначе говоря, хотя проценты по ст. 317¹ ГК РФ и имеют несколько иную функциональную задачу (не карать за просрочку, а возмещать стоимость использования денег), логично исходить из того, что момент начала расчета у этих видов процентов одинаковый.

1.10. Законные проценты в условиях действия прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ не должны начисляться на денежное обязательство по возврату займа, кредита или вклада, так как в этих отношениях аналогичную функцию вознаграждения за использование капитала выполняют проценты по займу (кредиту) или вкладу (ст. 809 и 838 ГК РФ), которые в силу ст. 811 ГК РФ подлежат начислению и в период просрочки наряду с процентами по ст. 395 ГК РФ. Если согласованный сторонами заем является беспроцентным, на сумму займа не начисляются и законные проценты, как минимум до начала просрочки.

1.11. Законные проценты в период действия прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ, видимо, не подлежали начислению на невыплаченный в срок аванс (предоплату) или банковский кредит.

1.12. Законные проценты подлежат начислению на денежный долг. Соответственно, в случаях, когда на должнике лежит неденежное обязательство (например, по передаче товара, выполнению работ или оказанию услуг), законные проценты с точки зрения буквы прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ не подлежали начислению. И этот вывод с точки зрения текста ст. 317¹ ГК РФ не меняется и тогда, когда в обмен на такое неденежное обязательство ранее была уплачена предоплата (аванс). Безусловно, лицо, получившее предоплату, использует полученные денежные средства, но на таком лице нет денежного обязательства, что по тексту ст. 317¹ ГК РФ исключает начисление законных процентов.

При этом в силу принципа свободы договора, а также с учетом того, что такая возможность прямо предусмотрена применительно к купле-продаже в п. 4 ст. 487 ГК РФ, ничто не мешает сторонам вычленив плату за использование предоплаты из цены договора и согласовать ее уплату в виде процентов с момента внесения предоплаты и до

момента осуществления встречного исполнения или возврата предоплаты при расторжении договора. В таком случае законные проценты будут начисляться с момента внесения предоплаты по правилам о коммерческом кредите (ст. 823 ГК РФ).

1.13. Особая ситуация возникла в условиях прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ в случае расторжения договора, по которому была внесена предоплата. Если по договору была внесена предоплата и договор впоследствии расторгается, возникает денежное обязательство по возврату предоплаты, а значит, и основания для начисления законных процентов. Тут следует поставить вопрос о моменте начала расчета таких процентов. По всей видимости, такие проценты должны были начисляться с момента возникновения денежного обязательства по возврату предоплаты, хотя может рассматриваться и вопрос об их ретроспективном начислении с момента уплаты предоплаты. Напомним, что проценты по ст. 395 ГК РФ в силу практики ВАС РФ начисляются при расторжении договора ретроспективно (см. комментарий к ст. 395 ГК РФ).

1.14. Отдельная проблема с расчетом процентов по ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции возникла при заключении договора купли-продажи с отсрочкой платежа. Согласно п. 4 ст. 488 ГК РФ при продаже товара в кредит (т.е. с условием об отсрочке или рассрочке платежа) на сумму денежного долга с момента просрочки в его уплате в качестве меры ответственности подлежат начислению проценты по ст. 395 ГК РФ, что было бы вполне очевидно и без этой нормы, так как напрямую вытекает из положений ст. 395 ГК РФ. Но в следующем абзаце п. 4 ст. 488 ГК РФ указывается, что «договором может быть предусмотрена обязанность покупателя уплачивать проценты на сумму, соответствующую цене товара, начиная со дня передачи товара продавцом». При наличии в договоре такого условия указанные проценты не могут являться процентами по ст. 395 ГК РФ, так как последние есть мера ответственности и уплачиваются за просрочку, которой еще нет до момента окончания периода отсрочки. ВАС РФ и ВС РФ в условиях прежней редакции ГК РФ исходили из того, что эти проценты являются процентами по коммерческому кредиту (см. п. 14 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14). Соответственно, при таком толковании никакого конфликта между абз. 2 п. 4 ст. 488 и ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции не обнаруживается: проценты начинают начисляться с момента передачи товара с условием об отсрочке платежа, только если на это прямо указано в договоре. Если судебная практика склонится к отвергаемой нами позиции, согласно которой проценты по ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции по общему правилу должны начисляться с момента предоставления отсрочки платежа, а не с момента просрочки, видимо, логично исходить из того, что норма абз. 2 п. 4 ст. 488 ГК РФ является исключением, и проценты на отсроченный платеж по договору купли-продажи начисляются все-таки с момента просрочки в силу прямого указания в специальной норме закона.

1.15. Так как законные проценты по ст. 317¹ ГК РФ в условиях ее прежней редакции не являются мерой ответственности, являясь вознаграждением за использование капитала, к таким процентам напрямую неприменима ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности.

1.16. Пункт 76 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 закрепил в период действия прежней редакции данной статьи идею о том, что к законным процентам по ст. 317¹ ГК РФ положения ст. 333 ГК РФ применению не подлежат.

В то же время если ставка процента установлена в самом соглашении и при этом явно несоразмерна и была навязана слабой стороне договора, суд при разрешении споров на основании прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ должен иметь право снизить размер таких процентов по правилам ст. 10 или 428 ГК РФ.

1.17. В силу диспозитивности ст. 317¹ ГК РФ в прежней редакции стороны были вольны вовсе исключить начисление процентов по ст. 317¹ ГК РФ, что они на практике очень часто и делали, «голосуя ногами» против неудачной и крайне неопределенной редакции прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ.

1.18. Все эти комментарии актуальны для применения прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ в отношении договоров, заключенных в период с 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г. включительно.

К договорам, заключенным ранее, она применению не подлежит, даже если речь идет о периоде после даты вступления в силу изначальной редакции ст. 317¹ ГК РФ (п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, определения КЭС ВС РФ от 24 ноября 2016 г. № 306-ЭС16-12964 и от 23 ноября 2016 г. № 305-ЭС16-11179).

При этом начисление процентов по ст. 317¹ ГК РФ, начавшееся в связи с заключением договора, не исключающего начисление таких процентов, в период действия прежней редакции данной статьи, не должно прекращаться с момента вступления в силу новой редакции данной статьи, отменившей начисление таких процентов «по умолчанию». 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 (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 422 ГК РФ). Соответственно, вышеизложенное толкование прежней редакции ст. 317¹ ГК РФ должно применяться и после 1 августа 2016 г., если проценты «по умолчанию» начали течь в связи с заключением договора в период с 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г.

2. Из текста п. 2 ст. 317¹ ГК РФ следует, что начисление законных процентов на ранее невыплаченные проценты по общему правилу не допускается. При этом по смыслу данной нормы и с учетом природы законных процентов следует исходить из того, что не допускается начисление законных процентов как на ранее начисленные и невыплаченные законные проценты, так и на иные проценты, имеющие сходную правовую природу (а именно: проценты по договору займа (кредита), проценты по договору вклада и т.п.). Соответственно, хотя обязанность заемщика погасить начисленные по договору кредита или займа проценты и является денежной, начисление на такие проценты в случае их невыплаты в срок еще и законных процентов не допускается. Иначе бы возникал риск бесконечного «нагромождения» одних законных процентов на другие однородные проценты, что вряд ли соответствует воле большинства контрагентов. По прямому указанию п. 2 ст. 317¹ ГК РФ условие договора, допускающее такие сложные проценты, является ничтожным, за исключением двух случаев. Такие сложные проценты могут быть согласованы сторонами, во-первых, в договоре банковского вклада, а во-вторых, в любом договоре, связанном с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности. Соответственно, в договоре кредита, заключенного с предпринимателем, может

быть предусмотрено, что на не выплаченные в срок проценты по кредиту начисляются не только проценты по ст. 395 ГК РФ как мера ответственности за просрочку в погашении процентов по кредиту, но и законные проценты по ст. 317¹ ГК РФ как плата за использование денег, подлежащих уплате банку.

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

(а) Статья 318 ГК РФ предусматривает увеличение суммы денежного обязательства в связи с повышением стоимости жизни. В качестве варианта индексации законодателем избрана привязка к величине прожиточного минимума.

(б) В качестве сферы применения обязательной индексации ст. 318 ГК РФ называет денежные обязательства по содержанию гражданина, в частности: денежное обязательство причинителя по возмещению вреда жизни или здоровью гражданина; денежное обязательство плательщика ренты по выплате периодических рентных платежей по договору пожизненного содержания с иждивением.

Правила рассматриваемой статьи не применяются в случаях, когда возмещение вреда или предоставление содержания происходит в натуральной форме.

На основании предписаний п. 2 ст. 587 ГК РФ судебная практика исключает также применение установленного настоящей статьей механизма индексации в случае, когда имущество по договору пожизненного содержания с иждивением было передано плательщику ренты бесплатно (см. Определение КГД ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 5-КГ15-103).

(в) Сумма, выплачиваемая непосредственно на содержание гражданина, увеличивается пропорционально повышению величины прожиточного минимума, установленного в субъекте РФ, в котором такой гражданин проживает. При этом принимается во внимание прожиточный минимум, установленный для населения в целом, а не для его отдельных социально-демографических групп, если иное не установлено законом.

В случае если в указанном субъекте РФ величина прожиточного минимума не установлена, сумма, выплачиваемая непосредственно на содержание гражданина, увеличивается пропорционально повышению величины прожиточного минимума, установленного в целом по Российской Федерации (п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В соответствии со ст. 4 Федерального закона от 24 октября 1997 г. № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» величина прожиточного

минимума в целом по Российской Федерации определяется Правительством РФ ежеквартально.

(г) Условиями обязательства может быть предусмотрен повышенный размер индексации выплат по сравнению с размером, определяемым в соответствии с комментируемой статьей. 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).

(д) Порядок увеличения выплачиваемых на содержание гражданина сумм, предусмотренный рассматриваемой статьей в редакции Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации», с 1 июня 2015 г. подлежит применению ко всем соответствующим обязательствам независимо от даты их возникновения (п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

(е) Предписания ст. 318 ГК РФ применяются, если иное не установлено специальным законодательством. Так, судебная практика исключает действие предписаний рассматриваемой статьи в случаях возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью работника при исполнении им обязанностей по трудовому договору (см. определения КГД ВС РФ от 29 февраля 2016 г. № 5-КГ15-204, от 25 апреля 2016 г. № 81-КГ16-3, от 24 мая 2013 г. № 16-КГ13-4).

Размер индексации сумм, выплачиваемых в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, на основании судебного акта, предусматривающего взыскание за счет средств федерального бюджета, может быть предусмотрен федеральным законом о федеральном бюджете на соответствующий финансовый год (п. 36 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

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

(а) 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 всех таких обязательств.

Данные правила направлены на защиту интересов кредитора. Они 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 – сумма основного долга.

(б) Под «издержками кредитора по получению исполнения» в рассматриваемой статье понимаются, например, платежи, которые кредитор обязан совершить в связи с принудительной реализацией своего требования к должнику (в частности, сумма уплаченной кредитором при подаче иска государственной пошлины) (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141).

(в) Под процентами, погашаемыми ранее основной суммы долга, понимаются «регулятивные» проценты (проценты как плата) за пользование денежными средствами, в частности, проценты за пользование суммой займа, кредита (п. 1 ст. 809 ГК РФ), аванса или предоплаты при наличии в договоре условия о коммерческом кредите (ст. 823 ГК РФ) и т.д. (п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

(г) Проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ за неисполнение или просрочку исполнения («охранительные» проценты), а также начисленные неустойки погашаются после суммы основного долга. Это не указано прямо в законе, так как комментируемая норма не затрагивает данные меры ответственности в принципе. В то же время такое решение признается в судебной практике (п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Это, однако, не исключает возможности должника добровольно удовлетворить требования кредитора об уплате «охранительных» процентов на основании ст. 395 ГК РФ или неустойки ранее суммы основного долга.

Кроме того, судебная практика признает, что правило о погашении процентов по ст. 395 ГК РФ и пеней в последнюю очередь не лишает кредитора права до погашения основной суммы долга предъявить иск о взыскании с должника «охранительных» процентов (неустойки) (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). Это разъяснение вызывает некоторые сомнения: по сути, оно позволяет кредитору в одностороннем порядке изменить общее правило и добиться приоритетного погашения штрафных санкций.

(д) 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).

(е) Правила ст. 319 ГК РФ имеют явно выраженный атрибут диспозитивности и могут быть изменены соглашением сторон.

Вместе с тем судебная практика воспринимает диспозитивность соответствующих правил ограничительно. Она допускает возможность договорного изменения

порядка погашения требований, которые прямо названы в ст. 319 ГК РФ. Так, например, договоренность о погашении суммы основного долга ранее «регулятивных» процентов не ставится под сомнение (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). Однако суды крайне негативно относятся к соглашениям сторон, устанавливающим погашение «охранительных» процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ (а равно неустойки), 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). ВС РФ делает намек на такой ограничительный подход в п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, хотя и не запрещая такие условия договора однозначно, но фиксируя, что договором можно менять очередность погашения только в отношении тех денежных долгов, которые указаны в ст. 319 ГК РФ.

Подобный подход достаточно сомнителен. Тот факт, что неустойки и «охранительные» проценты не регулируются ст. 319 ГК РФ, а сама ст. 319 ГК РФ является прямо диспозитивной, с учетом принципа свободы договора должно было 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» (см.: п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141), также неубедительна. Ни «издержки по исполнению» (представляющие собой часть убытков), ни «проценты» (выступающие в качестве цены пользования деньгами), прямо упомянутые в рассматриваемой статье, также не являются составной частью основного денежного долга, а являются 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), 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. 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 (тем более, что на возможность применения ст. 428 ГК РФ для исправления злоупотреблений в случае отклонения от положений ст. 319 ГК РФ прямо указано в 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.

(ж) Предписания ст. 319 ГК РФ универсальны. Установленная ими очередность применяется при любом погашении любого денежного требования, в частности, при уплате поручителем, ограничившем свою ответственность твердой суммой (п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42); при удовлетворении кредитора по обязательству, обеспеченному залогом, из стоимости заложенного имущества (п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141); при прекращении денежных требований зачетом, в том числе при частичном зачете (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65).

(з) При этом правила настоящей 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 п. 20 ст. 5 Закона о потребительском кредите (п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Статья 319¹. 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. 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. 319¹ ГК РФ. Таким образом,

в настоящее время регулирование данного вопроса носит универсальный характер, что соответствует подходам, принятым в зарубежном законодательстве и международных актах (ст. 6.1.12–6.1.13 Принципов УНИДРУА, ст. III.-2:110 Модельных правил европейского частного права).

1.1. 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 (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).

1.2. Правила ст. 319¹ ГК РФ носят диспозитивный характер. Это вытекает из существа регулируемого вопроса, прямо отражено в Концепции реформирования общих положений обязательственного права России (п. 3.5 Раздела 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 однородных требований может быть определена соглашением сторон, которое обладает приоритетом перед правилами ст. 319¹ ГК РФ и исключает их применение. Подобное соглашение может являться составной частью договора (договоров), порождающего соответствующее обязательство, или заключено сторонами позднее.

1.3. В отсутствие согласованной сторонами очередности п. 1 ст. 319¹ ГК РФ закрепляет право выбора обязательства, в счет исполнения которого будет засчитываться предоставление, за должником.

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. 319¹ 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.

1.4. В случае когда должник не воспользовался своим правом зачислить предоставление в счет исполнения определенного обязательства, международные акты (п. 2 ст. 6.1.12 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, ст. III.-2:110 Модельных правил европейского частного права) предусматривают возможность перехода права выбора к кредитору. Однако отечественное законодательство (и ст. 522, и ст. 319¹ ГК РФ), к сожалению, не допускает подобного

перехода. При отсутствии соответствующего волеизъявления должника отнесение исполнения к тому или иному обязательству определяется очередностью, установленной п. 2 и 3 ст. 319¹ ГК РФ.

2. В соответствии с п. 2 ст. 319¹ ГК РФ, если должник не указал, в счет какого из однородных обязательств осуществлено исполнение, исполнение засчитывается в пользу обязательств, по которым кредитор не имеет обеспечения, преимущественно перед обязательствами, имеющими обеспечение. Положения п. 2 ст. 319¹ ГК РФ подлежат применению в тех случаях, когда по всем однородным обязательствам срок исполнения наступил либо когда по всем однородным обязательствам срок исполнения не наступил (п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Комментируемая норма направлена на максимальную защиту интересов кредитора, пытаясь предположить, каков обычно будет в такой ситуации этот интерес. Это правило работает тогда, когда среди обязательств должника имеются обязательства как обеспеченные, так и не обеспеченные.

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. 319¹ ГК РФ все эти различия игнорирует. В итоге в контексте применения п. 2 комментируемой статьи в российском праве может возникнуть масса сложных вопросов. Например, непонятно, куда стоит отнести платеж, если по одному из долгов имеется залог, но срок давности истек, а другой долг не обеспечен, но не заданен. Как поступить, если по одному из долгов имеется значительная неустойка, а по другому – поручительство юридического лица, находящегося на грани банкротства? Неужели логично относить платеж должника в счет нового необеспеченного долга, когда у кредитора имеется обеспеченное залогом требование к должнику, по которому вот-вот истечет давность?

Попытку придания правилам п. 2 ст. 319¹ ГК РФ «тонкой настройки» можно ожидать от судебной практики. В Постановлении от 22 ноября 2016 г. № 54 Пленум ВС РФ разрешил ряд вопросов. В частности, в п. 40 указано, что «не считается обеспеченным по смыслу п. 2 ст. 319¹ ГК обязательство, за ненадлежащее исполнение которого предусмотрена только лишь неустойка» (это не удивительно, так как

неустойка в принципе полноценным обеспечением не является, см. комментарий к ст. 329 ГК РФ).

В п. 41 того же Постановления разъяснено, что в случае, когда среди однородных требований имеются задавненные, «исполненное засчитывается в пользу требований, по которым срок исковой давности не истек».

С указанными разъяснениями следует согласиться, однако, к сожалению, предлагаемые ВС РФ решения фрагментарны и не снимают всех возникающих вопросов.

Основная проблема заключается в том, что указанное в п. 2 ст. 319¹ 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 связи с этим 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 переход права отнесения поступивших платежей кредитору. 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. 319¹ ГК РФ.

При этом представляется, что данное крайне разумное правило о переходе права выбора отнесения платежей к кредитору 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.

3. Если применение правил п. 2 ст. 319¹ ГК РФ не позволяет определить обязательство, в счет которого должно засчитываться исполнение (например, все обязательства сторон являются обеспеченными, либо, напротив, необеспеченными), дальнейшее определение очередности зачисления исполнения производится в соответствии с предписаниями п. 3 рассматриваемой статьи (п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Согласно указанным правилам исполнение засчитывается в счет того обязательства, срок исполнения которого наступил или наступит раньше, либо когда обязательство не имеет срока исполнения, то в счет обязательства, которое возникло раньше. Если же сроки исполнения обязательств наступили одновременно, исполненное засчитывается пропорционально в погашение всех однородных требований.

3.1. 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 это сходство является только кажущимся. В международных актах «срок исполнения» и «момент возникновения обязательства» являются отдельными критериями отнесения исполнения, которые применяются последовательно. В российском

варианте соответствующие обстоятельства выступают критериями одного уровня, причем «момент возникновения обязательства», как критерий отнесения исполнения, получает правовое значение только для обязательств, срок исполнения которых не установлен. Соответственно, при наличии двух необеспеченных денежных обязательств в сумме 100 руб. каждое, имеющих разный момент возникновения, но один и тот же срок исполнения, в случае совершения должником предоставления в размере 100 руб., при применении российского законодательства исполненное распределится пропорционально и 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 возникло ранее.

3.2. Следует обратить внимание и на отличия в установлении общей последовательности критериев зачисления исполнения (при отсутствии указания на сей счет должника и кредитора), используемой в ст. 319¹ ГК РФ, по сравнению с международными аналогами. 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. Такая последовательность имеет в основе определенную логику защиты кредитора, выстроенную исходя из его предполагаемых интересов: от наиболее очевидных (1) — к наименее (4). В регулировании, предложенном в п. 2 и 3 ст. 319¹ ГК РФ, такая логика не прослеживается, а последовательность критериев зачисления выглядит случайной.

Попытку исправления этих недостатков предпринял ВС РФ, указав, что положения п. 2 ст. 319¹ ГК РФ подлежат применению в тех случаях, когда по всем однородным обязательствам срок исполнения наступил, либо когда по всем однородным обязательствам срок исполнения не наступил, а п. 3 ст. 319¹ ГК РФ — когда имеются только обеспеченные либо только необеспеченные однородные обязательства с различными сроками исполнения. Если же среди однородных обязательств имеются те, по которым срок исполнения наступил, и те, срок исполнения по которым не наступил, исполненное в первую очередь распределяется между обязательствами, срок исполнения по которым наступил в соответствии с правилами, предусмотренными п. 2, 3 ст. 319¹ ГК РФ (п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Такая интерпретация придает предписаниям рассматриваемой статьи некоторую системность регулирования. Однако даже при таком истолковании общая последовательность критериев зачисления исполнения ст. 319¹ ГК РФ значительно отличается от международных аналогов.

Статья 320. Исполнение альтернативного обязательства

1. Если должник по альтернативному обязательству (статья 308¹), 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 308¹) 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. Пункт 1 ст. 320 ГК РФ регламентирует последствия просрочки в осуществлении должником права выбора в альтернативном обязательстве. 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 (п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Это правило воспроизводит положение, ранее выведенное судебной практикой (см. п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69): при просрочке должника право выбора предмета исполнения может быть осуществлено кредитором. 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. Текст п. 1 ст. 320 ГК РФ свидетельствует, что 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 соответствующим правом выбора. Таким образом, при просрочке должника возможность выбора предмета исполнения предоставлена и должнику, и кредитору. Просрочивший должник сохраняет за собой право выбора и вправе осуществить его и после истечения установленного срока, но до того, как правом выбора воспользуется кредитор. Такое решение выглядит достаточно гибким и удачным. Оно позволяет одновременно защитить интерес и кредитора, предоставив ему способ судебной защиты (ведь альтернативный иск недопустим с позиций отечественного процессуального законодательства), и должника, наделив его возможностью прекратить обязательство.

К сожалению, указанные достоинства содержащегося в законе регулирования поставлены под сомнение в практике ВС РФ. В п. 45 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 разъяснено, что «при отсутствии условия о сроке для осуществления выбора уполномоченные на выбор кредитор или третье лицо должны осуществить выбор в разумный срок (п. 3 ст. 307 ГК РФ, п. 2 ст. 314 ГК РФ). Если этого не сделано, должник вправе потребовать от кредитора или третьего лица указаний на предмет исполнения обязательства, а в случае их непоступления в предусмотренный пунктом 2 статьи 314 ГК РФ срок исполнить обязательство по своему выбору. Должник, не получивший указаний от уполномоченного лица на предмет исполнения обязательства, не считается просрочившим, в том числе в случае, если он не обратился к кредитору или третьему лицу за получением этих указаний после истечения срока, установленного на осуществление выбора (статьи 405, 406 ГК РФ)». Данная интерпретация, по сути, означающая лишение должника, своевременно не осуществившего выбор, соответствующего права, не соответствует букве закона и не очень удачна. Неужели малейшая просрочка должника в осуществлении выбора должна лишать его права на выбор? Это было бы не вполне логично. Было бы достаточно предоставить в такой ситуации право на выбор еще и кредитору, не лишая

такого права должника. Кто первый реализует такое право, тот и конкретизирует предмет исполнения и положит конец неопределенности.

Кроме того, исходя из логики ВС РФ, остается неясной возможность кредитора, не осуществившего выбор в разумный срок, осуществить его в дальнейшем. Или ВС РФ исходит из того, что нереализация кредитором перешедшего к нему права выбора влечет обратный переход права выбора должнику? Но при таком варианте подобный «пинг-понг» может происходить до бесконечности, что достаточно странно и неудобно, так не дает возможности четко определить обладателя соответствующего права в каждый конкретный момент.

1.2. Предписания п. 1 ст. 320 ГК РФ в целом соответствуют зарубежному опыту регулирования (см. п. 2 ст. III.-2:105 Модельных правил европейского частного права). Однако очевидное различие заключается в том, что международные унификации дифференцируют порядок надления 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 надления соответствующим правом кредитора является требование о предоставлении 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. Несмотря на отсутствие прямого указания на право сторон согласовать иное в п. 1 ст. 320 ГК РФ, данные правила следует рассматривать в качестве диспозитивных. Соответственно, стороны на случай просрочки вправе предусмотреть, например: «автоматическое» осуществление выбора в пользу определенной альтернативы; «льготный период», в течение которого, несмотря на просрочку должника, кредитору право выбора не предоставляется и т.п. Однако следует считать недопустимыми соглашения, исключающие вообще возникновение у кредитора права выбора при просрочке должника и, соответственно, фактически лишаящие кредитора возможности обращения за судебной защитой.

2. В случае, когда правом выбора по альтернативному обязательству наделяется кредитор, последствием его просрочки в осуществлении права также является надление соответствующим правом противоположной стороны (т.е. должника).

2.1. При этом согласно п. 45 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 переход права выбора должнику происходит не сразу, а только после того, как должник запросит у кредитора указаний насчет предмета исполнения (т.е. по сути потребует все-таки этот выбор осуществить), а тот в ответ промолчит. Надо сказать, что из закона необходимость соблюдения этой претензионной процедуры не следует.

2.2. Если кредитор наделяется правом выбора изначально, но не осуществляет его в указанный в договоре или разумный срок, имеет ли место просрочка кредитора? ВС РФ в п. 45 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 отвечает на этот вопрос утвердительно. Соответственно, в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ должник не несет ответственность 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. Соответственно, начавшаяся в момент истече-

ния срока на выбор просрочка кредитора продолжается в период, когда должник запрашивает у кредитора указания насчет предмета исполнения, но прекращается в момент, когда право на выбор из-за бездействия кредитора и после такого запроса возникает у должника. Как только должник получает право на выбор, ничто не мешает должнику самому осуществить выбор и разрешить ситуацию. Соответственно, логично предположить, что в такой ситуации уклонение должника от выбора в альтернативном обязательстве и 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. Получается, что должник в такой ситуации, по мысли ВС РФ, не направляя такой запрос и не получая право на выбор, не может сам выйти из тупика и вправе спокойно ничего не делать, не рискуя быть обвиненным в просрочке.

В целом, представляется, что ВС РФ в указанном Постановлении Пленума скорее запутал ситуацию, чем прояснил.

2.3. 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. 308¹ ГК РФ, согласно которому право выбора по общему правилу принадлежит именно должнику.

В случае, когда должник, наделенный вследствие просрочки третьего лица правом выбора, в свою очередь, в разумный срок такого выбора не осуществляет, правом выбора наделяется также и кредитор (п. 1 ст. 320 ГК РФ).

Статья 320¹. Исполнение факультативного обязательства

1. Если должник по факультативному обязательству (статья 308²) 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. Ключевой характеристикой факультативного обязательства является право на замену основного предоставления суррогатом.

Данное право принадлежит всегда и исключительно должнику (см. ст. 308² ГК РФ). Не меняет решения и допущенная должником просрочка исполнения. В случае таковой право требовать факультативного предоставления у кредитора не возникает (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. 320¹ ГК РФ).

1.1. Поскольку судебный акт о принуждении к осуществлению основного предоставления лишь подтверждает наличие обязательства и правомерность соответствующего требования, 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 возможно применять по аналогии правила об исполнении решения как основания 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. Несмотря на сущностные различия (см. ст. 308 и 308¹ 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. 320¹ ГК РФ вводит презумпцию альтернативного характера обязательства. Таким образом, если стороной, ссылающейся на данное обстоятельство, не доказан факультативный характер обязательства, предусматривающего совершение должником одного из двух или нескольких действий, последнее должно рассматриваться как альтернативное и к нему должны применяться правила ст. 308¹ и 320 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

(а) Статья 321 ГК РФ устанавливает общие правила определения правового режима обязательств с множественностью лиц на стороне кредитора и (или) должника.

Следуя традиционному для отечественного правопорядка подходу, ст. 321 ГК РФ презюмирует подобные обязательства как *долевые*. Таким образом, при *активной*

множественности каждый кредитор имеет право требования в определенном размере. Это право существует самостоятельно, обособленно и независимо от прав других кредиторов, а также самостоятельно осуществляется. При *пассивной* множественности на каждом из должников лежит отдельный, самостоятельный и обособленный долг в размере приходящейся на него доли. При *смешанной* (активно-пассивной) множественности одновременно существуют оба указанных выше варианта.

Несмотря на исторические предпосылки, лежащие в ее основе, презумпция долевого характера обязательства, предусмотренная ст. 321 ГК РФ, несколько расходится с современными международными тенденциями регулирования. Новейшие 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 доленое обязательство, в то время как Принципы УНИДРУА отказались от установления для подобной ситуации какой-либо презумпции.

(б) Одним из общих правил, предусмотренных ст. 321 ГК РФ, является и презумпция *равенства долей* всех доленых сокредиторов и (или) содолжников. Аналогичные правила установлены в ст. III-4:104, III-4:204 Модельных правил европейского частного права.

(в) 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 доленой множественности не используется механизм регрессного (обратного) требования, поскольку доленой должник погашает только свой долг, а доленой кредитор получает причитающееся только ему.

Каждое из требований в рамках доленой множественности может обладать собственной спецификой. Например, одно из требований может быть условным, другое – срочным, при этом допустимо установление разных условий (сроков) в отношении разных доленых требований. Применительно к каждому из требований могут быть согласованы собственные способы обеспечения, не распространяющиеся на другие требования. Каждый из доленых 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 его требований 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 доленому 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 «доленое обязательство» является в значительной степени условным. В действительности в рамках доленой множественности наличествует столько отдельных обязательств, сколько есть должников (при пассивной множественности) либо кредиторов (при множественности активной).

(г) 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 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 (п. 16 (в) Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1).

Равным образом законодательством может быть предусмотрен иной характер множественности, в частности, *солидарная* или *совместная* множественность.

Солидарная множественность, ее существо и специфика, регламентируются предписаниями ст. 322–326 ГК РФ (см. комментарии к ним).

Совместная же 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. 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 представителем 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).

(д) Установленные ст. 321 ГК РФ предписания диспозитивны. Они могут быть изменены односторонней сделкой, лежащей в основании возникновения обязательств (например завещательным отказом), или соглашением сторон. При этом свобода участников оборота изменять установленные рассматриваемой статьей правила не ограничена исключительно конструкциями, известными отечественному правопорядку (солидарной или смешанной множественностью). Так, например, сторонами может быть установлена совместная множественность (см. выше).

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. Статья 322 ГК РФ определяет сферу применения солидарной множественности.

Отечественное законодательство воплощает принцип «солидарность не предполагается». В соответствии с ним п. 1 ст. 322 ГК РФ предусматривает солидарный характер общегражданских обязательств с множественностью лиц лишь в случаях, предусмотренных законом или договором.

Вместе с тем общей тенденцией регулирования является в настоящее время увеличение в национальных правовых системах количества законодательных исключений из правила о доле множественности, в результате которых его значение как общего принципа в значительной степени становится формальным и выхолащивается. По этой причине современные унификации отказываются от него, 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).

1.1. Случаи солидарности, предусмотренные действующим российским законодательством, также 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. 53¹, п. 4 ст. 60¹, п. 2 ст. 60², п. 5 ст. 61, п. 2 ст. 62 ГК РФ).

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 большие гарантии получения им предоставления за счет увеличения количества должников (ответственных перед кредитором имущественных масс); (б) исключить для кредитора актуальность внутренних споров между содолжниками. 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).

Общую идею рассматривать в качестве солидарных должников лиц, чьими совместными действиями нарушаются права и интересы кредитора, активно использует и правоприменительная практика 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 уполномочен.

1.2. В отдельных случаях солидарный характер обязательства устанавливается диспозитивной нормой. Например, обязанность (ответственность) поручителя и должника при неисполнении (ненадлежащем исполнении) обязательства последним является солидарной, если договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность (п. 1 ст. 363 ГК РФ). Ответственность первоначального и нового должника перед кредитором при переводе долга по модели «экспромиссии» (вступления в долг), предусмотренной в абз. 2 п. 1 ст. 391 ГК РФ, является солидарной, если соглашением о переводе долга не предусмотрена субсидиарная ответственность первоначального должника либо первоначальный должник не освобожден от исполнения обязательства (п. 3 ст. 391 ГК РФ).

В отличие от предыдущих ситуаций, появление множественности происходит здесь по воле кредитора. Однако будучи слабейшей стороной обязательства, он получает повышенную защиту, от которой, однако, вправе отказаться.

1.3. 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. Действительно, неделимый характер 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 кредитором последствиям. Другое дело, что ответственность за неисполнение такого обязательства должна строиться по правилам ответственности солидарной (см. ст. III-4:105 Модельных правил европейского частного права).

Характер множественности неделимого обязательства предопределен существом складывающихся отношений, а потому не может быть изменен соглашением сторон. Однако ответ на вопрос о допустимости изменения характера множественности в рамках ответственности за неисполнение неделимого обязательства уже не является столь однозначным. Возможность установления долевой множественности, по сути, будет означать принятие кредитором на себя риска неплатежеспособнос-

ти одного или некоторых должников. Полагаем, что 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).

1.4. Ввиду диспозитивности правил ст. 321 ГК РФ солидарный характер может быть придан соглашением сторон любому обязательству с множественностью лиц.

Солидарность обязательства может быть установлена и односторонней сделкой, например, в случаях, предусмотренных п. 2 ст. 1138 ГК РФ (завещательный отказ).

2. Пункт 2 ст. 321 ГК РФ закрепляет правило о солидарности любого обязательства, связанного с предпринимательской деятельностью.

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 стороны, 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 (п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

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).

2.1. Положения п. 2 ст. 322 ГК РФ диспозитивны, иной правовой режим соответствующей множественности может быть предусмотрен законом, иными правовыми актами или условиями обязательства.

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. Статьи 323–325 ГК РФ определяют порядок исполнения для случаев пассивного солидаритета (солидарной множественности лиц на стороне должника). В подобной ситуации обязанность (ответственность) должников строится по принципу «круговой поруки»: на каждом из них лежит обязанность погашения долга в целом, как будто бы каждый должник является должником единственным.

1.1. 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 отношения. С другой стороны, целый ряд существенных особенностей пассивного солидаритета вступает в противоречие с подобным выводом. Так, обязанности солидарных должников могут возникать в силу различных оснований. При поручительстве (ст. 361 ГК РФ), переводе долга по модели «экспромиссии» (п. 3 ст. 391 ГК РФ), присоединении к долгу в качестве солидарного должника (частный случай которого предусмотрен п. 4 ст. 677 ГК РФ), обязанности солидарных должников возникают из отдельных договоров, заключенных в разное время. Принципиальная допустимость подобного возникновения пассивного солидаритета признается и судебной практикой (см. Определение КЭС ВС РФ от 3 декабря 2015 г. № 310-ЭС14-8672).

Обязательство каждого из солидарных должников может иметь свои особенности (сроки, условия, проценты и пр.), не присущие обязательствам остальных. Это встречается не так часто, но само по себе не является невозможным. При этом многие европейские законодательства, а также международные 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 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)¹.

1.2. Режим пассивной солидарной множественности призван гарантировать интересы кредитора, ибо пока хотя бы один из солидарных должников продол-

¹ 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.

жает 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, притом 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, 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 те же 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 ответственности 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) на основании всей суммы задолженности (п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

2. 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 обязательство частично, не выбывает из правоотношения до полного погашения требований кредитора.

2.1. 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).

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

(а) 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 изобщего 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 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, ссыла 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.

(б) Одним из личных возражений, которое принадлежит солидарному должнику, является возражение о 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 прервет течение срока исковой давности только против себя, но не против содолжников. Предъявление иска к одному из содолжников останавливает исчисление исковой давности по п. 1 ст. 204 ГК РФ только в отношении адресованного ему требования.

(в) Статья 324 ГК РФ допускает возможность 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 не вправе. Указанный подход является традиционным и полностью соответствует международному регулированию (см. ст. 11.1.4 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III-4:112 Модельных правил европейского частного права).

(г) Использование одним из солидарных должников доступных ему с точки зрения ст. 324 ГК РФ возражений не имеет правовых последствий для других со-

должников. В частности, эффективное оспаривание действительности требования кредитора одним из содолжников ввиду порока воли данного должника при заключении договора не влияет на возможность кредитора предъявлять требования к другим содолжникам (п. 1 ст. 308 ГК РФ). Заявление о применении исковой давности, сделанное одним из соответчиков, являющихся солидарными должниками, не распространяется на других соответчиков. Однако 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).

(д) Рассматриваемая статья оставляет без внимания вопрос о последствиях неиспользования солидарным должником, к которому кредитор решил предъявить требование без привлечения в качестве соответчиков других содолжников, общих для всех содолжников возражений. Эта проблема чрезвычайно актуальна. Дело в том, что 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 содолжника, не использовавшего общее возражение и исполнившего требование кредитора, может негативно влиять на положение других должников.

Допустимым вариантом защиты таких должников 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 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.

Международные унификации используют более универсальное решение. 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. К сожалению, отечественный правопорядок оставляет соответствующие интересы без внимания, их защита по российскому праву затруднена.

(е) 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. О последствиях такого зачета для внутренних отношений содолжников см. ст. 325 ГК РФ и комментарий к ней.

(ж) Не охватывается содержанием ст. 324 ГК РФ и не решен отечественным законодательством вопрос использования солидарными должниками секундарных прав, например, права на отказ от договора. 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. Надлежащее исполнение, предоставленное одним из солидарных должников, имеет освобождающий эффект относительно всех должников, соответствующим образом прекращая их обязательства относительно кредитора.

Как следствие, другие должники могут успешно использовать это в качестве возражения, если кредитор все еще 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. 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.

2. 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 одного из должников, 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 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. 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 (см., например, п. 2 ст. 1081 ГК РФ). Кроме того отступление от равенства долей может вытекать из внутренних отношений содолжников, например, следовать из контрактных договоренностей между ними.

2.2. 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).

Сущность регресса 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. Равным образом в рамках регрессного обязательства регрессанты (неисполнившие содолжники) не могут использовать возражения, которые они могли противопоставить кредитору. 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) (п. 3 ст. 200 ГК РФ).

Международные унификации предполагают более гибкое решение проблемы «раскладки». Хотя соответствующее требование исполнившего должника в большинстве случаев именуется регрессным, специальное его регулирование позволяет регрессанту сохранить против регредента 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.

2.3. По своей природе всякое регрессное притязание является денежным. Соответственно, 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. Правила подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК РФ, предусматривающие возникновение регрессного притязания исполнившего солидарного должника к другим содолжникам, применяются, если иное не установлено законом. 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 по модели «экспромиссии» (абз. 2 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 договор дарения между ними и не влечет никаких дальнейших притязаний.

2.5. Подпункт 2 п. 2 ст. 325 ГК РФ посвящен вопросу распределения рисков отказа одного из солидарных должников от участия в покрытии понесенных исполнившим 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 могут применяться и 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, требующим возмещения, всех разумных и доступных усилий, чтобы взыскать уплаченное от неисполняющего содолжника. В связи с этим неполучение исполнившим 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. Международные 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. 309² 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. Установленные ст. 325 ГК РФ последствия наступают 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, ни спецификой солидарных обязательств.

Сказанное, однако, не означает допустимости зачета требования одного из солидарных должников с требованием кредитора к другому солидарному должнику. Отсутствие встречности (см. подробнее комментариев к ст. 410 ГК РФ) исключает возможность такого зачета по заявлению как солидарного должника, так и кредитора.

3.1. 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 регулирования этих вопросов, крайне лаконично упоминая лишь о конфузии (см. п. 2 ст. III-4:109 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).

Некоторые разъяснения в отношении прощения долга появились в п. 52 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. Здесь ВС РФ указал следующее: «Согласно статье 324 ГК РФ 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. Вместе с тем по общему правилу поручитель вправе ссылаться на то, что кредитор простил долг должнику или отказался от иска к должнику (пункт 1 статьи 364 ГК РФ)». Подобный подход не бесспорен. С одной стороны, он кажется логичным, поскольку не распространяет эффект прощения долга (отношений содолжника с кредитором) на внутренние отношения содолжников между собой (п. 3 ст. 308 ГК РФ). Вместе с тем предложенное ВС РФ решение делает прощение долга экономически бессмысленным для прощенного должника, поскольку освобождаясь от притязаний кредитора, такой должник все равно остается обязанным в рамках регрессного требования, при этом размер его «внутренней доли» совершенно не изменяется.

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. 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 всей суммы долга и вправе требовать уплаты ему должником долга полностью либо в любой его части. Таким образом, при активной солидарности наличествуют несколько требований, имеющих 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. 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. Активная солидарность не отменяет общих требований ГК РФ к надлежащему исполнению. Поэтому сокредитор вправе не принимать предложенное должником частичное исполнение, если иное не установлено договором (ст. 311 ГК РФ). Однако, воспользовавшись правом принять частичное предоставление, такой сокредитор не может в дальнейшем отказать в принятии оставшейся части. В противном случае должник будет лишен возможности освободиться от обязательства.

2. 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 кредитором 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. 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.

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 пользу нескольких или даже всех сокредиторов (например, уплатил половину задолженной суммы одному, а половину – другому кредитору).

3.1. 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 сокредиторы вполне могут столкнуться с его неплатежеспособностью.

В связи с повышенным риском отношений «сокредиторства» отечественному законодательству практически неизвестны случаи установления активной солидарности. Активный солидаритет всегда базируется на договоре, что 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).

4. 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.

Реализация этой возможности осуществляется посредством притязаний о возмещении (обратных требований). И хотя п. 4 ст. 326 ГК РФ не определяет их природы, очевидно, что по своим основным характеристикам эти требования идентичны 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.

4.1. 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 простого товарищества), именно он и будет определять необходимость 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 солидарности, является незаключенным и недействительным.

4.2. 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 зачесть полученное в счет причитающейся ему доли, а должен представить к разделу между всеми.

4.3. 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).

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.

1¹. Соглашением между кредитором и должником может быть предусмотрена обязанность должника исполнить обязательство по передаче денег или ценных бумаг путем внесения долга в депозит нотариуса.

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.

Комментарий

1. Комментируемая статья регулирует один из субститутов исполнения обязательства: внесение долга в депозит нотариуса или суда по мысли законодателя позволяет добиться такого же эффекта, как и надлежащее исполнение (ст. 408 ГК РФ). Однако это возможно только для таких объектов, как деньги и ценные бумаги.

1.1. Пункт 1 ст. 327 ГК РФ содержит перечень ситуаций, когда депозиция исполнения возможна (см. постановления Президиума ВАС РФ от 21 августа 2001 г. № 1194/99, от 3 декабря 2002 г. № 2430/02, от 3 декабря 2013 г. № 8993/13, абз. 1 п. 54 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Иногда специальные законы подтверждают возможность внесения денег в депозит нотариуса в отношении ситуаций, подпадающих под указанные в п. 1 ст. 327 ГК РФ случаи (например, п. 4¹ ст. 76 Закона об АО).

Еще одно основание для использования такого суррогата исполнения предусмотрено с 1 июня 2015 г. в п. 1¹ комментируемой статьи (см. абз. 2 п. 54 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Наконец, некоторые дополнительные случаи допустимости депозиции могут предусматриваться в Кодексе или иных законах (см., например, п. 6 ст. 720 и ст. 738 ГК РФ). При этом последствием депозиции исполнения в отсутствие обстоятельств, указанных в п. 1 и 1¹ ст. 327 ГК РФ или в иных законах, является то, что последствия депозиции, предусмотренные в п. 2 ст. 327 ГК РФ (а именно признание обязательства исполненным), не наступают (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 23 июня 2009 г. № 4651/09).

1.2. Подпункты 1 и 2 п. 1 ст. 327 ГК РФ позволяют депозицию исполнения в двух случаях просрочки кредитора. Упомянутое в подп. 1 отсутствие кредитора или лица, уполномоченного им на принятие исполнения, в месте, где обязательство должно быть исполнено, является не чем иным, как частным проявлением просрочки кредитора (подробнее по этому вопросу см. комментарий к ст. 406 ГК РФ). Указанная в подп. 2 недееспособность кредитора, видимо, может относиться к просрочке кредитора как минимум тогда, когда принятие исполнения требует от кредитора какого-то активного поведения. С учетом того, что возможность внесения денег (ценных бумаг) в депозит нотариуса в случае просрочки кредитора прямо указана в подп. 4 п. 1 ст. 327 ГК РФ, положения подп. 1 и 2 п. 1 ст. 327 ГК РФ в большинстве случаев перекрываются этим генеральным положением.

1.3. Принципиально иной является ситуация, регулируемая подп. 3 п. 1 ст. 327 ГК РФ (неопределенность в фигуре кредитора). В данном случае просрочки кредитора может и не быть (например, когда кредитор умирает незадолго до наступления срока исполнения денежного обязательства и наследники не успевают вступить в наследство, или когда сделка по уступке права требования оспаривается в суде и должник не понимает, какое лицо — цедент или цессионарий — является надлежащим кредитором).

1.4. Важно отметить, что исполнение обязательства внесением долга в депозит в силу прямого указания ст. 327 ГК РФ является правом, а не обязанностью должника. 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, а просто воздерживаться от осуществления платежа, не рискуя столкнуться с привлечением к ответственности за просрочку в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ. Это сейчас 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 то же время 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).

При этом следует учитывать, что существует ряд правовых норм, которые напрямую указывают именно на обязанность внесения денежных сумм в депозит нотариуса (например абз. 2 п. 7 ст. 84⁸ Закона об АО).

1.5. Для проведения операций по принятию денежных средств нотариусы используют специальный депозитный счет (счета). Законодательных требований по размещению принимаемых нотариусом средств на различных счетах или, наоборот, аккумуляции их на одном счете не установлено. Как правило, у нотариуса имеется один депозитный счет, на котором размещаются депонированные денежные средства в соответствующей валюте. Такие счета открываются в соответствии

с п. 2¹, 2⁹ инструкции ЦБ РФ от 30 мая 2014 г. № 153-И «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам), депозитных счетов» как в рублях, так и в иностранной валюте.

Бездокументарные ценные бумаги, в случае если учет прав на них ведется держателем реестра, переводятся на специальный депозитный лицевой счет нотариуса, открываемый в порядке, установленном приказом ФСФР России от 30 июля 2013 г. № 13-65/пз-н «О порядке открытия и ведения держателями реестров владельцев ценных бумаг лицевых и иных счетов и о внесении изменений в некоторые нормативные правовые акты Федеральной службы по финансовым рынкам», а в случае если учет прав на ценные бумаги ведет депозитарий — на депозитный счет депо, открываемый в порядке, установленном положением ЦБ РФ от 13 ноября 2015 г. № 503-П «О порядке открытия и ведения депозитариями счетов депо и иных счетов».

1.6. В ст. 327 ГК РФ прямо не указано, но из самой конструкции депозиции неизбежно следует, что кредитор вправе требовать от нотариуса выдачи ему депонированных средств или ценных бумаг.

При этом сроки «хранения» нотариусом 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 невостребования 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» невостребованных кредитором денежных средств или ценных бумаг прекращается, законодательством не предусмотрено. Невостребование депонированного имущества кредитором не означает отказа от прав на это имущество, и истечение исковой давности никак об обратном не свидетельствует. Соответственно, например, в ситуации, описанной в подп. 3 п. 1 комментируемой статьи, вполне можно представить случай, когда кредитор обратится к нотариусу и по истечении трех лет после внесения долга должником в депозит нотариуса.

Иначе говоря, кредитор может по общему правилу востребовать депонированное имущество в любой момент, в том числе за пределами сроков давности.

1.7. Если депонирование осуществлялось по правилам п. 1¹ ст. 327 ГК РФ на основании договора между должником и кредитором и в таком договоре были предусмотрены условия выдачи депонированного имущества кредитору, то кредитор должен предоставить нотариусу доказательства наступления соответствующих условий. Договором также может быть предусмотрено право должника на истребование имущества из депозита по истечении отведенного кредитору срока на его получение из депозита нотариуса.

1.8. Какова природа прав нотариуса на депонированное имущество? В соответствии с ч. 4 ст. 23 Основ законодательства о нотариате денежные средства и ценные бумаги, внесенные в депозит нотариуса, «не являются доходом нотариуса» и не поступают в его собственность. Обращение взыскания на них по долгам нотариуса не допускается. До принятия депонированного имущества кредитором эти средства не принадлежат и ему: согласно абз. 2 п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 переданные в депозит нотариуса денежные средства и ценные бумаги считаются

принадлежащими кредитору с момента получения им указанного имущества из депозита. Означает ли это, что собственность на депонированные документарные, права на бездокументарные ценные бумаги, а также права на денежные средства, зачисленные на депозитный счет нотариуса, принадлежат должнику? Положительный ответ на этот вопрос означал бы возможность обращения взыскания по долгам должника на депонированные им ценные бумаги или денежные средства на депозитном счете нотариуса и вхождение этого имущества в конкурсную массу должника при его банкротстве. А может, следует исходить из того, что депонированное имущество оказывается в своего рода «лимбе» и защищено от обращения взыскания по долгам всех трех участников этого правоотношения (должника, кредитора и нотариуса), а 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? И хотя мы склоняемся ко второму варианту, данный вопрос пока не имеет однозначного ответа.

1.9. Вопрос о природе прав нотариуса на депонированное имущество становится актуальным и для случаев банкротства банка, в котором нотариус открыл депозитный счет. Может ли кредитор в такой ситуации требовать от нотариуса выдачи соответствующей суммы за свой счет?

ВС РФ неоднократно высказывал следующую позицию. Принимая денежные средства должника в депозит нотариуса и размещая их на депозитном счете в банке, имеющем лицензию на осуществление соответствующих банковских операций, нотариус выполняет публично-правовую обязанность в виде нотариального действия, прямо предусмотренного ст. 87 Основ законодательства о нотариате. На этом основании указанные денежные средства при условии соблюдения нотариусом требований абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ не подлежат взысканию с нотариуса (см. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2011 года, утвержденный Президиумом ВС РФ 7 декабря 2011 г., Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за второй квартал 2012 года, утвержденный Президиумом ВС РФ 10 октября 2012 г., а также Определение КГД ВС РФ от 15 мая 2012 г. № 5-В12-3).

Иначе говоря, ВС РФ, видимо, исходит из того, что у нотариуса, разместившего деньги на соответствующем депозитном счете в банке, нет полноценного денежного долга перед кредитором, и требование кредитора к нотариусу не может быть квалифицировано как требование о взыскании основного долга. Ссылка в указанных актах на п. 1 ст. 401 ГК РФ означает, что, по мнению ВС РФ, нотариус несет ответственность перед кредитором за несохранность депонированного имущества на началах вины. При этом, вероятно, ВС РФ исходит из того, что невиновность нотариуса вытекает из того факта, что он открыл депозитный счет в банке, у которого имелась лицензия. Такое облегченное доказывание невиновности нотариуса представляется не вполне оправданным. Так, например, если нотариус открыл депозитный счет в банке, чья надежность должна была вызывать сомнения (например, Агентство по страхованию вкладов уже исключило этот банк из реестра банков — участников системы страхования вкладов), вряд ли он должен быть освобожден от ответственности.

Но как тогда защитить интересы кредитора, который теряет право на получение денег с депозита при банкротстве банка, в котором открыт депозитный счет,

и при этом не может ни потребовать повторной оплаты от должника (ведь последний считается исполнившим свое обязательство), ни привлечь к ответственности нотариуса (в силу освобождения его от ответственности по п. 1 ст. 401 ГК РФ)? Законодатель предпринял попытку разрешить указанную проблему, приняв Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 391-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и исключив из конкурсной массы банка «имущество... по депозитным счетам нотариусов». Эту формулировку вряд ли можно признать удачной, поскольку средства на счетах являются не имуществом банка, а его обязательствами и, следовательно, в конкурсную массу банка входить никак не могут. Таким не вполне корректным образом законодатель, видимо, хотел сказать, что кредитор, имеющий право получить 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. Этот подход представляется несправедливым и неоправданным нарушением принципа равенства кредиторов банка-банкрота. Особенно настораживает применение такого решения в случае, когда в соответствии с п. 1¹ ст. 327 ГК РФ должник и кредитор по обоюдной договоренности выбрали депозит нотариуса в качестве способа расчета. Представляется целесообразным возложить именно на стороны обязательства риск выбора такого нотариуса, который использует депозитный счет в недостаточно надежном банке. Иначе возникает возможность абсолютно неподверженного риску банкротства банка депонирования любых по объему денежных средств под прикрытием расчетов по какому-то фиктивному договору.

1.10. Кому причитаются доходы, извлеченные в период депозиции? На практике исходя из того, что в силу ст. 23 Основ законодательства о нотариате депонированное имущество не является доходом нотариуса, банки не выплачивают за пользование денежными средствами, находящимися на открытом нотариусом депозитном счете, проценты как нотариусу, так и кредиторам или должникам, а нотариус, в свою очередь, не оплачивает услуги банка за совершение операций с денежными средствами, находящимися на депозитном счете. В то же время если проценты по такому счету начисляются, они должны причитаться кредитору, востребовавшему деньги с депозитного счета, а в случаях возврата денег должнику – последнему (см. п. 56 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Вопрос о том, кому причитаются доходы по депонированным ценным бумагам (например, дивиденды по депонированным акциям), в российском праве не вполне прояснен. По логике такие доходы в денежной форме должны депонироваться на депозитном счете нотариуса и подлежать перечислению кредитору, востребовавшему ценные бумаги, или должнику в случае их возврата.

1.11. В отличие от нотариальной депозиции, исполнение обязательства в депозит суда возможно только в случае, установленном законом.

Депозитный счет суда применяется 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. 213⁴ 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.

В соответствии с п. 1³ Регламента организации деятельности верховных судов республик, краевых, областных судов, судов городов федерального значения, судов автономной области и автономных округов, окружных (флотских) военных судов, федеральных арбитражных судов, управлений Судебного департамента в субъектах Российской Федерации по работе с лицевыми (депозитными) счетами для учета операций со средствами, поступающими во временное распоряжение, утвержденного приказом Судебного департамента при ВС РФ от 5 ноября 2015 г. № 345, на лицевые (депозитные) счета для учета операций с денежными средствами, поступающими во временное распоряжение, вносятся, в том числе: (а) денежные средства, являющиеся предметом залога; (б) денежные средства взамен принятых судом мер по обеспечению иска (вносятся ответчиками); (в) денежные средства для обеспечения возмещения судебных издержек, связанных с рассмотрением гражданского дела, арбитражного дела или административного дела; (г) денежные средства в качестве встречного обеспечения при рассмотрении федеральным арбитражным судом заявлений о принятии обеспечительных мер и ходатайств с приостановлением исполнения судебного акта при их рассмотрении федеральным арбитражным судом апелляционной или кассационной инстанции; (д) денежные средства на выплату вознаграждения финансовому управляющему и оплату услуг привлекаемых лиц по делам о банкротстве.

Очевидно, что все указанные в нормативных документах случаи использования депозита суда не имеют никакого отношения к 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.

Еще одним аргументом, подчеркивающим неуместность упоминания депозита суда в комментируемой статье, является явная очевидность невозможности 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 году. 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 году на основании распоряжения Минюста России от 29 января 1998 г. № 10 «О счетах службы судебных приставов». С этого момента упоминание депозита суда в контексте ст. 327 ГК РФ, по сути, является неуместным.

1.12. Соответственно, с конца 1990-х годов 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), не оправдано. 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 счета и порядок их открытия (см. п. 6¹ и 6² Инструкции ЦБ РФ от 30 мая 2014 г. № 153-И).

В то же время по своим последствиям внесение денег на депозитный счет судебных приставов-исполнителей, по сути, равнозначно депозитной и признается исполнением обязательства. Ранее в практике ВАС РФ встречался иной подход. 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 абз. 2 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).

1.13. Как указывалось ранее, депозитная иная имущества, кроме денег и ценных бумаг, не урегулирована в российском праве. Для сравнения: Модельные правила европейского частного права (ст. III.-2:111) допускают депозитную у третьего лица на разумных условиях и с уведомлением об этом кредитора в отношении и иного имущества. При этом согласно данным Правилам депозитная влечет освобождение от обязанности предоставить или вернуть имущество, соответствующее обязательство должника считается исполненным. Должник также может освободиться от такой обязанности путем продажи подлежащей передаче кредитору вещи после уведомления кредитора по разумной цене с выплатой кредитору выручки за вычетом любых разумно понесенных должником расходов (например, на ее хранение или организацию продажи).

В России фикция исполнения при депозитной должником движимой вещи, не относящейся к наличным деньгам или ценным бумагам, законом не предусмотрена. Соответственно, перед должником в такой ситуации встает вопрос о том, что делать, если кредитор уклоняется от принятия вещи.

О возможных вариантах решения этой проблемы см. комментарий к ст. 406 ГК РФ.

1¹. Пункт 1¹ комментируемой статьи, появившийся в ГК РФ с 1 июня 2015 г., предусматривает возможность соглашением сторон установить обязанность должника по исполнению его обязательства в депозит нотариуса. Например, при совершении сделки купли-продажи недвижимости стороны могут договориться о проведении расчетов через депозитный счет нотариуса: покупатель вносит нотариусу цену предмета договора, а нотариус перечисляет ее по требованию продавца после того, как последний представит доказательства регистрации перехода права собственности на покупателя. Важно отметить, что это может быть не только уже возникший денежный долг по некоему договору как в вышеприведенном случае, но и будущее денежное обязательство, основания исполнения которого на момент депозитной еще не наступили (например, обязательство по возмещению потерь, возникших в случае

наступления определенных в договоре обстоятельств в соответствии со ст. 406¹ ГК РФ, уплате неустойки или возмещению убытков). В последнем случае депонирование является не столько способом исполнения существующего обязательства, сколько способом обеспечения исполнения обязательства.

Пункт 1¹ ст. 327 ГК РФ также может быть использован как альтернатива предусмотренному ст. 860⁷ ГК РФ счету эскроу или распространенному в настоящее время способу «расчетов через банковскую ячейку».

2. Внесение долга в депозит нотариуса согласно п. 2 комментируемой статьи влечет признание обязательства исполненным. Соответственно, должник с этого момента не считается находящимся в просрочке и не несет ответственность за дальнейшую просрочку, а в случае начисления процентов по долгу на основании правил ст. 809 ГК РФ – не обязан платить с этого момента проценты. Если для случаев, упомянутых в подп. 1, 2 и 4 п. 1 ст. 327 ГК РФ, это последствие депозиции не столь принципиально, так как должник не несет ответственность и не платит проценты по долгу при просрочке кредитора в силу прямого указания в п. 3 ст. 405 и п. 3 ст. 406 ГК РФ, то в отношении ситуации, указанной в подп. 3 п. 1 ст. 327 ГК РФ (неопределенность в фигуре кредитора), это последствие уравнивания депозиции с исполнением обязательства крайне важно, так как иначе возникали бы сложности в отыскании правовых оснований для освобождения должника от ответственности за просрочку (см. абз. 1 п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Кроме того, внесение денег (ценных бумаг) в депозит нотариуса влечет прекращение обеспечений (залогов, поручительств и т.п.), установленных в отношении соответствующего долга, а также иные правовые последствия прекращения обязательства.

2.1. Согласно п. 2 ст. 327 ГК РФ нотариус или суд должны уведомить кредитора о принятии имущества на депонирование. Процессуальные особенности исполнения нотариусом обязанности по уведомлению кредитора о внесении в депозит регулируются п. 159 Правил нотариального делопроизводства, утвержденных приказом Минюста России от 16 апреля 2014 г. № 78, в соответствии с которым нотариус заказным письмом направляет кредиторам или наследникам извещение о внесении в депозит нотариуса денег или ценных бумаг. Уведомление о вручении извещения хранится в документах конкретной депозитной операции. При депонировании денег или ценных бумаг по договору между должником и кредитором на основании п. 1¹ комментируемой статьи стороны могут согласовать иные правила о порядке извещения.

3. В соответствии с п. 3 ст. 327 ГК РФ, появившимся в ГК РФ 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. В случае возврата должнику исполненного по обязательству, должник не считается исполнившим обязательство. При этом согласно абз. 2 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. Как осуществляется возврат депонированного имущества?

Тут возможны два подхода. В рамках первого комментируемая норма ГК РФ понимается не только как дающая должнику право на возврат имущества из депозита, но также и подразумевающая произвольный и внесудебный характер такого возврата, при котором нотариус возвращает имущество по первому требованию должника.

Второй подход заключается в следующем: комментируемая норма лишь дает право на возврат, но не проясняет процедуру востребования имущества из депозита, при этом данный вопрос проясняется в законодательстве о нотариате. Согласно ст. 88 Основ законодательства о нотариате, которая закрепляет специальную норму по отношению к общему правилу ГК РФ, возврат денежных сумм и ценных бумаг лицу, внесшему их в депозит, допускается лишь с письменного согласия кредитора, по соглашению между должником и кредитором или по решению суда.

Полагаем, что именно так и должен происходить возврат из депозита нотариуса в случаях, когда должник исполнял обязательство внесением в депозит нотариуса на основании соглашения между ним и кредитором (п. 1¹ ст. 327 ГК РФ). В частности, в договоре между должником и кредитором могут быть предусмотрены основания возврата денег должнику по внесудебному требованию последнего. В связи с этим можно привести следующий пример. Деньги вносились в депозит нотариуса на основании соглашения между должником и кредитором по п. 1¹ комментируемой статьи в обеспечение возможных будущих обязательств должника по возмещению потерь по правилам ст. 406¹ ГК РФ или по уплате неустойки, но по истечении установленного срока основания для возмещения потерь или для уплаты неустойки так и не наступили, в связи с чем плательщик и может потребовать возврата средств с депозита. Кроме того, в соглашении может быть прямо предусмотрено право должника вернуть депонированное имущество по его одностороннему волеизъявлению. Если такие условия в соглашении не предусмотрены, произвольный возврат депонированных средств по внесудебному требованию должника допускаться не должен. В противном случае это означало бы санкционирование законодателем нарушений договорных обязательств.

Но, как представляется, аналогичный подход должен применяться и к депонированию на основании правил п. 1 ст. 327 ГК РФ или иных законов. Если должник внес деньги в депозит нотариуса по указанным в п. 1 ст. 327 ГК РФ основаниям, он в строгом соответствии с положениями комментируемой нормы вправе истребовать назад депонированные деньги (ценные бумаги), но только с согласия кредитора либо на основании судебного решения.

Иначе говоря, не следует считать, что норма ст. 88 Основ законодательства о нотариате о судебной форме возврата имущества с депозита с момента вступления в силу п. 3 ст. 327 ГК РФ (с 1 июня 2015 г.) пришла в противоречие с этой новеллой Кодекса. Пункт 3 ст. 327 ГК РФ говорит лишь о праве требовать возврата депозита, но не устанавливает процедуру такого возврата. Эта процедура предусмотрена в ст. 88 Основ законодательства о нотариате. Соответственно, данный закон не противоречит ГК РФ, а дополняет и конкретизирует его. Судебный контроль вопроса о допустимости возврата депозита необходим для обеспечения интересов кредитора, чье согласие на возврат депозита отсутствует.

Обратная точка зрения, как представляется, нелогична. Абсолютно непонятно, в силу каких догматических или политико-правовых оснований должник, исполнивший обязательство путем депозиции, вправе произвольно возвращать депонированное у нотариуса имущество. Такой возврат может подорвать разумные ожидания, которые возникли у кредитора после депозиции. Например, 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 со своей стороны уступил другому наследнику право на квартиру. 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. Никакой логики в подобной дестабилизации отношений мы не видим. Соответственно, есть все основания толковать положения Основ законодательства о нотариате в качестве специальных по отношению к указанной новелле ГК РФ и на этом основании снимать все возникающие проблемы.

3.2. В каких случаях при депонировании имущества по правилам п. 1 ст. 327 ГК РФ суд на основе специальных норм Основ законодательства о нотариате вправе присудить возврат денег или ценных бумаг с депозита в отсутствие согласия кредитора? Речь может идти, например, о ситуации, когда договор, по которому производилась предоплата (внесением денег на депозит нотариуса), правомерно расторгнут, и у уплатившего деньги лица возникло право требовать возврата этих средств. В такой ситуации невозможно удовлетворение иска к кредитору о возврате полученного по договору, поскольку он денежных средств так и не получил (например, кредитор безвестно отсутствует или по иным причинам не востребовал деньги из депозита), и правильным, как минимум, с точки зрения процессуальной экономики, будет предъявление иска о возврате средств с депозита.

3.3. В то же время, возможно, было бы разумно вывести из ст. 6 ГК РФ или прямо установить в законе правило о том, что возврат депонированного имущества без согласия кредитора (например, в связи с его безвестным отсутствием) возможен и без суда, если имущество не было востребовано в течение определенного продолжительного срока (например 10 лет). В конечном счете, оставлять депонированные средства у нотариуса навечно вряд ли является разумным вариантом и является обратной крайностью.

3.4. Самым важным практическим недостатком п. 3 ст. 327 ГК РФ является полное умолчание о последствиях установленного ею «возрождения» обязательства. Некоторые аспекты здесь достаточно очевидны. Так, например, разъяснение, закрепленное в абз. 3 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, по изложенным выше причинам применимо только в ситуации, указанной в подп. 3 п. 1 ст. 327 ГК РФ (т.е. ретроспективно).

Но куда менее очевидны иные аспекты проблемы «возрождения» обязательств. Особенно остро стоит вопрос о судьбе акцессорных обеспечений (залога или по-

ручительства). Внесение денег в депозит нотариуса прекращает обязательство, а следовательно, должны прекращаться и такие обеспечения. Но что происходит при возврате средств с депозита? Восстанавливаются ли обеспечения? Одним из вариантов решения этой проблемы является автоматическое восстановление обеспечений *ipso jure*. Такое решение кажется логичным в отношении тех случаев, когда речь идет о залоге, предоставленном самим должником. Однако этот подход представляется крайне неудачным в случаях, когда речь идет о залоге имущества третьего лица или поручительстве, так как будут явно нарушаться разумные ожидания таких поручителя или залогодателя. Они, посчитав обязательство исполненным, будут полагаться на это обстоятельство и не будут готовы к тому, что через несколько лет после прекращения обеспечения они помимо своей воли опять станут связаны обеспечительными обязательствами.

В то же время если исходить из того, что поручительства и залоги имущества третьих лиц не восстанавливаются вместе с возрождаемым обязательством, могут пострадать интересы кредитора. По сути, для должника открывается возможность «страхнуть» обеспечения со своего долга. Особенно несправедливо это в ситуации, когда вменить в вину кредитору то, что у должника возникли основания для депозитации, нельзя (например, в ситуации депозитации из-за возникновения неопределенности в фигуре кредитора). Если отечественное право в итоге поддержит предлагаемую выше интерпретацию, в рамках которой истребование имущества с депозита должником возможно либо с согласия кредитора, либо по суду и лишь в строго ограниченных случаях, данная проблема будет решена. Но если восторжествует иной подход, при котором должнику будет позволено забирать имущество с депозита в любой момент на основании одного лишь своего желания, проблема недобросовестного «страхивания» обеспечений окажется крайне серьезной.

Статья 327¹. Обусловленное исполнение обязательства

Исполнение обязанностей, а равно и осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству, может быть обусловлено совершением или несозданием одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон.

Комментарий

(а) Статья 327¹ 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 327¹ 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. Данный вопрос ранее вызывал в судебной практике некоторые сомнения.

При этом в самом тексте данной статьи говорится о возможности поставить под условие исполнение обязанностей, а также осуществление, изменение и прекращение договорных прав, но возможность поставить под условие возникновение договорных прав и обязанностей не упоминается. Тем не менее норма ст. 327¹ ГК РФ должна толковаться как охватывающая и возможность поставить под условие само возникновение отдельного договорного обязательства или тех или иных прав, в том числе секундарных (право на отказ от договора, его изменение и т.п.). Никаких серьезных политико-правовых оснований допускать возможность обусловить исполнение обязательства или осуществление прав по договору и при этом не допускать возможность обусловить само возникновение обязательства или некоего права не наблюдается. Статья 157 ГК РФ в полной мере предусматривает возможность поставить под условие и возникновение прав и обязанностей.

В договорной практике установление отдельных условных прав и обязанностей в рамках договора достаточно распространено. Под условие наступления тех или иных обстоятельств может быть поставлено изменение цены, выплата определенного дополнительного вознаграждения, предоставление скидки, выполнение дополнительных работ, право на отказ от договора или его изменение, право на безакцептное списание, право на акцепт в опционе на заключение договора и т.п.

(б) Принципиальное отличие условия от срока состоит в том, что в случае с условием соответствующий правовой эффект договора ставится в зависимость от обстоятельства, наступление которого не гарантировано, в то время как в случае установления в договоре срока речь идет об обстоятельстве, наступление которого неизбежно произойдет. Это отличие четко отражено в нормах ст. 157 и 190 ГК РФ. Поэтому, в частности, наступление календарной даты, истечение определенного периода времени с момента заключения договора или смерть конкретного человека — это варианты установления срока, в то время как проведение реорганизации, погашение долгов перед третьими лицами, налоговые правонарушения — это все условия.

При этом ничто не мешает сторонам договора согласовать в договоре срок, оложенный условием (например, 30 дней с момента получения акта экспертизы или введения здания в эксплуатацию). На такую возможность прямо указывает новая редакция п. 2 ст. 314 ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 г. (см. комментарий к данной статье).

(в) Условие может быть отлагательным (наступление условия порождает права и обязанности) и отменительным (наступление условия прекращает права и обязанности). Условие может также влечь изменение содержания установленных ранее прав и обязанностей.

Условие может быть позитивным (условием является нечто, что должно произойти) или негативным (условием является ненаступление какого-то обстоятельства).

Условие может быть простым (условием является некое одно обстоятельство), сложносоставным (условием является последовательное наступление нескольких обстоятельств) или альтернативным (условием является наступление одного из нескольких указанных обстоятельств).

Условием может быть как правомерное поведение стороны договора или третьих лиц, так и их неправомерное поведение. Так, например, в договорах нередко

указывается на то, что один из контрагентов получает право на отказ от договора при условии нарушения российским партнером налогового, миграционного или трудового законодательства, техники безопасности на производстве и т.п. Другой пример: при согласовании сторонами непоименованных способов обеспечения возникновения у кредитора тех или иных обеспечительных прав ставится под условие нарушения договора со стороны должника. Единственное ограничение, которое здесь необходимо признать, — это запрет на включение в договор условия, наступление которого будет порождать правовой эффект, выгодный правонарушителю. Условие не должно поощрять правонарушение. Этот вывод вытекает из п. 4 ст. 1 ГК РФ (никто не вправе извлекать выгоду из своего неправомерного поведения).

(г) Условие может быть как включено в договор по воле сторон, так и предписано законом в качестве элемента правового режима соответствующей договорной конструкции (например, нарушение договора как условие возникновения обязательства по уплате неустойки). В последнем случае говорят об условии права (*conditio juris*). В таких ситуациях соответствующее правоотношение оказывается, по своей сути, условным, и единственной особенностью является то, что само условие встроено в соответствующую правовую конструкцию в силу указания в законе, а не по произвольному усмотрению сторон. Воля сторон проявляется лишь в том, что они соглашаются на использование самой правовой конструкции. Изъятие данного условия по воле сторон приводит к тому, что данная конструкция разрушается. 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. В динамическом плане многие конструкции, изобретенные оборотом и использующие элемент условности (например, обязательство по уплате неустойки на случай нарушения), до их позитивно-правового регулирования рассматривались как содержащие обычные обязательства, поставленные под отлагательное или отменительное условия, а с момента появления регулирования таких условных конструкций в законе речь уже идет о поименованной конструкции, содержащей условие права.

(д) Условие может быть случайным (т.е. зависеть от внешних обстоятельств, включая действия третьих лиц, решения государственных органов и т.п.), потестативным (т.е. зависящим от воли и поведения одной из сторон договора) или смешанным (т.е. зависящим как от действий одной из сторон договора, так и от внешних обстоятельств, таких как, например, получение кредита, публичное размещение акций и т.п.).

Особенность ст. 327¹ ГК РФ состоит в том, что в силу прямого в ней указания допускается установление в договоре потестативного условия. В судебной практике нижестоящих судов ранее встречались решения судов, которые ставили под сомнение допустимость условий, чье наступление 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 — см., например, п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 (прямо признан допустимым ряд потестативных и смешанных условий в договоре поручительства); Постановление Президиума

ВАС РФ от 13 ноября 2012 г. № 7454/12 (отменено 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. 327¹ ГК РФ вопрос окончательно решен в пользу допустимости потестативных условий. Из этого положения неизбежно вытекает вывод о том, что допускаются и смешанные условия.

В п. 52 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 допустимость потестативных и смешанных условий прямо признана: «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)».

Потестативное или смешанное условие, обуславливающее возникновение или исполнение отдельного обязательства, может зависеть как от кредитора (например, начисление неустойки при условии предъявления кредитором требования о ее уплате, оплата долга при условии получения счета на его оплату и т.п.), так и от должника (например, доплата к уплаченной цене в случае последующего отчуждения приобретенного актива, выполнение подрядчиком дополнительных работ за свой счет в случае выявления необходимости в осуществлении таких работ, не учтенных в подготовленной подрядчиком проектной документации, и т.п.).

При этом нужно иметь в виду, что признание возможности поставить отдельное обязательство под отлагательное потестативное или смешанное условие не означает допустимость ситуации, когда обуславливается возникновение или исполнение отдельного обязательства и при этом условием является ничем не ограниченное волеизъявление должника по такому обязательству («заплатчу, если захочу»). В такого рода случаях («чисто потестативное условие на стороне должника») следует исходить из того, что никакого действительного обязательства в договоре вовсе нет, так как обязаться сделать что-то при условии наличия желания должника невозможно. Впрочем, такие конструкции в коммерческом обороте не встречаются.

(е) Включение в договор отлагательного условия порождает риск «вечной подвешенности», т.е. ситуации, когда условие может наступить через много лет после заключения договора, что может оказаться полным сюрпризом для сторон. Разумные контрагенты решают эту проблему, включая в договор механизм разрешения неопределенности по прошествии определенного срока (например, оговаривают, что условие должно наступить не позднее такого-то срока). Если стороны не позаботились об этом, право должно вмешаться и, восполнив пробел в договоре, исключить вечную неопределенность. Механизм этого вмешательства может быть разным и зависеть от типа условия и характера условного правового эффекта. Так, например, если под отлагательное условие поставлено вступление в силу всего договора в целом, логичным является выведение из толкования ст. 157 и 327¹ ГК РФ такого диспозитивного правила: по прошествии разумного срока условная правовая связь отпадает и поставленный под условие договор прекращается.

(ж) Отдельная проблема возникает в случаях, когда в двусторонних синаллагматических договорах под условие ставится все встречное предоставление (или основная его часть) за уже полученное ранее исполнение.

Если это условие зависит от кредитора (например, от исполнения кредитором по такому обязательству неких встречных обязательств или совершения иных действий), особых проблем не наблюдается. Наступление условия для осуществления встречного исполнения находится в руках у кредитора, и, если он не обеспечивает наступление условия, ему в этом следует винить только себя. Так, например, в Определении КЭС ВС РФ от 25 августа 2016 г. № 301-ЭС16-4469 было признано законным положение договора о том, что оплата выполненных работ осуществляется при условии, что подрядчик предоставит заказчику банковскую гарантию в обеспечение гарантий качества выполненных работ.

Но если такое условие зависит исключительно от должника (например, проведение реорганизации), от взаимодействия должника с третьими лицами (например, получение генподрядчиком финансирования от заказчика в качестве условия оплаты работ субподрядчика, перепродажа купленного товара и т.п.) или неких внешних обстоятельств (например, сохранение финансирования проекта из государственного бюджета), ситуация оказывается более сложной. Когда такое условие не зависит от кредитора, возникает возможность того, что условие никогда не наступит по не зависящим от кредитора причинам или вовсе по причине бездействия самого должника, и в результате встречное исполнение в обмен на уже предоставленное кредитором никогда не сможет истребовать.

Если стороны договора согласовали срок, в течение которого наступление такого условия может ожидаться, и договорились, что встречное исполнение в обмен на уже полученное исполнение должно быть произведено в любом случае по прошествии такого срока, нет оснований для ограничения свободы договора. 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.

Но как быть, если стороны в договоре не согласовали срок, по прошествии которого либо встречное исполнение должно быть безусловно произведено, либо полученное должно быть возвращено?

Решение, видимо, следует дифференцировать в зависимости от того, имеется ли в договоре прямое указание на то, что по истечении определенного срока встречное обязательство вовсе прекращается, а полученное остается у стороны безвозмездно (в качестве дара или на ином основании).

Если такого условия нет, то имеет место пробел в договоре. В такой ситуации происходит своего рода теоретически бесконечное «мерцание» каузы договора (то ли синаллагматический договор, то ли безвозмездное предоставление), а это означает вечную «подвешенность» и неопределенность, в которой оказывается кредитор. Вряд ли разумно исходить из того, что стороны могли эту странную конструкцию реально иметь в виду. Соответственно, суд должен путем толкования договора или посредством применения принципов разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ) реконструировать наиболее вероятную волю сторон.

Как решают эту проблему высшие суды? В судебной практике имеется целый ряд постановлений Президиума ВАС РФ, в которых Суд признавал невозмож-

ным поставить под условие встречное обязательство (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, выполнившему определенный этап строительства по заданию генподрядчика. Иначе говоря, абсолютной ясности в этом вопросе пока нет.

В принципе, логичным решением этой проблемы условности всего (или бóльшей части) встречного обязательства 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, встречное исполнение должно быть произведено и наступает просрочка. Это решение не требует признания условий договора недействительными, а просто дополняет договор подразумеваемым положением о разрешении неопределенности по истечении того или иного срока. 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 безвозмездности и вечной «подвешенности», и при этом такое условие не наступает в течение разумного срока, субподрядчик получает право потребовать от генподрядчика оплаты. Если в договоре участия в долевом строительстве обязательство застройщика передать квартиру инвестору поставлено под условие окончания строительства, и строительство не окончено к указанному в договоре сроку, следует констатировать просрочку застройщика и допускать применение к нему мер ответственности (Определение КЭС ВС РФ от 3 октября 2016 г. № 305-ЭС16-6006(4)). Думается, что такое толкование в большинстве случаев будет верно определять истинную волю сторон.

В то же время, когда из текста договора следует однозначное согласие исполнившей стороны на неполучение встречного предоставления при ненаступлении соответствующего условия в течение определенного срока, следует исходить из того, что «мерцание» каузы прекращается, правовая определенность наступает и отношения сторон трансформируются в безвозмездное предоставление, и с этого момента более уже нельзя говорить о том, что договор остается sinalлагматическим. Должно ли право признавать такие условия договора о трансформации и «переключении» каузы договора?

В силу принципа свободы договора такие условия, если они выражены однозначно и недвусмысленно, не оставляя сомнений в воле сторон, должны, по общему правилу, признаваться. В частности, нет оснований для ограничений тогда, 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 и договору с «мерцающей каузой», предполагающему последующую трансформацию отношений сторон в дарение. Например, 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 погашенным.

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 ненаступлении условия следует признавать ничтожным, а встречное исполнение — истребовать, если выявлено намерение одарить (*animus donandi*). Например, если в договоре купли-продажи акций между двумя коммерсантами установлено, что оплата за полученные акции производится, только если покупатель получит от банка кредит, при неполучении кредита обязанность по оплате отпадает, а акции остаются 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 если воля одарить отсутствует, и речь идет о способе перераспределения риска, такая трансформация должна, видимо, признаваться.

Так, например, условием, ненаступление которого в течение определенного срока прекращает встречное обязательство, может быть достижение по итогам осуществленного исполнения некоего результата, зависящего от исполнившей стороны лишь частично. Если при этом из-за недостижения такого результата ценность полученного исполнения исчезает, воля одарить отсутствует, и соответственно, такая конструкция может быть признана и в рамках сугубо коммерческих отношений. Например, в договоре владельца прав на некий участок недр и компанией, специализирующейся на геологоразведке, установлено, что оплата работ и услуг по геологоразведке производится только в случае, если в ходе исполнения договора будет обнаружено месторождение. В такой ситуации если последнее не будет обнаружено, говорить о трансформации отношений сторон в дарение сложно. Соответственно, нет оснований взыскивать с заказчика оплату выполненных работ (услуг), так как стороны своей волей определили риск отсутствия результата.

Другой пример: 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 юристом правового заключения должник погасит по тем или иным причинам, не связанным с усилиями юриста, долг добровольно и потребность в судебном разбирательстве отпадет. Здесь опять же нельзя говорить о трансформации отношений в дарение, а следовательно, такое условие договора должно признаваться законным. 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.

Или можно несколько модернизировать вышеуказанный пример с продажей акций. Допустим, что в таком договоре предусмотрено, что обязанность покупателя по оплате акций отпадает в случае, если компания, акции которой покупатель приобрел, ликвидируется в течение незначительного срока после покупки акций не по инициативе покупателя. В такой ситуации нельзя говорить, что наступление такого отменительного условия трансформирует отношения сторон в дарение. Скорее, это способ перераспределения риска, признаваемый в силу общего принципа свободы договора.

(з) В российском праве доминирует воззрение, что при наличии отлагательно или отменительно обусловленного права наступление такого условия не имеет ретро-

спективного эффекта, а действует строго на будущее. Иначе говоря, наступление отлагательного условия приводит к возникновению права с момента наступления такого условия, а наступление отменительного условия прекращает соответствующее право также строго на будущее. Если от наступления условия зависит изменение прав и обязанностей, то срабатывание условного эффекта означает изменение правоотношений строго на будущее. Такой подход, взятый, как минимум, за общее правило, представляется вполне разумным.

Впрочем, следует признать, что по данному вопросу существует и иная точка зрения, отстаивающая ретроспективность наступления условия. В рамках такой теории наступление отлагательного условия приводит к тому, что соответствующее обусловленное обязательственное право считается возникшим с момента заключения договора, а наступление отменительного условия приводит к тому, что соответствующее обусловленное обязательство считается как бы не существовавшим с самого начала.

(и) Очень сложный вопрос возникает в отношении правовой природы состояния отношений сторон до наступления отлагательного условия, обуславливающего то или иное обязательство. Очевидно, что стороны связаны некоторой правовой связью, так как принуждены претерпевать правовой эффект наступления условия, если и когда такое условие наступит, и не могут по общему правилу освободиться от этой связи. Это в равной степени относится как к случаю, когда под условие поставлен весь договор в целом, так и к случаям, когда под условие поставлено отдельное обязательство. Но возникает вопрос: можно ли говорить, 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)? Или в строгом соответствии с буквой ст. 157 ГК РФ при постановке под отлагательное условие того или иного обязательственного права последнее лишь возникает в момент наступления условия, а до этого имеет место какое-то особенное правовое состояние ожидания наступления условия? Меняются ли ответы на эти вопросы в случае, когда под отлагательное условие ставится не возникновение прав и обязанностей, а исполнение обязательств?

Эта проблема в российском праве плохо изучена. Очевидно, что квалификация обязательства, поставленного под отлагательное условие, до наступления такого условия как хотя и незрелого, но обязательства открывает возможность применения к такому обязательству на данной стадии своего существования общих правил об обязательствах. Например, такое обязательство может быть новировано, прекращено предоставлением отступного или прощением долга и т.п. 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 (например, норма ст. 315 ГК РФ о праве должника исполнить свое обязательство досрочно). 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 пра-

вового состояния ожидания наступления условия страдает обратным недостатком: здесь в силу отсутствия какого-либо регулирования правоотношения ожидания наступления отлагательного условия возникает полный правовой вакуум, и восполнять его придется путем применения многих общих норм обязательственного права по аналогии закона.

Особую остроту эта проблема приобретает в контексте правил об уступке. Согласно общим правилам о цессии при уступке существующего права последнее по общему правилу перейдет к цессионарию в момент совершения соответствующей сделки цессии. При уступке же будущего права, т.е. права, еще не возникшего на момент совершения сделки, в силу п. 2 ст. 388¹ ГК РФ право перейдет не ранее, чем оно возникнет у cedента. Соответственно, от решения вопроса, является ли отлагательно обусловленное право уже возникшим (хотя и не созревшим), либо еще не возникшим, зависит момент перехода права к цессионарию. Последнее имеет колоссальное значение для целого ряда правовых вопросов. В первую очередь это вопросы о последствиях банкротства cedента после совершения сделки цессии, но до наступления соответствующего условия (в частности, вопрос, входит ли такое право в конкурсную массу cedента; подробнее см. комментарий к ст. 388¹ ГК РФ).

Возникает эта проблема и применительно к залогоу. Статья 339 ГК РФ допускает залог для целей обеспечения будущих обязательств, а п. 3 ст. 341 ГК РФ говорит о том, что сам залог в целом (за рядом указанных в данной норме правовых эффектов залога) возникнет в момент возникновения обеспечиваемого обязательства. Пункт 2 ст. 358¹ ГК РФ допускает передачу в залог будущих обязательственных прав, а п. 1 ст. 358⁵ ГК РФ указывает на то, что в этом случае сам залог возникнет только тогда, когда возникнет соответствующее обязательственное право, являющееся предметом залога. Неопределенность в вопросе о будущем или существующем характере отлагательно обусловленного обязательственного права в контексте этих норм также порождает существенную неопределенность. Подробнее см. комментарий к указанным нормам ГК РФ о залоге.

(к) Возникает интересный вопрос о соотношении конструкции отлагательно обусловленного обязательства и конструкции обязательства, исполнение которого обусловлено осуществлением встречного исполнения другой стороной. В реальной договорной практике большинство синаллагматических договоров предусматривает, что одна из сторон исполняет свое обязательство в течение определенного срока после и при условии исполнения встречного обязательства другой стороной. Допустимость такой конструкции не вызывает никаких сомнений и с 1 июня 2015 г. прямо признана в ст. 314 ГК РФ, но встает вопрос о том, можно ли считать, что последующее исполнение, в силу закона или положений договора обусловленное получением предшествующим исполнением по синаллагматическому договору, является условным.

Данный вопрос однозначно в российском праве пока не разрешен. Есть определенные основания считать, что в подобной ситуации логично говорить об условном обязательстве. Такое объяснение позволяет вписать подобную типичную для договорной работы конструкцию в классическую дихотомию условия и срока. Поставка товара не может рассматриваться в качестве способа установить срок для оплаты при отсрочке платежа, так как такой способ установления срока противоречит

ст. 190 ГК РФ, требующей, чтобы срок был привязан к обстоятельству, которое неизбежно должно наступить, в то время как в отношении поставки товара такой предопределенности нет. Соответственно, логично допустить, что в такой ситуации поставка товара является отлагательным условием, наступление которого запускает срок в виде некоего периода времени на оплату. В то же время необходимо признать, что такая интерпретация не является общепризнанной. Многие юристы не согласны видеть в поставке товара в описанном выше примере отлагательное условие и склоняются к тому, что в подобных ситуациях имеет место какой-то особый способ привязки исполнения встречного обязательства, характерный для синаллагматических договоров и не укладывающийся в традиционные рамки понятий условия и срока.

Практическое значение этой проблемы не столь существенно, если право склонится к выводу о том, что до наступления отлагательного условия условное обязательство существует и лишь созревает при наступлении условия. Если же российское право будет придерживаться идеи, что условное обязательство до наступления условия не существует и лишь возникает в момент наступления условия, применение этого вывода в контексте синаллагматических договоров приведет к тому, что в случае квалификации предшествующего исполнения, обуславливающего начало течения срока для последующего исполнения, в качестве отлагательного условия, встречное обязательство другой стороны до осуществления предшествующего исполнения просто не существует. Это может влечь важные практические последствия, например, в отношении уступки, так как в такой ситуации уступка права на получение постоплаты по договору поставки, совершенная до момента поставки товара, будет квалифицироваться как уступка будущего права и согласно п. 2 ст. 388¹ ГК РФ будет влечь переход права не ранее, чем поставка будет осуществлена. Если же считать, что взаимные обязательства сторон синаллагматического договора возникают в момент заключения договора и осуществление предшествующего исполнения, обуславливающего осуществление встречного предоставления, не является полноценным отлагательным условием, открывается возможность обосновать вывод о том, что в описанном примере с поставкой переход права на получение постоплаты произойдет в момент совершения сделки уступки, а не в момент поставки товара. Заметим, что вопрос о моменте перехода права имеет важное значение, в частности, при открытии против цедента или цессионария дела о банкротстве, так как от ответа на него часто зависит решение вопроса, в чьей конкурсной массе оказывается соответствующее право (см. также комментарий к ст. 388¹ ГК РФ).

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. Пункт 1 ст. 328 ГК РФ дает определение встречного исполнения обязательств — понятия, оказывающегося центральным для некоторых из норм, закрепленных в комментируемой статье.

На самом деле для некоторых указанных в п. 2, 3 ст. 328 ГК РФ средств защиты вопрос о наличии встречного исполнения вовсе не имеет никакого значения: например, отказ от своего встречного исполнения при нарушении обязательств другой стороной или возникновении обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое нарушение произойдет в будущем. Как будет показано в комментарии к п. 2 ст. 328 ГК РФ, право на отказ от своего встречного исполнения может быть реализовано, пожалуй, только в контексте договорных обязательств и является по сути отказом от договора. Отказ же от договора увязан с существенностью нарушения, а не с наличием какой-либо особой взаимосвязи между нарушенным обязательством и обязательствами кредитора. Более того, помещение норм об отказе от договора в п. 2 ст. 328 ГК РФ вместе с нормами о приостановлении исполнения и привязка обоих институтов к понятию встречности исполнения являются большой ошибкой законодателя, который попытался в двух-трех предложениях в рамках одной статьи урегулировать целый веер разных мало связанных между собой институтов.

В то же время для такого института, как приостановление исполнения, вопрос о наличии встречности, т.е. достаточной для применения этого института связи между неисполненным одной из сторон и приостанавливаемым другой стороной обязательствами, крайне актуален.

1.1. 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 перед должником. Иначе говоря, речь идет о лежащих на сторонах договора двух встречных обязательствах, находящихся в определенной связи, которая позволяет говорить об их взаимной обусловленности. Это означает, что положения ст. 328 ГК РФ применимы отнюдь не ко всем взаимным обязательствам, а только к тем из них, которые взаимно обусловлены. В этом проявляется отличие понятия встречности в контексте данной статьи и того же понятия в контексте норм о зачете: для целей зачета однородные требования считаются встречными потому, что они связывают стороны между собой (какой-то взаимосвязи между двумя встречными прекращаемыми обязательствами не требуется); для целей же применения ст. 328 ГК РФ понятие встречности носит более узкий характер и требует нахождения элемента взаимной обусловленности.

1.2. Когда же можно говорить о взаимной обусловленности обязательств сторон договора? Прежде всего такая ситуация возникает тогда, когда два обязательства вытекают из одного договорного правоотношения. Но из этого не следует делать вывод, что любые взаимные обязательства сторон договора взаимно обусловлены. Такая взаимная обусловленность возникает прежде всего тогда, когда речь идет об основных обязательствах двух сторон по осуществлению встречных предоставлений в рамках синаллагматических договоров, опосредующих взаимный обмен экономическими благами.

Суды не всегда следовали идее о том, что ст. 328 ГК РФ применима к обоим взаимным обязательствам, вытекающим из синаллагматического договора, в силу самой природы такого договора обменного типа. Так в 90-е г. XX в. встречались решения судов, которые не признавали встречность исполнений и применимость ст. 328 ГК РФ даже в тех случаях, когда 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 обязательств (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 16 декабря 1997 г. № 4897/97). Также иногда встречалось и такое толкование п. 1 ст. 328 ГК РФ, из которого вытекает, что встречным исполнением является исполнение договора той стороной, которая должна осуществить исполнение второй по очереди строго при условии и после получения исполнения от контрагента. Такая интерпретация также в корне неверна. Из нее формально следовал странный вывод о том, что положения п. 2 ст. 328 ГК РФ о приостановлении исполнения не может применить поставщик, для которого наступает срок поставки очередной партии, если при этом покупатель не оплатил предыдущую ранее отгруженную партию. Ведь в последнем случае срок поставки последующей партии напрямую не привязан к оплате покупателем предыдущей.

Оба этих неверных подхода 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». Некоторые ученые и суды считали, что фраза «в соответствии с договором» означает, что встречность, т.е. взаимная обусловленность, должна быть прямо зафиксирована в контракте.

Эти подходы нелогичны. На самом деле в двусторонних синаллагматических договорах исполнение каждой из сторон своего основного обязательства обусловлено исполнением договора контрагентом. Предоплата уплачивается с условием, что в обмен последует поставка, а товар с условием об отсрочке платежа поставляется с условием, что в обмен другой стороной будет осуществлена оплата. В равной степени являются встречными оба основных взаимных обязательства сторон договора аренды (предоставление вещи во владение и пользование и внесение арендных платежей). На то, что в двусторонних синаллагматических договорах оба взаимных исполнения являются встречными, справедливо в последнее время указывается в судебной практике (п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66, а также постановления Президиума ВАС РФ от 9 апреля 2013 г. № 13689/12, от 25 декабря 2012 г. № 9924/11). Этот же подход прямо закреплен и в п. 4 ст. III.-1:102 Модельных правил европейского частного права, согласно которому обязательство является встречным по отношению к другому

обязательству, если среди прочего «обязанность должна быть исполнена в обмен на исполнение другой обязанности».

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.

Иначе говоря, если взаимные обязательства находятся в прямой синаллагматической связи, т.е. обуславливают встречный обмен основными имущественными предоставлениями, входящими в предмет договора (например, обязанность по оплате и встречная обязанность по поставке), искомая взаимная обусловленность налицо по определению. Положения ст. 328 ГК РФ о приостановлении исполнения применимы прежде всего именно к таким взаимным обязательствам. Взаимная обусловленность здесь вытекает из самой природы синаллагматических договоров, из существа отношений.

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».

1.3. Но как обстоят дела с многочисленными дополнительными договорными обязанностями, которые хотя и не находятся в непосредственной синаллагматической связи и не опосредуют обмен основными встречными предоставлениями в рамках синаллагматического договора, но сопровождают такие основные обязательства (например, информировать, представить отчет, осуществлять гарантийный ремонт, уплатить неустойку в случае нарушения и т.п.)? Можно ли и в таких случаях говорить о встречном исполнении? Например, встает вопрос, является ли встречным исполнение обязательства поставщика по ремонту ранее отгруженной продукции по отношению к обязательству покупателя по оплате новой партии? 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 ранее поставленной партии товара по отношению к обязательству поставщика отгрузить следующую партию в рамках графика поставки?

Как будет далее показано, положения п. 2 ст. 328 ГК РФ о приостановлении встречного исполнения могут применяться и в таких случаях, когда обязательства не находятся в прямой синаллагматической связи, но только если взаимная обусловленность таких обязательств между собой 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 предопределяется фактической экономической 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 предопределена природой

договора и не следует из непосредственной синаллагматической, обменной связи предоставлений, а зависит от контекста и политико-правовых соображений.

Тот же подход прямо закреплен и в п. 4 ст. III.-1:102 Модельных правил европейского частного права, согласно которому обязательство является встречным по отношению к другому обязательству не только в случае, когда исполнение одного обязательства осуществляется 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».

При этом взаимная обусловленность обязательств сторон по отношению друг к другу по этому второму типу может проистекать не только из синаллагматического, но и из иных договоров, в рамках которых изначально возникают или при определенных условиях могут возникнуть взаимные обязательства контрагентов (например, договоры ссуды, простого товарищества, акционерные соглашения и т.п.).

1.4. Могут ли обязательства сторон быть взаимно обусловлены (т.е. носить встречный характер) за рамками сугубо договорных отношений? Конечно же отказ от своего встречного исполнения, означая не что иное, как отказ от договора, видимо, не может быть мыслим за рамками договорных обязательств. Но вот приостановление исполнения действительно может обсуждаться в контексте обязательств внедоговорных. Представляется, что теоретически приостановление исполнения может быть востребовано, в частности, при расторжении договора и возникновении взаимных обязательств по возврату полученного (например, уплаченной цены и полученного товара), в силу ст. 453 ГК РФ исполняемых по правилам о неосновательном обогащении. Нормы ст. 328 ГК РФ о праве приостановить исполнение до момента исполнения встречного обязательства могут, видимо, также применяться и к двусторонней реституции по недействительному договору.

В то же время в российском праве эти аспекты применения ст. 328 ГК РФ практически не разработаны.

В частности, не вполне понятно, как может применяться право приостановить исполнение при двусторонней реституции, если такую реституцию обычно присуждает суд, выдавая два исполнительных листа, реализация которых осуществляется чаще всего разными подразделениями ФССП России. Вероятно, без внесения каких-либо изменений в процессуальное законодательство реализовать механизм приостановления исполнения, заложенный в п. 2 ст. 328 ГК РФ, в контексте двусторонней реституции невозможно. Также нет ясности и в вопросе о специфике применения права приостановить исполнение в отношении случая с двусторонним возвратом полученного при расторжении договора. Дело в том, что чаще всего такое расторжение является следствием нарушения договора одной из сторон. В подобных ситуациях, вероятнее всего, бремя осуществления «первого шага» должно быть возложено на нарушителя договора. Соответственно право приостановить исполнение должно принадлежать пострадавшей стороне, но не нарушителю.

В дальнейшем мы в рамках настоящего комментария сконцентрируемся на встречных договорных обязательствах.

2. Пункт 2 ст. 328 ГК РФ признает два способа защиты, применение которых возможно в случае неосуществления оговоренного в договоре исполнения. Первый

из них — это право на отказ от осуществления своего встречного исполнения. Второй — право приостановить свое встречное исполнение.

2.1. Положение п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве на отказ от осуществления встречного исполнения означает не что иное, как указание на право на отказ от договора. 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 п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, и более ранняя практика Президиума ВАС РФ (Постановление 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. Соответственно если одна из сторон двустороннего синаллагматического договора не осуществила согласованное исполнение и это нарушение является существенным, другая сторона вправе отказаться от договора в одностороннем порядке (подробнее см. комментарии к ст. 450–450¹ ГК РФ).

Условием для реализации таких правомочий, 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 просрочки, но и при осуществлении ненадлежащего исполнения.

При этом из применения п. 3 ст. 1 и ст. 10, а также из п. 2 ст. 450 ГК РФ вытекает, что в случае ненадлежащего исполнения дефект, допущенный должником при осуществлении исполнения, должен быть достаточно существенным, чтобы оправдать отказ от договора. Это следует из того, что существенность нарушения является универсальным ограничителем права на расторжение договора, в то время как право на отказ от своего встречного исполнения, как будет показано ниже, является не чем иным, как правом на отказ от договора, т.е. влечет его расторжение во внесудебном порядке (о существенном нарушении см. комментарий к п. 2 ст. 450 ГК РФ).

2.2. То же требование существенности дефекта при ненадлежащем исполнении применимо и к такому упомянутому в п. 2 ст. 328 ГК РФ средству защиты, как приостановление исполнения. Так, в одном из судебных решений ВАС РФ признал обоснованным приостановление внесения арендной платы при передаче арендатору помещения, непригодного для использования по назначению (Постановление Президиума ВАС РФ от 2 марта 1999 г. № 6435/98). Критерий существенности может быть выведен из аналогии закона или принципов разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ). При этом для обоснования права на отказ от встречного исполнения дефект должен быть более существенным, чем для обоснования права на приостановление встречного исполнения. Это связано с тем, что отказ от встречного исполнения (отказ от договора) является более радикальным и жестким вариантом защиты прав контрагента. Такое гибкое решение диктуется принципом соразмерности применения гражданско-правовых санкций: чем жестче санкция, тем более серьезным должно быть нарушение, чтобы оправдать применение такой санкции.

2.3. 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 меж-

дународной унификации договорного права (см. ст. 7.1.3 Принципов УНИДРУА, ст. III.-3:401 Модельных правил европейского частного права). Этот институт известен европейскому праву, восходя в историческом плане к институту возражения о неисполнении договора другой стороной (*exceptio non adimpleti contractus*). Если одна из сторон двустороннего синаллагматического договора не осуществляет оговоренное исполнение, другая сторона может правомерно задержать свое встречное исполнение. Таким же правом обладает пострадавший от нарушения договора кредитор, если встречность нарушенного и приостанавливаемого обязательств вытекает не из их строгой синаллагматической связи, а предопределяется существом отношений и принципами разумности, справедливости и добросовестности (см. комментариев к п. 1 настоящей статьи в отношении понимания категории встречности).

При применении этого способа защиты прав кредитора следует иметь в виду следующее.

(а) Для применения такого средства защиты, как приостановление исполнения, необходимо, чтобы имело место нарушение обязательства, которое теоретически может быть устранено в будущем. Дело в том, что приостановление исполнения имеет целью простимулировать должника исполнить договор. Если отказ от договора прекращает договорную связь, приостановление откладывает встречное исполнение до момента устранения допущенного нарушения. Соответственно если нарушение договора носит неустранимый характер (например, разглашение конфиденциальной информации в нарушение соответствующего обязательства по неразглашению), вопрос о приостановлении исполнения вставать не будет.

(б) Приостановление исполнения по сути означает одностороннее изменение срока исполнения обязательства, легализованное комментируемой нормой. Сторона, приостановившая исполнение, не будет считаться нарушителем договора и нести какую-либо ответственность за просрочку. Более того, на период легитимного приостановления исполнения эта сторона не может быть принуждена по суду к исполнению своего обязательства в натуре.

(в) 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). Если, как это часто бывает, в договоре установлено, что одна сторона исполняет свое встречное обязательство в течение определенного срока после осуществления исполнения другой стороной (что прямо допускается нормой п. 1 ст. 314 ГК РФ), в приостановлении исполнения как некоем способе защиты договорных прав нет никакой нужды. В таком случае встречное исполнение не должно осуществляться в силу ненаступления срока. Соответствующее обязательство, опосредующее последующее исполнение, здесь просто не будет считаться созревшим. Смещение срока исполнения в таком случае происходит автоматически, не в порядке изменения договора, а в строгом соответствии с алгоритмом, закрепленным в договоре. В тех же случаях, когда осуществление последующего исполнения при условии осуществления контрагентом предшествующего исполнения в договоре или законе прямо не предписана и сроки исполнения встречных обязательства друг от друга не зависят, и оказывается востребовано право приостановить встречное исполнение, упомянутое в п. 2 ст. 328 ГК РФ.

В то же время следует отметить, что суды не всегда видят это различие между действием правила п. 1 ст. 314 ГК РФ о привязке срока последующего исполнения к моменту осуществления предшествующего исполнения, с одной стороны, и правила п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве приостановить встречное исполнение, с другой. Так, например, в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 указано следующее: «По смыслу пункта 1 статьи 314 ГК РФ, статьи 327¹ 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)». Как мы видим, Суд исходит из того, что в случаях, когда условием, к которому привязан срок исполнения обязательства, является исполнение кредитором кредиторской обязанности, речь идет о просрочке кредитора. Там же, где имеет место прямая привязка срока исполнения обязательства к моменту исполнения того или иного полноценного встречного обязательства кредитора, Суд отсылает к ст. 328 ГК РФ. Последнее нелогично, так как в случае прямой привязки срока встречного исполнения к моменту осуществления предшествующего исполнения по правилам п. 1 ст. 314 ГК РФ апеллировать к праву приостановления исполнения по ст. 328 ГК РФ нет необходимости.

(г) Приостановление исполнения всегда возможно в тех случаях, когда срок исполнения встречного обязательства не привязан к моменту осуществления предшествующего исполнения, но нарушенное и встречное обязательство находятся в прямой синаллагматической связи, т.е. опосредуют встречный обмен основными имущественными предоставлениями, входящими в предмет договора. Так, например, если арендодатель блокирует арендатору доступ в арендованное помещение, нарушая тем самым свое основное обязательство по обеспечению возможности владеть и пользоваться арендуемым помещением, арендатор вправе приостановить внесение арендных платежей на весь срок, в течение которого у него не было возможности реализовать свои договорные права (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 апреля 2013 г. № 13689/12). Другой пример: если покупатель уклонился от исполнения своего обязательства по открытию аккредитива для осуществления расчетов по договору, продавец вправе приостановить передачу вещи (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2012 г. № 9924/11).

(д) В случае неосуществления контрагентом своего исполнения в назначенный срок другая сторона, у которой наступает срок исполнения ее встречного обязательства, находящегося в синаллагматической связи с нарушенным обязательством, вправе отсрочить (приостановить) свое встречное исполнение на то количество дней, на которое просрочил свое исполнение контрагент. 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. Так, если в описанном примере возможность поставщика отгрузить товар к 1 марта никак не подрывалась в связи с 15-дневной просрочкой во внесении предоплаты, допущенной покупателем, и при этом поставщику очевидно, что для покупателя поставка строго к определенной дате имеет принципиальное значение (например, закупка стендов к выставке), смещение сроков поставки строго на те самые 15 дней может с учетом конкретных обстоятельств быть признано злоупотреблением правом.

(е) Если просроченным исполнением и подлежащим приостановлению встречным исполнением являются исполнения, не находящиеся в прямой синаллагматической связи, приостановление исполнения, как уже отмечалось, возможно, только если это соответствует принципам разумности, соразмерности и добросовестности; в данном случае взаимная обусловленность двух обязательств сторон носит не формальный характер, а вытекает из существа договорных отношений.

Так, например, внесение арендатором арендных платежей не находится в прямой синаллагматической связи с обязательством арендодателя обеспечить арендуемое помещение электроэнергией. Поэтому если арендатор задержал внесение арендной платы, право арендодателя приостановить подачу электроэнергии в арендуемое помещение следует оценить с точки зрения принципов добросовестности, разумности и соразмерности. Судебная практика нередко относится к таким случаям приостановления исполнения негативно (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 апреля 2000 г. № 7349/99). В равной степени сомнительно право поставщика приостановить поставку товара в случае невнесения покупателем согласованной в договоре неустойки, начисленной за просрочку в оплате ранее поставленной по договору продукции.

В то же время право покупателя приостановить внесение промежуточных платежей в рамках графика рассрочки платежа в ответ на уклонение продавца от осуществления гарантийного ремонта поставленной ранее продукции представляется соответствующим принципам разумности, соразмерности и добросовестности. Также следует признать разумным, соразмерным и добросовестным приостановление исполнения стороной одного из своих обязательств по очередному этапу в случае просрочки другой стороны в оплате предшествующего этапа взаимодействия (например, при поставке товара партиями). 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).

При этом в описанных выше случаях, когда приостанавливается встречное исполнение обязательства, не находящегося в прямой синаллагматической связи с нарушенным другой стороной обязательством, следует иметь в виду, что право на приостановление 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. Кроме того, в тот момент, когда

просроченное исполнение все-таки будет осуществлено, возникшее ранее право приостановить исполнение отпадает, и контрагент обязан немедленно осуществить исполнение. Так, например, если поставщик после некоторой задержки в гарантийном обслуживании поставленного оборудования все-таки устранит нарушение, право покупателя задержать оплату очередных платежей в рамках графика рассроченных платежей немедленно отпадает, и покупатель должен возобновить платежи без задержки. 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.

(ж) Право не исполнять встречное обязательство 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.

(з) Когда приостанавливается встречное исполнение, не находящееся в прямой синаллагматической связи с нарушенным обязательством, требуется предварительное направление соответствующего уведомления, так как предвидеть такую реакцию пострадавшего контрагента не всегда возможно. Например, покупатель просрочил внесение предоплаты на несколько недель. Как он узнает о том, что поставщик решил сдвинуть срок поставки на соразмерный период? А ведь это знание для покупателя необходимо, чтобы иметь представление о сроке, к которому он должен быть готов принять товар. Это требование направления уведомления 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. В случае непредъявления такого уведомления соответствующая сторона должна быть обязана возместить убытки, вызванные отсутствием у другой стороны информации о принятии решения приостановить исполнение.

Необходимость направления такого уведомления в ситуации, когда приостанавливаемое и просроченное исполнения двух сторон находятся в прямой синаллагматической связи, менее очевидна.

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), некорректно говорить о приостановлении исполнения, а следует говорить просто о ненаступлении срока. 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).

(и) 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 договорных отношений. Это особенно важно в условиях, когда нередко стороны оформляют по сути единую экономическую сделку комплексом взаимосвязанных договоров. Данное положение не предусмотрено в законе, но вытекает из принципов разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ). Тем более нет возражений против такого приостановления в случаях, когда на данную возможность прямо указывает условие того или иного договора.

(к) Право приостановить исполнение следует отличать от такого способа обеспечения обязательств, как удержание (ст. 359, 360 ГК РФ). По сути удержание и приостановление встречного исполнения являются институтами, сферы применения которых пересекаются как концентрирующиеся круги.

С одной стороны, удержание есть особая разновидность приостановления исполнения, характеризующаяся тем, что (1) производится ретентором в отношении не любого своего обязательства, а лишь обязательства передать другой стороне вещь, и при этом (2) права на вещь, от передачи которой воздерживается кредитор в рамках удержания, не должны принадлежать такому кредитору. 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 поставщик воздерживается, принадлежит поставщику. 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.

С другой стороны, окончательно признать удержание частным случаем приостановления исполнения мешает то, что согласно абз. 2 п. 1 ст. 359 ГК РФ в отношениях между предпринимателями «удержанием вещи могут обеспечиваться также требования хотя и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков, но возникшие из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели». Иначе говоря, сторона сугубо коммерческого договора может удерживать вещь, принадлежащую другой стороне, даже тогда, когда между обязательством этой стороны передать эту вещь и нарушенным денежным обязательством другой стороны нет никакой взаимной обусловленности, которая обычно требуется для приостановления исполнения по правилам ст. 328 ГК РФ. Эти взаимные обязательства могут быть вовсе никак не связаны.

Как бы мы в итоге не соотносили эти два института (рассматривая удержание как особый вид приостановления исполнения или как самостоятельный смежный институт), очевидно, что некоторые нормы из п. 2 ст. 328 ГК РФ могут применяться

и к удержанию. По сути речь идет о (1) норме п. 2 ст. 328 ГК РФ, которая дает стороне право приостанавливать исполнение даже до того, как наступил срок исполнения контрагентом своего обязательства, если имеются очевидные свидетельства в пользу того, что этот контрагент в означенный срок свое исполнение не произведет, а также о (2) 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.

(л) Интересная проблема возникает и в области соотношения положений п. 1 ст. 314, ст. 328 ГК РФ и института просрочки кредитора (ст. 406 ГК РФ). В тех случаях, когда неисполненная контрагентом обязанность сама по себе не была направлена на некое экономическое предоставление и удовлетворение того или иного интереса другой стороны, являлась лишь условием, без соблюдения которого встречное исполнение последней было технически невозможным (например, передача материалов подрядчику), речь идет именно о применении института просрочки кредитора. В такой ситуации имеет место неисполнение контрагентом своей кредиторской обязанности (т.е. обязанности совершить действия, до совершения которых другая сторона не может исполнить свое обязательство в принципе). Соответственно здесь должна применяться ст. 406 ГК РФ о просрочке кредитора. В силу п. 3 ст. 405 ГК РФ пока течет просрочка кредитора, не начинает течь просрочка должника. Иначе говоря, не стоит говорить об использовании контрагентом своего права приостановить исполнение обязательства в ответ на нарушение кредиторской обязанности другой стороны. На самом деле в подобных ситуациях просто не созревают условия для исполнения соответствующего обязательства, и просрочка не наступает в силу положений закона *ipso facto* (в силу самого факта просрочки кредитора).

Когда же, скажем, речь идет о том, что срок исполнения обязательства одной из сторон привязан договором к моменту исполнения обязательства другой стороны, которое имеет для первой некое самостоятельное экономическое значение, нельзя говорить о просрочке кредитора. Тут имеет место обычная просрочка должника, в ответ на которую автоматически смещается срок исполнения обязательства другой стороны, который по условиям договора установлен как период времени, начинающий исчисляться с момента осуществления предшествующего исполнения согласно п. 1 ст. 314 ГК РФ. Иначе говоря, другая сторона не несет ответственность просто потому, что не наступил срок исполнения ее обязательств. Если же, наконец, в договоре нет прямого указания на привязку срока исполнения обязательства одной из сторон к моменту исполнения обязательства другой стороны, но данные взаимные обязательства являются встречными, одна из сторон вправе приостановить свое исполнение, не получив исполнение от контрагента, по правилам ст. 328 ГК РФ. Так, например, если покупатель не перечисляет предоплату, а срок поставки определен в договоре не в виде привязки к моменту уплаты предоплаты, а в виде календарной даты, речь идет не о просрочке кредитора, а об обычной просрочке должника (покупателя), и соответственно тот факт, что поставщик вправе не поставлять товар в ответ на такую просрочку и не нести за это ответственность, вытекает не из положений ст. 406 и п. 3 ст. 405 ГК РФ, а из норм ст. 328 ГК РФ.

В похожем духе высказывается о разграничении правил о просрочке кредитора и правил о приостановлении встречного исполнения и ВС РФ (п. 59 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В то же время надо признать, что законодатель в ряде случаев игнорирует этот очевидный вывод. Так, представляется не вполне точным упоминание ссылки на ст. 328 в п. 1 ст. 719 ГК РФ, в которой 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.

По этому вопросу см. также комментарий к ст. 406 ГК РФ.

2.5. 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 правопорядками 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, 7.3.4 Принципов УНИДРУА, ст. 71–72 Венской конвенции 1980 г.). Правом приостановить исполнение при предвидимом нарушении обладает сторона, которая должна была осуществить свое исполнение первой по очереди, но к моменту наступления срока своего исполнения начинает обоснованно опасаться того, что встречное исполнение в будущем произведено не будет. Правом же отказаться от договора при предвидимом нарушении обладает как та сторона, которая должна была исполнить свое обязательство первой по очереди (когда она обоснованно предвидит, что встречное обязательство другой стороны впоследствии не будет исполнено), так и та сторона, которая должна исполнить свое обязательство второй по очереди. Последнее означает, в частности, что еще до момента наступления срока внесения предоплаты покупателем поставщик, обязанный поставить товар после получения предоплаты, может отказаться от договора, если возникают обстоятельства, очевидно указывающие на то, что к назначенному сроку предоплата не будет внесена.

(а) Условием реализации права на отказ от договора и приостановление при предвидимом нарушении является очевидность того, что встречное исполнение не состоится. Соответственно возникшие обстоятельства должны создавать такую угрозу нарушения контрагентом в будущем своего встречного обязательства, что любое разумное лицо признало бы эти обстоятельства убедительными и заслуживающими внимания, а соответствующую редакцию в виде превентивного отказа или приостановления — соразмерной полученной информации. 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. Другая типичная ситуация возникает тогда, когда покупатель, срок внесения предоплаты которым наступил, узнает о том, что у контрагента отозвали ключевую для исполнения данного договора лицензию, что ставит под большой вопрос его способность исполнить свои встречные обязательства в будущем, и в связи с этим покупатель решает отказаться от договора или приостановить внесение предоплаты превентивно. К другим обстоятельствам, возникновение которых может с учетом конкретных обстоятельств свидетельствовать о возможном будущем нарушении,

можно, в частности, отнести арест счетов должника или обращение взыскания по искам третьих лиц на основное оборудование, подлежащее использованию должником для выполнения работ по договору и т.п.

Надо сказать, что право на отказ от договора при отзыве у должника лицензии, без которой он не мог исполнить свое обязательство, прямо упомянуто с лета 2015 г. в п. 3 ст. 450¹ ГК РФ, так что в этом случае контрагент вправе обосновать свой отказ от договора ссылкой как на п. 2 ст. 328 ГК РФ, так и на п. 3 ст. 450¹ ГК РФ. В случае же желая приостановить свое исполнение контрагент должен опираться на положение исключительно п. 2 ст. 328 ГК РФ. Кроме того, положения п. 2 ст. 328 ГК РФ помогут обосновать предвидимый отказ от договора тогда, когда отзыв лицензии не лишил должника правовой возможности исполнить обязательство, но явным образом ставит под серьезное сомнение способность должника исполнять в будущем свои обязательства.

Вопрос о том, может ли в качестве такого обстоятельства, дающего право на превентивный отказ от договора или приостановление исполнения обязательства, выступать возбуждение против должника дела о банкротстве, может вызывать споры. Общим правилом должно быть признание допустимости применения в такой ситуации норм п. 2 ст. 328 ГК РФ. В конечном итоге, трудно найти более убедительный резон сомневаться в способности должника исполнить в будущем его обязательство, чем возбуждение против должника дела о банкротстве. В то же время в ряде случаев такая реакция кредитора может быть признана злоупотреблением правом. Например, если кредитор, узнав о возбуждении против должника дела о банкротстве, не приостановил свое исполнение (например, внесение предоплаты), а сразу отказался от договора, такое поведение может выглядеть как не вполне соответствующее принципам честной деловой практики. Ведь само возбуждение дела о банкротстве могло быть необоснованным, а дело могла быть быстро прекращено. Кроме того, споры иногда возникают и в отношении вопроса о превентивном отказе кредитора от договора 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 и т.п.). 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 внешнего управления и возможную реабилитацию, что может поставить под удар интересы других кредиторов. В таких ситуациях интерес конкретного кредитора может в ряде случаев уступить интересам остальных кредиторов.

(б) Для оправдания превентивного отказа от договора 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).

(в) 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, вправе развеять возникшие сомнения или 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 предоставлены, право на отказ от договора или приостановление исполнения при предвидимом нарушении отпадает. Это положение не закреплено в ст. 328 ГК РФ, но очевидно вытекает из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 и п. 3 ст. 1 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 итоге поддержано в практике ВС РФ (п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

(г) Специальные нормы закона в ряде случаев уточняют или подтверждают положения п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве отказаться от договора при предвидимом нарушении. Например, в силу п. 1 ст. 821 ГК РФ в договоре кредита «кредитор вправе отказаться от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок». 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».

(д) При этом положения п. 2 ст. 328 ГК РФ в дополнение к праву на отказ от договора или приостановление исполнения при предвидимом нарушении предусматривают также и право на взыскание убытков. Это с точки зрения реальных правовых последствий и доступных санкций фактически приравнивает ситуацию возникновения реальной угрозы нарушения в будущем с фактическим нарушением договора.

2.6. Абзац 2 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. 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.

Из данной нормы при этом не следует, что контрагент, получивший лишь часть положенного предоставления, ограничен возможностью осуществить пропорциональное приостановление или пропорциональный отказ и не может приостановить свое встречное исполнение или отказаться от договора в целом. Такая непропорциональная реакция вполне допустима в силу того, что 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. Если должник это не делает, кредитор должен иметь право отказаться от договора в целом и вернуть полученное. Кроме того, кредитор, получивший частичное исполнение, вправе приостановить исполнение своего встречного обязательства в целом до момента, пока должник не предоставит остальное. Например, если продавец акций переоформил покупателю не весь согласованный пакет акций, пообещав переоформить остальное в ближайшее время, покупатель может принять предложенное, но приостановить оплату не пропорционально неполученной 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.

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 (Определение КЭС ВС РФ от 9 декабря 2014 г. по делу № 305-ЭС14-3435; абз. 1 п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35). Соответственно сторона, столкнувшаяся с нарушением контрагентом своих обязательств в форме частичного исполнения, вправе выбирать стратегию защиты и приостановить свое встречное исполнение или отказаться от него либо пропорционально, либо в целом. Данная альтернатива четко отражена в ст. III.-3:506 Модельных правил европейского частного права или в ст. 51 Венской конвенции 1980 г.

3. Пункт 3 ст. 328 ГК РФ предусматривает 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?

3.1. Из данного положения можно, в частности, вывести, что если в договоре или законе не определена очередность обмена и соответственно нет ясности в вопросе, кто из сторон должен делать первый шаг (такая ситуация возникает, в частности, в случае заключения договора мены без условия об очередности обмена), каждая из сторон вправе легально не осуществлять свое исполнение, пока кто-то из них не решится осуществить исполнение первым. Такой подход ранее отражался в российской судебной практике (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 марта 2001 г. № 7601/00). При этом если одна из сторон желает выйти из данного тупика, зафиксировать просрочку на стороне контрагента и получить право истребовать исполнение от контрагента по суду, такие возможности открываются и тогда, когда эта сторона хотя и не исполнила свое обязательство первой, но предложила свое исполнение и столкнулась с нежеланием контрагента принять такое исполнение, т.е. с просрочкой кредитора (ст. 406 ГК РФ). Этот вывод следует из применения п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ. Так, например, если договор не предусматривает очередность обмена вещами по договору мены и возникает описанный тупик, одна из сторон может решиться сделать первый шаг и предложить контрагенту принять вещь. Если контрагент уклонится от получения вещи, пытаясь тем самым недобросовестно воспрепятствовать реализации предусмотренного в договоре обмена, первая сторона

может заявить к нему иск об исполнении его части договорных обязательств в натуре при отсутствии оснований для применения тех или иных ограничений на такой иск, выводимых из закона, договора или существа обязательства (см. комментарий к ст. 308³ ГК РФ). Вторая же сторона может предъявить в такой ситуации встречный иск о передаче вещи, подлежащей передаче первоначальным истцом.

Соответственно до момента, когда одна из сторон не исполнила свое обязательство первой или не попыталась это сделать, другая сторона не считается попавшей в просрочку и не несет ответственности за нарушение.

Но насколько разумно отклонять иск одной из сторон об исполнении встречного обязательства в натуре, поданный ею до того, как она исполнила свое собственное обязательство первой или как минимум попыталась его исполнить? Представляется, что в такой жесткости нет необходимости, так как ничто не препятствует другой стороне подать встречный иск и также потребовать исполнения в натуре. В то же время, к сожалению, в контексте российского законодательства об исполнительном производстве не просто обеспечить обеим сторонам такого договора гарантии того, что обмен фактически состоится, пусть и на основании исполнительных листов. Ведь может получиться так, что одно подразделение ФССП России по месту нахождения одной из сторон договора мены вещь отберет и передаст другой стороне, в то время как другое подразделение по месту нахождения другой стороны справиться с той же задачей не сможет. Видимо, в подобных случаях приставы-исполнители из разных подразделений должны координировать свои действия, но процессуальные детали, впрочем, требуют обсуждения.

3.2. Также из нормы п. 3 комментируемой статьи следует, что при наличии в законе или договоре четкой очередности взаимных исполнений сторона, которая должна была исполнить свое обязательство первой по очереди, не вправе, не осуществив положенное исполнение, требовать исполнения от другой стороны. В тех случаях, когда в договоре предусмотрено, что вторая сторона осуществляет свое исполнение только после осуществления предшествующего исполнения, такое требование будет преждевременным, так как основания для исполнения (срок исполнения) встречного обязательства просто не наступили.

В тех же случаях, когда четкая очередность обмена определена, но в договоре исполнение одной из сторон прямо не указано как условие для осуществления встречного исполнения, из предусмотренного в данном пункте положения следует, что требование об осуществлении последующего исполнения также не имеет оснований. Впрочем, этот же вывод вытекает и из норм п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве приостановить встречное исполнение.

3.3. 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 исполнения 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. Ранее

намеки на такой подход обнаруживались в практике ВАС РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2012 г. № 9924/11). В частности, если следовать такой интерпретации, по общему правилу невозможен иск о принудительном взыскании с покупателя (заказчика) предоплаты или иск об истребовании недвижимости, которая подлежит передаче по договору на условиях отсрочки платежа, пока истец сам не осуществил свое встречное исполнение. В равной степени при такой интерпретации невозможен и иск об истребовании у банка обещанной суммы кредита, что достаточно однозначно признано 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).

Против такой интерпретации новой нормы п. 3 ст. 328 ГК РФ говорит проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России, утвержденный Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (протокол от 26 января 2009 г. № 66). Согласно п. 2.9 Разд. II Проекта новеллы, закрепленная в п. 3 ст. 328 ГК РФ, изначально была рассчитана разработчиками на ситуации, когда в законе или договоре четкая очередность обмена не закреплена (об этом см. ранее). В то же время, несмотря на то, что описанная выше интерпретация данной нормы, видимо, не предполагалась разработчиками, определенная логика в ней имеется. 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 более разумно, чем принудительное затягивание должника в исполнение договора против его воли. Когда еще никто из сторон не исполнил своих обязательств, экономичнее допустить расторжение договора со взысканием убытков и не допускать принуждение должника к предоставлению коммерческого кредита (например, уплате предоплаты).

Следует отметить, что в п. 58 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 Суд, по сути, пересказав комментируемую норму, не подтвердил, но и не опроверг такую ее интерпретацию. Так что вопрос в российском праве до сих пор не вполне прояснен.

Если такое ограничение на иск об исполнении в натуре будет в российском праве окончательно признано на основе интерпретации п. 3 ст. 328 ГК РФ, данное правило должно в любом случае знать исключения, когда это предопределяется существом отношений или следует из закона или договора. Так, например, 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.

Кроме того, иск о взыскании с покупателя предоплаты или иск об истребовании вещи у продавца при наличии в договоре условия об отсрочке платежа следует при-

знать допустимым, если у кредитора нет реальной возможности найти должнику замену, а также если расторжение договора и заключение альтернативного договора с другим контрагентом существенно затруднены. Так, например, в случае, когда покупатель (или заказчик по договору подряда) уклоняется от внесения предоплаты, а продавец (подрядчик) уже понес расходы на закупку заказанного покупателем товара, реализация которого третьим лицам затруднена, приобрел материалы или оборудование для выполнения работ или осуществил иные существенные инвестиции в подготовку исполнения именно по данному договору, иск о взыскании предоплаты должен судами поддерживаться. Близкое решение закреплено в ст. III.-3:301 Модельных правил европейского частного права.

Наконец, ничто не препятствует сторонам договора согласовать условие о праве кредитора требовать от должника исполнения по суду в отступление об обсуждаемого общего правила, если таковое в принципе будет окончательно утверждено в российском праве. Это следует из п. 4 ст. 328 ГК РФ и п. 58 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

3.4. Если указанная выше интерпретация комментируемой нормы будет окончательно поддержана в судебной практике, может возникнуть вопрос о том, вправе ли кредитор требовать исполнения обязательства в ситуации, когда он сам свое встречное исполнение выполнил не в полном объеме. В п. 58 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на сей счет указано следующее: «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». Понимание этого разъяснения достаточно затруднено. Не вполне понятно, как суд может присудить что-то в пользу ответчика за счет истца, если ответчик встречного иска не предъявил. Видимо, здесь потребуется какое-то дополнительное разъяснение процессуальных вопросов.

Также следует прояснить вопрос о том, может ли кредитор требовать осуществления встречного исполнения в части пропорциональной тому, что он сам предоставил, если предоставленное им является лишь частью причитающегося с него исполнения. Может ли, например, поставщик требовать оплаты 30% цены, если он вместо поставки всего объема продукции решил поставить лишь 30% от согласованного объема? Думается, стоит допустить, что если исходное нарушение допустил покупатель, не внося предоплату, а поставщик решил отгрузить часть товара, последнему стоит дать право на взыскание пропорциональной части цены. В то же время в российском праве вопрос пока не разрешен в силу того, что сама идея блокирования взыскания предоплаты в ситуации, когда истец свое встречное исполнение еще не осуществил, пока однозначно не признана.

3.5. Если указанная в п. 3.3 комментарий к настоящей статье интерпретация будет окончательно поддержана судебной практикой, потребует разрешения и еще одна проблема. Сторона, обязанная осуществить последующее исполнение (т.е. исполнить договор второй по очереди), может решить осуществить свое исполнение первой, чтобы заслужить право истребовать встречное исполнение. В такой ситуации эта сторона фактически предлагает изменить закрепленную в договоре или законе очередность исполнения. По общему правилу в силу ст. 315 ГК РФ навязывание кредитору досрочного исполнения в коммерческих отношениях невозможно. Соответственно встает вопрос

о том, как быть, если другая сторона отказывается давать свое согласие на принятие досрочного исполнения. Ответ на этот вопрос вытекает из п. 4 ст. 1 ГК РФ, согласно которой никто не может 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. Такое поведение никак нельзя назвать добросовестным. 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 осуществления оплаты). Таким образом, для получения права истребовать исполнение необходимо как минимум предложить встречное исполнение.

В принципе, намек на возможность использования правила п. 3 ст. 157 ГК РФ в контексте проблемы препятствования одной из сторон договора наступлению условия, к которому привязан срок исполнения ее обязательства, сделан в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

При этом следует помнить, что сам иск об исполнении обязательства в натуре допускается далеко не во всех случаях. Соответственно нередко такой вариант защиты бывает просто заблокирован. Подробнее см. комментарий к ст. 308³ ГК РФ.

3.6. Если в описанной ситуации сторона, обязанная к последующему исполнению, не получив от другой стороны предшествующее исполнение, осуществит свое исполнение досрочно или при попытке его осуществить столкнется с отказом другой стороны принять такое досрочное исполнение, просрочка другой стороны должна наступать немедленно или как минимум по истечении разумного срока. Так, например, если поставщик, не получив предоплату, решает поставить товар досрочно и осуществляет отгрузку, просрочка покупателя наступает по истечении того периода, который требуется для безналичного перевода, после отгрузки или уклонения покупателя от приемки товара.

4. 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. Специальное законодательное регулирование или принятые в его развитие подзаконные нормативные правовые акты могут устанавливать особенности регулирования приостановления исполнения или отказа от договора. Так, например, ст. 546 ГК РФ, а также Постановление Правительства РФ от 4 мая 2012 г. № 442 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, 49 Постановления Правительства РФ от 9 декабря 2014 г.

№ 1342). 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».

В то же время здесь следует обратить внимание на один важный нюанс: если специальный закон может не только дополнить, но и отступить от общих правил ст. 328 ГК РФ, то подзаконный нормативный правовой акт может лишь дополнить, но не может явно противоречить положениям ст. 328 ГК РФ. Этот вывод следует из однозначного указания в п. 5 ст. 3 и отсутствия в п. 4 ст. 328 ГК РФ прямой легализации возможности отступления от правил данной статьи на уровне норм иных правовых актов. Единственным исключением является ситуация, когда специальный закон прямо делегирует Правительству РФ или иному исполнительному органу компетенцию по установлению специальных правил приостановления исполнения по определенному виду договоров (например, п. 2 ст. 546 ГК РФ).

4.2. Прямо отмеченная в норме п. 4 настоящей статьи диспозитивность положений п. 2, 3 ст. 328 ГК РФ, в частности, означает, что стороны вправе исключить право на приостановление встречного исполнения в случае непредоставления обусловленного исполнения другой стороной, а также прямо оговорить, при нарушении каких конкретных обязательств должником кредитор вправе приостановить исполнение тех или иных своих встречных обязательств. Они также вправе оговорить запрет на превентивный отказ от договора или приостановление исполнения при предвидимом нарушении. Также, как уже отмечалось в комментарии к п. 3, нет причин блокировать условие договора, прямо допускающее взыскание предоплаты с покупателя (заказчика), уклоняющегося от ее внесения.

В то же время некоторые из подобных проявлений свободы договора могут быть заблокированы на основании правил ст. 10, 169 или ст. 428 ГК РФ, если эти условия договора выглядят как явно несправедливые, грубо нарушают баланс интересов сторон и при этом были навязаны слабой стороне договора. Например, подобная реакция судов может быть ожидаема в случае, когда договор блокирует право покупателя приостановить оплату при выявлении существенных дефектов в отгруженном товаре и при этом такое условие навязано слабой стороне договора (например, при заключении договора с монополистом).

Глава 23. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

§ 1. Общие положения

Статья 329. Способы обеспечения исполнения обязательств

1. Исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием вещи должника, поручительством, независимой гарантией, задатком, обеспечительным платежом и другими способами, предусмотренными законом или договором.

2. Недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство.

3. При недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство, обеспеченными считаются связанные с последствиями такой недействительности обязанности по возврату имущества, полученного по основному обязательству.

4. Прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего его обязательства, если иное не предусмотрено законом или договором.

Комментарий

1. Статья 329 ГК РФ представляет собой попытку создать своеобразную «общую часть» права обеспечения обязательств.

1.1. Однако, как показывает опыт применения положений этой статьи судами, а также предпринятые за последние два десятилетия попытки научного осмысления способов обеспечения обязательств именно как системы, в действительности подлинных общих правил о способах обеспечения обязательств очень и очень немного.

Это связано с разнородностью способов обеспечения обязательств, регулирование которых содержится в гл. 23 ГК РФ (перечень поименованных способов обеспечения — см. п. 1 комментируемой статьи): это и вещное право (залог вещей, удержание), и особые обязательства (поручительство, гарантия), и право на присвоение уплаченных вперед денежных средств (обеспечительный платеж). Создать нормы, которые действительно были бы общими для всех этих институтов, просто невозможно. Видимо, этим и объясняется, что «общая часть права обеспечения» такая незначительная по объему.

1.2. Более того, среди способов обеспечения, упомянутых в п. 1 комментируемой статьи, присутствуют неустойка и задаток, которые в действительности способами обеспечения не являются.

Это связано с тем, что обеспечение обязательств — это предоставление кредитору дополнительных возможностей по получению долга в виде либо иного (чем имущественная масса должника) источника удовлетворения требований кредитора (поручительство, гарантия), либо в виде предоставления кредитору приоритета при удовлетворении его требований из имущества должника (залог, удержание, а также возможно обеспечительный платеж), либо в виде предоставления приоритета при удовлетворении долга из иной имущественной массы (залог третьего лица).

Неустойка же является мерой ответственности должника за нарушение обязательства, она не предоставляет кредитору никакого дополнительного механизма удовлетворения его требований. При банкротстве должника требование кредитора об уплате неустойки учитывается за реестром требований кредиторов и подлежит уплате лишь в случае, если все реестровые требования кредиторов удовлетворены (чего не бывает никогда). Это означает, что неустойка в действительности не имеет никакого обеспечительного эффекта (так как она не предоставляет кредитору никаких дополнительных правовых возможностей, улучшающих его положение в случае нарушения обязательства должником).

В целом же судебная практика, в которой всерьез обсуждался бы вопрос о том, что неустойка является способом обеспечения обязательств только по названию, а не по существу, не известна. Напротив, суды склонны рассуждать о неустойке как о правовом явлении, имеющем «двойственную природу — мера ответственности и способ обеспечения» (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ

от 13 октября 2011 г. № 5531/11; от 22 октября 2013 г. № 801/13), хотя это и является, как уже упоминалось выше, серьезной ошибкой.

В течение длительного времени это заблуждение оставалось имеющим сугубо академические последствия и не имело серьезного практического значения. Однако в настоящее время ситуация должна измениться в связи с тем, что в ГК РФ появилась новая норма (п. 2 ст. 319¹), которая устанавливает любопытное правило относительно распределения денежных средств, поступивших от должника, имеющего перед кредитором несколько однородных обязательств из разных договоров, но не указавшего, долг по какому именно договору им уплачивается. Кодекс устанавливает следующее правило: погашенным считается в первую очередь долг, который не был обеспечен.

Можно представить себе следующую практическую ситуацию: было заключено два договора подряда, по одному долг заказчика не обеспечен, но исковая давность вот-вот истечет, в другом же договоре установлена неустойка на случай неисполнения заказчиком обязательств по оплате и до истечения исковой давности достаточно далеко. Заказчик перечислил подрядчику денежную сумму, не указав, по какому обязательству был совершен платеж. По буквальному смыслу п. 2 ст. 319¹ ГК РФ, если считать неустойку полноценным обеспечением, должен считаться погашенным долг по договору подряда, по которому не была установлена неустойка. Законодатель как будто бы считает, что для кредитора погашение долга, не обеспеченного неустойкой, является более приоритетным решением, чем погашение долга, срок исполнения которого наступил раньше и, соответственно, выше угроза истечения давности. Такое решение представляется сомнительным (особенно если учесть практику активного снижения неустойки по правилам ст. 333 ГК РФ). В связи с этим неудивительно, что в п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 указано, что «обязательство, за ненадлежащее исполнение которого предусмотрена только лишь неустойка, не считается обеспеченным в смысле пункта 2 статьи 319¹ ГК РФ».

Кроме того, практические трудности, обусловленные признанием неустойки обеспечением, могут возникнуть, когда законодатель ведет речь об обеспечении в целом, например, когда законодатель связывает те или иные последствия с «предоставлением достаточного обеспечения» (ср. нормы абз. 3 п. 2, п. 3 ст. 60 ГК РФ, п. 1 ст. 81, п. 1 ст. 391 КТМ РФ, абз. 3 п. 2 ст. 75 Закона о банкротстве). Очевидно, что обещание уплатить неустойку для целей применения этих законодательных норм нельзя рассматривать как обеспечение.

1.3. Равным образом задаток не является способом обеспечения обязательств, а представляет собой также меру ответственности за нарушение договора. Если лицо, получившее задаток, не исполняет обязательство и это влечет расторжение договора, оно возвращает двойную сумму полученного задатка пострадавшему контрагенту. Вторая часть этого платежа, по сути, ничем не отличается от обычного договорного штрафа.

Чуть более сложная ситуация с присвоением задатка. Денежная сумма передается должником кредитором заранее; если должник нарушает обязательство (и тем самым причиняет кредитором убытки), то эта денежная сумма призвана возместить возможные убытки кредитора, если тот решится расторгнуть договор в ответ на нарушение. Вопрос о праве кредитора присвоить себе задаток и не возвращать его в конкурсную массу должника в случае банкротства последнего пока в российском праве не вполне

прояснен. Если право склонится к тому, что возбуждение дела о банкротстве не препятствует кредитору присвоить себе полученный им ранее задаток, можно будет говорить, что в этом контексте задаток становится действительно способом обеспечения.

1.4. Помимо поименованных способов обеспечения обязательств п. 1 комментируемой статьи признает возможность существования непоименованного в ней обеспечения.

К числу непоименованных в комментируемой статье способов обеспечения относится, прежде всего, так называемое титульное обеспечение. Титульное обеспечение представляет собой вещный способ обеспечения обязательств, отличающийся, однако, от известных ст. 329 ГК РФ вещных способов обеспечения (залог, удержание) тем, что для обеспечительных целей используется не особое вещное право (залог), а право собственности на предмет обеспечения, которое передается кредитору в обеспечительных целях.

Классическим титульным обеспечением является удержание титула (ст. 491 ГК РФ), обеспечительная купля-продажа (известная еще как договор репо), выкупной лизинг, обеспечительный факторинг (ст. 826 ГК РФ).

1.5. Основной вопрос, возникающий в связи с титульным обеспечением (по причине нерешенности которого титульное обеспечение долгое время не признавалось судами, см. Постановление Президиума ВАС РФ от 6 октября 1998 г. № 6202/97), заключался в следующем. Законодатель требовал обязательной продажи предмета вещного обеспечения — залога — с публичных торгов, запрещая любые иные способы его реализации. Относительно же реализации обеспечительных прав кредитора — держателя титула с обеспечительной целью — никаких правил, позволяющих не допустить присваивание кредитором разницы между стоимостью предмета обеспечения и суммы долга, в законодательстве не было. В связи с этим суды были склонны рассматривать титульное обеспечение как притворные сделки, прикрывающие залог.

Однако сначала реформа залогового права 2008 г. (Федеральный закон от 30 декабря 2008 г. № 306-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием порядка обращения взыскания на заложенное имущество»), а затем и судебная практика (Постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17) указанную проблему решили путем введения, с одной стороны, правил о таком способе реализации предмета залога как поступление его в собственность залогодержателя (что сняло сомнения в возможном притворном характере сделок, направленных на установление титульного обеспечения), а с другой стороны, путем введения правила о подсчете сальдо взаимных обязательств (на примере договора выкупного лизинга: см. п. 3.5 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17). Последнее позволяет определить сумму долга должника перед кредитором и, соответственно, ту сумму из стоимости предмета обеспечения, на которую мог бы претендовать кредитор.

1.6. Еще одна проблема титульного обеспечения, которая до настоящего времени остается неразрешенной, — это проблема обеспечительного эффекта титульного обеспечения при банкротстве, с одной стороны, лица, предоставившего обеспечение, и с другой стороны, получившего обеспечение.

В первом случае существуют два возможных подхода. Один из них заключается в применении к титульному обеспечению по аналогии правил о залоге; в этом случае оказываются защищенными не только интересы обеспеченного кредитора,

но и интересы (в некоторой части – 20 или 30% от стоимости предмета обеспечения) текущих кредиторов в деле о банкротстве, кредиторов первой и второй очереди. Другой же подход заключается в том, что титульное обеспечение позволяет обеспеченному кредитору просто изъять предмет обеспечения из конкурсной массы (он ведь принадлежит кредитору на праве собственности) и присвоить его ценность себе.

Первый подход представляется более социально оправданным и вытекающим из смысла правил об обеспечительной собственности; второй – прокредиторским и основанным, скорее, на грамматическом толковании норм.

Увы, судебной практики на уровне высших судов в отношении вопросов, связанных с банкротством лица, предоставившего титульное обеспечение, до настоящего времени не имеется. Трудно предсказать, по которому из путей пойдет практика; рискнем предположить, зная склонность российских судов к грамматическому толкованию норм, что по последнему.

Второй интересный случай – банкротство кредитора, получившего титульное обеспечение. Несмотря на то что он является собственником предмета обеспечения, последний, судя по всему, не должен входить в его конкурсную массу; в ней должно находиться требование к должнику, которое было обеспечено при помощи титульного обеспечения.

1.7. Титульное обеспечение за рамками случаев, прямо указанных в законе (репо, факторинг, выкупной лизинг и т.п.) ВС РФ признавал в качестве допустимого непоименованного обеспечения. Этот подход был закреплен в отношении сделок граждан между собой, предусматривающих отчуждение должником в собственность кредитора квартиры в обеспечение исполнения денежного долга (см. определения КГД ВС РФ от 30 июля 2013 г. № 18-КГ13-72, от 29 октября 2013 г. № 5-КГ13-113, от 25 марта 2014 г. № 18-КГ13-172).

1.8. Не является обеспечением обязательств безотзывная доверенность (ст. 188¹ ГК РФ), хотя законодатель, регулируя условия выдачи безотзывной доверенности, ведет речь о том, что она выдается «в целях... обеспечения исполнения обязательств представляемого перед представителем...».

Безотзывная доверенность облегчает кредитору получение исполнения от должника за счет того, что действия, к которым обязан должник, может за него и от его (должника) имени совершить сам кредитор. Однако каких-либо дополнительных имущественных гарантий интересов кредитора безотзывная доверенность не дает. При ином подходе к числу способов обеспечения обязательств следовало бы отнести, например, право кредитора на инкассо в отношении расчетного счета должника.

1.9. К числу обеспечения обязательств российским законодателем (в отличие от других юрисдикций) не отнесен зачет.

В то же время право на зачет в ряде случаев является обеспечением, близким к залому и обеспечительному платежу, в том смысле, что кредитор может предоставить кредит должнику, будучи сам ему должным и рассчитывая на последующий зачет (например, ср. банковскую практику кредитования банками своих вкладчиков под залог денежных средств на счете).

Разумеется, эффект зачета как обеспечения должен был бы иметь место при банкротстве должника (адресата зачета), предоставляя кредитору (заявителю зачета) права, аналогичные правам залогодержателя. Однако действующее законодательство о банкротстве зачет в банкротстве блокирует (см. ст. 63, 81 и 142 Закона о банкротстве),

лишая тем самым зачет важнейшего признака способа обеспечения, а судебная практика, которая применяла бы к положению кредитора, имеющего право на зачет, нормы об удовлетворении требований залогодержателя по аналогии закона (ст. 6 ГК РФ), не известна.

1.10. Не является обеспечением обязательств так называемый негативный залог, т.е. обязательство должника не устанавливать залог (а также любое иное обеспечение) в отношении всего либо определенной части своего имущества. Такое негативное обязательство иногда устанавливается в кредитных договорах (последствием нарушения этого обязательства обычно является право банка потребовать досрочного возврата всего кредита) в целях исключения возникновения конкуренции нескольких кредиторов за стоимость одного и того же имущества должника. Такое условие выговаривается (нередко наряду с обязательством не прибегать к займам в иных банках или у иных кредиторов) в ситуации, когда установление, скажем, залога в отношении имущества должника по каким-то причинам невозможно или затруднительно, и кредитор желает сохранить исключительную возможность удовлетворять свои требования за счет имущества должника.

Негативный залог не является обеспечением, так как он не предоставляет кредитору каких-либо дополнительных преимуществ при удовлетворении его требований в случае банкротства должника. Более того, даже если должник в нарушение условия о негативном залоге заключит договоры залога принадлежащего ему имущества, то такие сделки будут действительны (так как залогодатель-собственник обладает распорядительной властью в отношении принадлежащего ему имущества), за исключением разве что случаев очевидной недобросовестности залогодержателя, заключавшего договор, заведомо зная о нарушении залогодателем прав другого залогодержателя (ст. 1, 10 ГК РФ). В последнем случае залог может аннулироваться либо по ст. 169 ГК РФ, либо по ст. 10 и 168 ГК РФ в рамках реализации доктрины недобросовестного вмешательства в чужие договорные отношения. Впрочем, контуры этой доктрины в российском праве пока не проработаны (нет ясности в вопросе о той критической степени недобросовестности «интервента», которая требуется для аннуляции его сделки с должником, о ничтожности или оспоримости договора с «интервентом» и т.п.).

2. Единственным действительно общим качеством подавляющего большинства обеспечительных сделок является то, что обеспечительные права, возникающие в результате их совершения, обладают признаком акцессорности, т.е. основной долг и обеспечение юридически связаны между собой.

2.1. Традиционно выделяют пять признаков акцессорности (часть из них упомянута в ст. 329 ГК РФ, часть выводится из норм, регулирующих отдельные способы обеспечения): акцессорность возникновения (обеспечение не может возникнуть без возникновения долга), акцессорность объема (обеспечение не может быть больше по объему, чем долг), акцессорность следования (кредитор по обеспеченному долгу одновременно является держателем обеспечения и при переходе прав по обеспеченному долгу к новому кредитору переходят и права в отношении обеспечения), акцессорность принудительной реализации (кредитор не может прибегнуть к обеспечению, если он не может прибегнуть к принудительному взысканию обеспеченного долга), акцессорность прекращения (обеспечение прекращается при прекращении основного долга).

2.2. В действительности не бывает полностью акцессорного или полностью неакцессорного обеспечения. Законодатель или судебная практика то ослабляют, то усиливают количество и значение проявлений акцессорности обеспечительных сделок.

Например, у независимой гарантии (которая традиционно именуется в судебной практике и литературе неакцессорным способом обеспечения обязательств) в действительности из пяти признаков акцессорности имеется только один — акцессорность следования; остальные четыре отсутствуют.

2.3. В п. 2 комментируемой статьи законодатель подчеркивает, что «обратной» юридической связи между обеспечением и обеспеченным обязательством (от акцессорного к обеспеченному долгу) нет, и потому отпадение обеспечения не влияет на обеспеченный долг.

2.4. Нередко в законе указывается на то, что отпадение обеспечения влечет за собой так называемую акселерацию долга, т.е. возникновение у кредитора права на досрочное получение всего долга (ср., например, ст. 813 ГК РФ).

2.5. Кроме того, стороны обеспечительных сделок вполне могут установить, что прекращение обеспечения будет влечь за собой прекращение других обеспечительных сделок (ср., например, п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42) либо (в определенных случаях) освобождение других обеспечителей от ответственности (п. 4 ст. 363 ГК РФ).

3. В течение длительного времени традиционным для российского права является такое понимание акцессорности, которое предполагает, что недействительность сделки, из которой возникло обеспеченное обязательство, влечет за собой недействительность обеспечительной сделки.

3.1. Однако этот подход не вполне обоснован.

Если оценить отношения сторон обеспеченного договора и обеспечительной сделки (скажем, кредитора, должника и поручителя) в случае признания недействительным первого, то легко заметить, что должник может быть вынужден возвратить кредитору полученное либо его денежный эквивалент (например сумму кредита) в рамках реституции (если исполнение по такой сделке производилось).

Таким образом, у должника все равно сохраняется обязанность перед кредитором, которая практически никогда не будет больше (в денежном выражении), чем обязанность, которая должна была возникнуть из обеспеченной сделки. Так почему же если объем обязанности должника по сути не изменился, изменилось лишь его экономическое основание (с исполнения обязательства по договору на реституцию), лицо, предоставившее обеспечение, должно быть полностью освобождено от своих обеспечительных обязательств перед кредитором? Для этого нет никаких экономических резоннов.

3.2. Существовавшее в прежней редакции нормы п. 3 ст. 329 ГК РФ обратное правило о том, что недействительность обеспеченной сделки влечет ничтожность обеспечительной сделки, посылало участникам споров очень мощный импульс: если у должника есть желание исключить обращение взыскания на залог или не допустить предъявление кредитором требований к поручителям, то необходимо под любыми предлогами признать обеспеченную сделку недействительной. Не в последнюю очередь вследствие именно этой неудачной нормы п. 3 комментируемой статьи

(в прежней редакции) иски о недействительности сделок получили такое колоссальное распространение в российской судебной практике.

3.3. Судебная практика предоставила кредиторам возможность устанавливать в договорах залога или поручительства, что при недействительности основной сделки залог или поручительство будут обеспечивать реституцию (абз. 2 п. 26 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10, абз. 2 п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

Однако реформа ГК РФ пошла еще дальше, введя в качестве общего правила диспозитивную норму о том, что при недействительности основного договора обеспечение сохраняется и будет обеспечивать реституцию.

3.4. Любопытно, что и в этом случае возникает проблема с неустойкой, которая, как уже упоминалось, в действительности не является способом обеспечения обязательств: если применять грамматически норму п. 3 ст. 329 ГК РФ, то выходит, что при неисполнении стороной недействительной сделки обязанности по реституции, она будет обязана уплачивать эту же неустойку при условии, что таковая установлена в договоре за неисполнение того или иного договорного обязательства. Вряд ли такое насилие над автономией воли сторон разумно. В действительности положения п. 3 комментируемой статьи рассчитаны, разумеется, на залог, поручительство и обеспечительный платеж.

Легко также заметить, что новое правило п. 3 ст. 329 ГК РФ является серьезным отступлением от принципа акцессорности; однако общее ослабление акцессорного характера обеспечения является не только российской, но и общемировой тенденцией.

3.5. В то же время если порок, влекущий признание обеспеченного договора недействительным, затрагивает и обеспечительную сделку, или у последней имеются самостоятельные пороки, данный принцип не работает и обеспечение также признается недействительным.

4. В п. 4 комментируемой статьи нашло отражение такое свойство акцессорности, как акцессорность прекращения: прекращение обеспеченного долга прекращает обеспечение.

4.1. Однако законодатель либо сами стороны обеспечительной сделки вправе отменить это правило. Первый случай – это нормы о независимой гарантии, которая не прекращается при прекращении основного долга. Второй случай вполне может быть обнаружен в практике заключения залоговых сделок, которые призваны обеспечить долгосрочные и сложные кредитные отношения. Стороны договора залога вправе установить, что прекращение договоров, например кредита, для обеспечения которых был установлен залог, не прекращает залог, имея в виду возможность возникновения новых кредитных отношений. Разумеется, если такие отношения так и не возникнут, залогодержатель не может обращаться взыскание на залог (акцессорность принудительной реализации не отменяется).

4.2. Новая норма п. 4 комментируемой статьи будет крайне полезна для титульного обеспечения.

В частности, в свое время судебная практика столкнулась с серьезной проблемой в сфере выкупного лизинга: представим себе, что лизингополучатель выплатил все выкупные платежи, однако лизингодатель не передал ему право собственности на предмет лизинга. В контексте данной новеллы становится очевидным, что пога-

шение обеспеченного долга должно автоматически прекращать само обеспечение в виде права собственности на предмет лизинга у лизингодателя: данное право должно считаться перешедшим лизингополучателю без каких-либо специальных волеизъявлений.

§ 2. Неустойка

Статья 330. Понятие неустойки

1. Неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

2. Кредитор не вправе требовать уплаты неустойки, если должник не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Комментарий

1. Статья 330 ГК РФ регулирует такой институт, как неустойка. Этот известный многим европейским правовым порядкам со времен римского права институт не является мерой обеспечения, хотя ст. 330 ГК РФ и расположена в главе об обеспечении обязательств (см. комментарий к ст. 329 ГК РФ), а представляет собой санкцию за нарушение договора.

1.1. По своей природе эта санкция относится к общей категории мер ответственности, на что, в частности, указывает и п. 2 данной статьи.

1.2. Неустойка может быть либо договорной, либо законной – в зависимости от источника установления неустойки. Договорная неустойка устанавливается соглашением сторон, в то время как законная – законом (подробнее см. комментарий к ст. 332 ГК РФ). Кроме того, в ряде случаев можно помыслить себе и неустойку, установленную в односторонней сделке (например, такая неустойка может быть зафиксирована в независимой гарантии на случай нарушения гарантом своих обязательств). К такой неустойке должны применяться правила о неустойке договорной.

1.3. Объектом обязательства по уплате неустойки в силу прямого указания в п. 1 ст. 330 ГК РФ являются денежные средства. Если таким объектом по соглашению сторон является товар или иное имущество, то формально юридически речь идет не о неустойке, а о непоименованном способе обеспечения (товарная неустойка). В то же время в силу сходства правоотношений к такой товарной неустойке подлежат применению по аналогии закона правила ГК РФ о неустойке (об освобождении от уплаты такой неустойки в случае освобождения должника от ответственности, о зачетном соотношении с убытками, о праве суда снизить неустойку и т.п.). (См. п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.)

1.4. По форме неустойка может выражаться либо в виде фиксированного штрафа, либо в виде пеней, начисляемых за каждый день (неделю и т.п.) просрочки. При этом возможны и смешанные варианты. Например, допускается установление пеней,

ограниченных в начислении (по сроку или сумме (например, пени за просрочку поставки товара в размере 0,1% в день, но не более чем 15% от цены непоставленного товара). В таком случае после окончания начисления пеней мы имеем, по сути, неустойку в фиксированном размере (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 23 марта 2010 г. № 13144/09).

Также закон не запрещает установление неустойки в виде комбинации штрафа и пени, когда за просрочку в исполнении договор или закон устанавливают и фиксированный штраф за сам факт попадания должника в просрочку, и пени за каждый день просрочки. В таком случае мы, по сути, имеем неустойку, состоящую из двух элементов (штраф и пени) (см. п. 79 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.5. Следует различать неустойку, установленную за сам факт нарушения договора и имеющую целью покрытие убытков, вызванных таким нарушением, с одной стороны, и неустойку (обычно в виде фиксированного штрафа), установленную за срыв договора по вине должника и имеющую своей основной целью покрытие убытков кредитора, вызванных вынужденным расторжением договора, с другой стороны. В первом случае взыскание неустойки вполне сочетается с требованием реального исполнения и сохранением нарушенного обязательства. Во втором случае взыскание неустойки возможно только при расторжении договора кредитором и не может сочетаться с требованием реального исполнения (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 февраля 2013 г. № 13585/12). Природа установленной в договоре неустойки и ее цели (покрытие потерь от нарушения или потерь от вынужденного расторжения договора) должны определяться судом на основании правил о толковании договора. Также см. комментарий к ст. 396 ГК РФ.

1.6. Обязательство по уплате неустойки является денежным обязательством, поставленным под условие нарушения договора. Поэтому допускается и зачет неустойки и тела встречного долга (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1394/12), и новация неустойки в тело основного долга или отдельное заемное обязательство (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103), и прекращение обязательства по уплате неустойки путем предоставления отступного, и уступка прав по взысканию неустойки отдельно от основного долга (п. 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Возможность прекращения обязательства по уплате неустойки новацией, предоставлением отступного или прощением долга ВС РФ подтвердил в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 62).

Спорным является вопрос, подлежат ли за невыплату неустойки уплате проценты годовые по ст. 395 ГК РФ. Ранее в практике ВАС РФ был отражен положительный ответ на этот вопрос: проценты годовые могли начисляться с момента вступления в силу решения суда о взыскании неустойки, определяющей правомерность ее начисления и ее точный размер (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 ноября 2013 г. № 6879/13). В то же время впоследствии в одном из определенных КЭС ВС РФ была занята обратная позиция (Определение от 15 августа 2016 г. № 305-ЭС16-4576). Более логичным представляется подход ВАС РФ (подробнее см. комментарий к ст. 395 ГК РФ).

1.7. Если обеспеченное неустойкой в виде пени обязательство не исполнено к моменту подачи иска и кредитор обращается в суд с иском о присуждении к исполнению

основного обязательства (например, о взыскании основного долга) и взыскании пени, он вправе требовать взыскания пени в точной сумме за период до подачи иска и одновременно в виде формулы за период после подачи иска и до фактического исполнения присуждаемого судом основного обязательства (п. 65 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). В этом случае окончательная калькуляция взысканной таким образом «на будущее» неустойки осуществляется банком, списывающим со счета ответчика основной долг на основании исполнительного листа, поступившего непосредственно от взыскателя, или в остальных случаях — приставами-исполнителями. Как отмечается в п. 65 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «в случае неясности судебный пристав-исполнитель, иные лица, исполняющие судебный акт, вправе обратиться в суд за разъяснением его исполнения, в том числе по вопросу о том, какая именно сумма подлежит взысканию с должника».

1.8. При этом в силу п. 65 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 при расчете пени в связи с просрочкой день фактического исполнения нарушенного обязательства, в частности день уплаты задолженности кредитору, включается в период расчета неустойки.

1.9. В случае наличия в договоре условия о взыскании с должника в связи с нарушением им своих обязательств точной суммы, которое стороны обозначают как заранее оцененные убытки, судам следует по правилам толкования договора, предусмотренным в ст. 431 ГК РФ, квалифицировать такое условие в качестве договорной неустойки. В российском праве нет оснований для выделения заранее оцененных убытков в качестве некой самостоятельной санкции.

1.10. Судам также следует квалифицировать в качестве договорной неустойки условие договора, которое предусматривает на случай нарушения договора автоматическую коррекцию цены договора не в пользу нарушителя. К таким случаям, в частности, относятся условия об увеличении цены договора (в том числе процентов по займу (кредиту)) при просрочке плательщика. В п. 15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 повышение процентов по кредиту в связи с просрочкой заемщика признано установлением в договоре меры ответственности в виде иного размера процентов по ст. 395 ГК РФ. Аналогичный подход закреплен и в п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147. Более правильным было бы считать это повышение процента по кредиту (займу) на заранее установленную величину договорной неустойкой. Впрочем, в силу того что проценты годовые по ст. 395 ГК РФ являются по существу законной диспозитивной неустойкой, установление в договоре иного размера процентов является неустойкой договорной. Так что данное противоречие носит лишь видимый характер.

Кроме того, к категории скрытых неустоек следует отнести и условие об уменьшении подлежащей уплате плательщиком цены при просрочке контрагента в исполнении встречного неденежного обязательства (в этом случае воля сторон была фактически направлена на установление пеней за просрочку и автоматический зачет этих пеней и основного встречного долга), условие о применении повышающего коэффициента к цене потребленной энергии при превышении установленных лимитов потребления (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 декабря 2009 г. № 10313/09), условие о лишении покупателя, нарушившего договор, предоставленной скидки за ранее отгруженные партии, а также условие о предоставлении скидки за отгру-

женный товар только при условии своевременной его оплаты и т.п. Все подобные условия, как бы они ни были выражены, по своей сути увеличивают финансовые обязательства должника в связи с нарушением им договора. Тот факт, что стороны не именуют эти положения договора неустойкой, сути не меняет, так как в гражданском праве квалификация тех или иных правовых феноменов осуществляется не на основе того, как стороны назвали этот феномен в своей сделке, а на основе анализа содержания соответствующего феномена. Если налицо все квалифицирующие признаки неустойки (возложение на должника дополнительного финансового бремени в связи с нарушением обязательства), мы имеем дело с неустойкой, и использованные сторонами приемы камуфлирования значения не имеют.

1.11. Неустойкой должно признаваться условие о «присвоении» пострадавшим от нарушения договора кредитором аванса (предоплаты) или ее заранее определенной части в связи с таким нарушением или расторжением пострадавшей стороной нарушенного договора. Механизмом «присвоения» является зачет требования нарушителя договора о возврате ему аванса и подразумеваемого условия об уплате нарушителем договора штрафа. В судебной практике имеются примеры, когда суд признает это условие о присвоении аванса в случае расторжения договора по причине нарушения, допущенного плательщиком, особым способом покрытия убытков и указывает на то, что соответствующая сумма может быть правомерно «присвоена» только в размере, соответствующем фактическим убыткам кредитора (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 декабря 2011 г. № 9860/11). Такой подход вполне обоснован в отношении тех случаев, когда стороны в договоре согласовали право кредитора присвоить аванс в сумме, соответствующей его убыткам. Но там, где стороны согласовали присвоение аванса в полном или ином заранее определенном размере в качестве санкции за нарушение договора (или последствие расторжения нарушенного договора), соответствующее условие следует рассматривать именно как договорную неустойку, реализуемую посредством зачета притязания кредитора на эту неустойку, с одной стороны, и встречного притязания нарушителя о возврате аванса — с другой. В случае явной несоразмерности суммы присвоенного аванса размеру убытков и иных негативных последствий нарушения должник может потребовать возврата ему части такого аванса на основании ст. 333 ГК РФ и с учетом предусмотренных в данной статье особенностей и условий ее применения.

1.12. Иногда стороны привязывают автоматическую коррекцию цены не к факту нарушения договорного обязательства, а к формально правомерному поведению должника, но посредством такой коррекции пытаются подтолкнуть должника к тому или иному поведению. В ряде случаев результат, который достигается таким образом, практически идентичен тому, который имел бы место, если бы в договоре были закреплены обязательство и неустойка за его нарушение. Например, в договоре продажи контрольного пакета акций может быть установлена обязанность продавца не конкурировать с компанией, акции которой он продал, в течение определенного срока, и штраф в случае нарушения такой обязанности, но стороны могут пойти и по иному пути: не включать в договор обязательство не конкурировать, но предусмотреть, что в случае открытия продавцом конкурирующего бизнеса цена сделки снижается и часть цены, подлежащей уплате покупателем, погашается. Другой пример: вместо стандартного условия о неустойке за просрочку в оплате стороны могут согласовать длительный срок на оплату, предоставить плательщику

право на досрочное исполнение и установить систему скидок на случай досрочного погашения долга. Оба случая чисто математически могут быть идентичны. Можно привести еще и такую иллюстрацию: в договоре вместо штрафа за поставку зерна более низкого сорта, чем предусмотрено в условиях о качестве товара, поставщику может быть предоставлено право выбора сортности поставляемого товара с разными ценами для тех или иных сортов.

Во всех подобных случаях коррекция цены не привязана к факту нарушения и, следовательно, не соответствует одному из квалифицирующих признаков неустойки как меры ответственности, что с формальной точки зрения исключает квалификацию такого условия в качестве неустойки и применения соответствующих элементов правового режима неустойки (например, снижение судом по ст. 333 ГК РФ, освобождение от уплаты неустойки в случае отсутствия оснований для привлечения к ответственности по ст. 401 ГК РФ и т.п.). Это отчасти компенсируется тем, что факт отсутствия нарушения исключает возможность взыскания с должника убытков. Впрочем, если соответствующая коррекция цены достаточно существенна, вопрос о взыскании убытков может не быть актуальным.

С одной стороны, вызывает некоторые сомнения тот факт, что столь нехитрыми приемами договорной техники стороны могут полностью исключить применение правового режима неустойки, обеспечивающего определенный баланс интересов стороны, но при этом достичь результата, практически идентичного тому, который обычно достигается за счет обычного условия о неустойке. Право противится столь драматически разному отношению к по сути идентичным феноменам. С другой стороны, если суды начнут применять здесь доктрину притворных сделок и правила о неустойке, не пойдет ли право слишком далеко в ограничении свободы договора? Всегда ли можно четко определить, что стороны пытались действительно таким соглашением прикрыть свою истинную волю на установление неустойки? Эти вопросы пока в российском праве не имеют однозначного ответа.

1.13. Неустойка может быть установлена за нарушение любого договорного обязательства, а не только обязательства по осуществлению основного имущественного предоставления. В частности, неустойка может быть согласована за непредоставление банковской гарантии (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 октября 2011 г. № 5531/1), за уклонение от заключения основного договора на основании предварительного (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 февраля 2013 г. № 13585/12), за нарушение правил безопасности дорожного движения при выполнении работ (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. № 1488/13) и т.п. Кроме того, неустойка может быть согласована и за нарушение кредиторской обязанности осуществить приемку или совершить иные действия, необходимые для обеспечения возможности для другой стороны исполнить свои обязательства (см. комментарий к ст. 406 ГК РФ). Судебная практика признала возможным согласование неустойки за неправильное оформление отгрузочных разнарядок (Постановление Президиума ВАС РФ от 1 июля 2014 г. № 4231/14). Допустимо установление неустойки и за нарушение стороной своей обязанности внести предоплату или аванс, а также осуществить иную форму коммерческого кредитования (Определение КЭС ВС РФ от 15 августа 2016 г. № 305-ЭС16-4576).

1.14. В силу п. 67 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «если договором установлена неустойка за неисполнение обязанностей, связанных с пос-

ледствиями прекращения основного обязательства, то условие о неустойке сохраняет силу и после прекращения основного обязательства, возникшего на основании этого договора (пункт 3 статьи 329 ГК РФ)». Иначе говоря, в договоре можно установить неустойку, которую контрагент должен будет уплачивать в случае, если в результате расторжения договора он будет обязан вернуть то или иное имущество (например предоплату). Такое условие «переживает» расторжение договора.

1.15. Недействительность соглашения, из которого возникло основное обязательство, по общему правилу, влечет недействительность соглашений о мерах гражданско-правовой ответственности за нарушение этого обязательства, в том числе о неустойке. При этом соглашением сторон может быть предусмотрена неустойка на случай неисполнения обязанности по возврату имущества, полученного по недействительной сделке. Недействительность или незаключенность договора, в связи с которым заключено соглашение о такой неустойке (в том числе когда оно включено в договор в виде отдельного условия), по смыслу п. 3 ст. 329 ГК РФ сама по себе не влечет недействительности или незаключенности условия о неустойке. При этом отдельное соглашение или включенное в текст договора условие о неустойке на случай неисполнения обязанности по возврату имущества, полученного по недействительной сделке, может быть признано недействительным по самостоятельному основанию (ст. 168–179 ГК РФ). В таком случае указанное соглашение не влечет последствий, на которые оно было направлено. Эти разъяснения закреплены в п. 64 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

1.16. В судебной практике отражен подход, согласно которому суд вправе отказать во взыскании пеней, начисленных за период просрочки в исполнении обязательства после того, как кредитор изъявил желание расторгнуть договор в связи с данной просрочкой, так как изъясление такого намерения сигнализирует об утрате кредитором интереса в получении реального исполнения, которое обеспечивается такой неустойкой. Исключение взыскания неустойки за данный период в такой ситуации происходит на основании правил ст. 10 ГК РФ, несмотря на то что формально договор расторгнут не был и в указанный период просрочка сохранялась (Определение ВС РФ от 9 декабря 2014 г. № 305-ЭС14-3435). Обоснованность такого решения вызывает определенные сомнения. Неустойка в форме пени является не только инструментом стимулирования реального исполнения, но и механизмом возмещения убытков кредитора. Тот факт, что кредитор предлагает должнику расторгнуть договор или подает иск о расторжении и выражает тем самым интерес в прекращении договора, не означает, что обязательство прекращено. Так как кредитор не может быть уверен в том, что должник согласится на расторжение или его иск о расторжении в будущем поддержит суд, кредитор вынужден исходить из действия договора и может продолжать нести убытки, вызванные просрочкой. Соответственно, неустойка может покрывать его убытки такого рода.

1.17. Неустойка по денежному обязательству, выраженному в иностранной валюте, но подлежащему оплате в рублях по соответствующему курсу на момент оплаты, начисляется судом на сумму, определенную в иностранной валюте, указывается в этой валюте и взыскивается в рублях по правилам п. 2 ст. 317 ГК РФ (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70).

1.18. Неустойка в виде пени подлежит начислению за период, пока существует просроченное обязательство. Если обеспеченное должником обязательство прекра-

шается в связи с тем, что договор расторгнут после некоторого периода, в течение которого должник находился в просрочке, кредитор после расторжения договора вправе требовать взыскания пени за период до расторжения договора (п. 66 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35).

Начисление таких пеней возможно и после расторжения договора, если расторжение договора не прекращает ранее возникшего обязательства. В частности, пени продолжают течь до момента погашения арендатором долга по арендной плате и после того, как арендодатель правомерно расторг договор в силу того, что расторжение договора не прекращает обязательство арендатора по погашению ранее возникшего долга. В равной степени в случае уклонения арендатора от возврата предмета аренды после расторжения договора продолжают начисляться установленные в договоре пени за просрочку в возврате предмета аренды по окончании договора, так как расторжение договора не прекращает договорное обязательство арендатора по возврату предмета аренды, а лишь меняет его срок. Также при расторжении иного долгосрочного договора, исполняемого по частям или по периодам, неустойка будет начисляться и после расторжения договора на просроченный денежный долг, не затронутый эффектом расторжения (например, долг за отгруженную ранее партию, неоплата которой спровоцировала поставщика на расторжение договора на будущее). Кроме того, при расторжении договора кредита (займа) и досрочном истребовании суммы кредита (займа) установленные в договоре пени за просрочку в погашении кредита (займа) продолжают начисляться и после расторжения, так как досрочное истребование не прекращает обязательство заемщика, а лишь меняет срок его исполнения (п. 8–10 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, п. 66 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Подробнее о сохранении обязательств после расторжения некоторых видов договоров см. комментарий к ст. 453 ГК РФ.

1.19. В силу п. 68 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «окончание срока действия договора не влечет прекращение всех обязательств по договору, в частности обязанностей сторон уплачивать неустойку за нарушение обязательств, если иное не предусмотрено законом или договором (пункты 3, 4 статьи 425 ГК РФ)». Соответственно, если срок договора истек и обязательства, созревшие к этому моменту, в силу ст. 425 ГК РФ сохраняются, то продолжают начисляться и пени за их просрочку. Если же в силу специального указания в законе или договоре истечение срока действия договора прекращает обязательство, начисление пеней также прекращается.

2. Так как неустойка является мерой ответственности, ее взыскание возможно за исключением случаев, когда должник освобождается от ответственности по правилам ст. 401 ГК РФ. Поэтому если должник, не осуществляющий предпринимательскую деятельность, невиновен в нарушении, он не обязан платить неустойку. Лицо же, осуществляющее предпринимательскую деятельность, может быть освобождено от уплаты неустойки, если докажет наличие обстоятельств непреодолимой силы (п. 3 ст. 401 ГК РФ).

При этом положения п. 2 ст. 330 ГК РФ следует считать диспозитивными как минимум в отношении неустойки, подлежащей уплате лицом, осуществляющим

предпринимательскую деятельность. Стороны могут договориться о том, что такой нарушитель договора будет обязан уплатить неустойку и в случае наличия обстоятельств непреодолимой силы. Этот вывод вытекает из того, что норма п. 3 ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, в силу прямого в ней указания является диспозитивной.

Статья 331. Форма соглашения о неустойке

Соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме независимо от формы основного обязательства.

Несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке.

Комментарий

(а) Положения ст. 331 ГК РФ устанавливают строгую письменную форму соглашения о неустойке под страхом признания такого соглашения, не оформленного письменно, недействительным. Соответственно, условие о неустойке должно быть инкорпорировано в текст договора-документа или оформлено в виде отдельного письменного соглашения и не может быть согласовано устно. По смыслу данной статьи устное соглашение о неустойке ничтожно (п. 63 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

При этом ничто не препятствует оформлению договора, содержащего условие о неустойке, или отдельного соглашения о неустойке по правилам ст. 434 ГК РФ (п. 63 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

(б) В то же время если соглашение о неустойке заключено устно, но должник уплачивал такую неустойку добровольно, последующая ссылка должника на ничтожность соглашения о неустойке в связи с несоблюдением формы может быть отвергнута судом по правилам п. 5 ст. 166 ГК РФ.

Статья 332. Законная неустойка

1. Кредитор вправе требовать уплаты неустойки, определенной законом (законной неустойки), независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон.

2. Размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон, если закон этого не запрещает.

Комментарий

1. Пункт 1 ст. 332, а равно п. 1 ст. 330 ГК РФ устанавливают возможность фиксации неустойки в законе. При этом в силу прямого указания в п. 1 ст. 330 ГК РФ речь идет о том, что неустойка может быть установлена именно законом, а не иным нормативным правовым актом. Это порождает вопрос о допустимости установления

неустойки на уровне подзаконных нормативных актов (например, постановлений Правительства РФ).

В историческом плане указание лишь на закон в ст. 332 ГК РФ имело целью противостоять распространенной в советскую эпоху практике фиксации неустоек в подзаконных актах. В то же время в современных условиях, видимо, нет большой необходимости толковать это положение закона от обратного и выводить из него принципиальную недопустимость установления неустойки на уровне подзаконных нормативных актов. Поскольку такая возможность прямо в ГК РФ не исключена и органы исполнительной власти имеют право регулировать любые вопросы договорных отношений, если это не вступает в противоречие с положениями ГК РФ или иных законов (п. 5 ст. 3 ГК РФ), видимо, следует признать допустимость установления «подзаконной неустойки». Нет оснований в этом аспекте ограничивать правотворческий потенциал органов исполнительной власти, действующих в рамках компетенции, делегированной им законодательством.

В судебной практике отражена позиция, согласно которой установление неустойки посредством издания подзаконного нормативного акта по общему правилу не допускается (Решение ВС РФ от 30 июня 1999 г. № ГКПИ 99-491), но при этом возможно в случаях, когда соответствующий орган (Правительство РФ) при издании нормативного правового акта реализовывал полномочия по регулированию соответствующей сферы правоотношений, закрепленных за ним законом (Решение ВС РФ от 17 ноября 2009 г. № ГКПИ 09-1381).

К таким подзаконным неустойкам подлежат по аналогии применению правила настоящей статьи о неустойках законных.

2. Пункт 2 ст. 332 ГК РФ допускает право сторон своим соглашением увеличить размер неустойки, установленной в законе, если иное не предусмотрено соответствующим законом. Это проявление свободы договора признается и в судебной практике (Определение КЭС ВС РФ от 31 марта 2016 г. № 306-ЭС15-15659). При этом некоторые специальные законы могут блокировать право сторон увеличить размер законной неустойки. В случае с неустойкой, установленной в законе на случай нарушения потребителем потребительского договора, это со всей очевидностью следует из п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей. Кроме того, представляется, что в ряде случаев это блокирование права сторон повысить размер законной неустойки может вытекать не только из прямого указания в законе, но и из смысла соответствующей законодательной нормы и ее целей. Так, в частности, неустойки, установленные законом на случай нарушения договора явно слабой стороной договора, вряд ли могут быть повышены договором, даже если договор формально и не является потребительским. Так, например, в п. 61 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 Суд указал на недопустимость повышения сторонами законной неустойки, установленной в п. 14 ст. 155 ЖК РФ для случаев несвоевременного внесения жильцами платы за жилые помещения и коммунальные услуги, несмотря на то что в самой этой норме никакого прямого указания на невозможность повышения такой неустойки нет.

2.1. Из толкования данной нормы о праве сторон повысить уровень законной неустойки «от обратного» в российском праве традиционно выводится тезис о том, что у сторон нет права уменьшить размер такой неустойки. Это подтверждается

и в Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 61). При этом, безусловно, закон, устанавливающий соответствующую законную неустойку, может прямо оговорить право сторон снизить размер законной неустойки.

Статья 333. Уменьшение неустойки

1. Если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку. Если обязательство нарушено лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, суд вправе уменьшить неустойку при условии заявления должника о таком уменьшении.

2. Уменьшение неустойки, определенной договором и подлежащей уплате лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, допускается в исключительных случаях, если будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды.

3. Правила настоящей статьи не затрагивают право должника на уменьшение размера его ответственности на основании статьи 404 настоящего Кодекса и право кредитора на возмещение убытков в случаях, предусмотренных статьей 394 настоящего Кодекса.

Комментарий

1. Статья 333 ГК РФ позволяет суду снижать неустойку в случае ее явной несоразмерности последствиям нарушения. Это правило характерно для многих европейских правовых порядков и отражено в международных актах унификации частного права (п. 2 ст. III.-3:712 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.4.13 Принципов УНИДРУА).

1.1. Исходя из толкования п. 1 ст. 333 ГК РФ, суд вправе уменьшить неустойку по собственной инициативе (*ex officio*), если должником, обязанным к ее уплате, является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность. В ситуации, когда таким должником является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, снижение неустойки возможно только по заявлению такого лица. ВС РФ в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 уточнил смысл этих норм, указав, что правило о снижении неустойки исключительно на основе заявления должника распространяется и на те случаи, когда должником является некоммерческая организация, если нарушенное ею обязательство было связано с осуществлением такой организацией приносящей доход деятельности (п. 71 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.2. Согласно п. 71 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 в тех случаях, когда в силу ст. 333 ГК РФ допускается снижение неустойки по инициативе суда, последний должен вынести вопрос о соразмерности неустойки на обсуждение сторон (ст. 56 ГПК РФ, ст. 65 АПК РФ). При этом из смысла этого института вынесения на обсуждение следует, что суд не связан той позицией, которую может занять по данному вопросу должник. Даже если должник при обсуждении вопроса о соразмерности неустойки не выразит поддержку идее о несоразмерности неустойки (например, из-за своей неявки в суд), это не препятствует суду снизить неустойку, если из материалов дела ему очевидно, что неустойка явно несоразмерна.

1.3. Заявление о применении ст. 333 ГК РФ должно быть подано только в период рассмотрения дела в первой инстанции или судом апелляционной инстанции в случае, если он перешел к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции (п. 72 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Если уменьшение неустойки допускается по инициативе суда, то вопрос о таком уменьшении может быть также поставлен на обсуждение сторон судом апелляционной инстанции независимо от перехода им к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции (п. 72 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Основаниями для отмены в кассационном порядке судебного акта в части, касающейся уменьшения неустойки по правилам ст. 333 ГК РФ, могут являться нарушение или неправильное применение норм материального права, к которым, в частности, относятся нарушение требований п. 6 ст. 395 ГК РФ, когда сумма неустойки за просрочку исполнения денежного обязательства снижена ниже предела, установленного п. 1 ст. 395 ГК РФ, или уменьшение неустойки в отсутствие заявления в случаях, установленных п. 1 ст. 333 ГК РФ (п. 72 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.4. Заявление ответчика о применении ст. 333 ГК РФ не может расцениваться как согласие ответчика с наличием долга перед истцом либо факта нарушения обязательства (п. 71 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Соответственно, ответчик может использовать ссылку на ст. 333 ГК РФ в качестве элемента «альтернативной аргументации», оспаривая, например, сам факт нарушения договора, но оговаривая при этом, что, если суд с ним не согласится в этом вопросе, неустойка в любом случае является несоразмерной.

1.5. Норма комментируемого пункта о том, что неустойка, подлежащая уплате лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, может быть снижена только по его заявлению, должна применяться и тогда, когда такое лицо, не являясь ни коммерческой организацией, ни индивидуальным предпринимателем, выступает стороной договора, который носит сугубо предпринимательский характер по своей сути. Речь идет прежде всего о договорах, заключаемых физическими лицами, являющимися собственниками того или иного бизнеса (акционерами АО или участниками ООО), в связи с реализацией или отчуждением своих корпоративных прав, а также физическими лицами, приобретающими корпоративный контроль. Если, например, бизнесмен заключает соглашение участников ООО со своими партнерами, то, хотя он как сторона и не обладает формальным статусом лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, тем не менее речь идет о сделке, носящей сугубо коммерческий характер. Соответственно, патернализм, проявляемый законодателем в виде предоставления суду права снизить согласованную таким бизнесменом неустойку без его заявления, в подобных случаях абсолютно неоправдан. В то же время здесь следует учитывать весь комплекс обстоятельств. В конкретных случаях договор хотя и направлен на распоряжение акциями или долей в ООО, может не носить предпринимательский характер для соответствующей стороны (например, при отчуждении наследником полученной им по наследству доли в ООО сразу после вступления в наследство).

1.6. Основанием для снижения неустойки является явное несоответствие ее размера последствиям нарушения договора. К последствиям нарушения договора

относятся прежде всего убытки, возникающие у кредитора в связи с нарушением, и иные неблагоприятные последствия нарушения.

В судебной практике отражены два подхода к решению вопроса об обстоятельствах, подлежащих учету при применении ст. 333 ГК РФ. Согласно первому из них ничто, кроме самих последствий нарушения, значения при определении соразмерности неустойки не имеет. В частности, не имеют правового значения доводы должника о невозможности исполнения обязательства вследствие тяжелого финансового положения; о неисполнении обязательств его контрагентами как причине нарушения; о наличии задолженности перед другими кредиторами; о наложении ареста на денежные средства или иное имущество; о непоступлении денежных средств из бюджета; о добровольном погашении долга полностью или в части на день рассмотрения спора; о выполнении должником социально значимых функций; о наличии у должника обязанности по уплате процентов за пользование денежными средствами (например, процентов по договору займа); о том, что выплата неустойки в полном размере может повлечь неблагоприятные последствия для третьих лиц, не являющихся стороной данных правоотношений и т.п. (см. Обзор судебной практики ВС РФ за третий квартал 2012 г. (утв. Президиумом ВС РФ 26 декабря 2012 г.), п. 73 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7; Постановление Президиума ВАС РФ от 13 января 2011 г. № 11680/10).

Второй подход задает менее строгие критерии при определении явной несоразмерности и позволяет суду (вопреки букве ст. 333 ГК РФ) учитывать некоторые обстоятельства, не относящиеся напрямую к последствиям нарушения. Так, например, согласно п. 42 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 при оценке соразмерности неустойки судом могут приниматься во внимание, в частности, обстоятельства, не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения обязательства (цена товаров, работ, услуг; сумма договора и т.п.). Это разъяснение теперь отменено в связи с изданием Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, но в свое время оно внесло значительную сумятицу в практику применения ст. 333 ГК РФ, открыв перед судами широкий простор для учета практически любых обстоятельств. В практике также долгое время было распространено снижение неустойки по причине превышения неустойкой суммы основной задолженности (постановления Президиума ВАС РФ от 24 июня 1997 г. № 250/97; от 8 июля 1997 г. № 1387/97; от 23 сентября 1997 г. № 402/97; от 3 февраля 1998 г. № 2423/96 и др.). В то же время достаточно вольный подход к оценке соразмерности встречается и в более поздней практике высших судов. Так, согласно Постановлению Президиума ВАС РФ от 17 декабря 2013 г. № 12945/13 в качестве обоснования явной несоразмерности неустойки можно приводить, в том числе, доводы о чрезмерности санкций по сравнению с законной либо обычно взимаемой по государственным контрактам неустойкой. Кроме того, согласно п. 11 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств (утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.) суд, решая вопрос об уменьшении размера подлежащей взысканию неустойки, должен принимать во внимание конкретные обстоятельства дела, в частности соотношение сумм неустойки и основного долга; длительность неисполнения обязательства; соотношение процентной ставки с размерами ставки рефинансирования; недобросовестность действий кредитора, связанных с принятием мер по взысканию

задолженности; имущественное положение должника; непринятие банком своевременных мер по взысканию кредитной задолженности; наличие на иждивении ответчика неработающей супруги и малолетнего ребенка.

Более правильным является первый, более строгий и соответствующий букве ст. 333 ГК РФ подход. При оценке несоразмерности неустойки необходимо сопоставлять неустойку и убытки кредитора. Иные обстоятельства выступать в качестве достаточного основания для снижения неустойки по ст. 333 ГК РФ сами по себе не могут. В частности, неустойка в конкретных обстоятельствах может быть вполне соразмерной убыткам, даже если она выше размера долга. Привязка же пени к цене всего договора сама по себе ничего не говорит о соразмерности начисленной таким образом неустойки последствиям нарушения. В равной степени тот факт, что неустойка установлена договором на уровне, который значительно выше обычно встречающегося в соглашениях такого рода, сам по себе не является достаточным основанием для снижения неустойки, так как в конкретной ситуации убытки кредитора могут быть вполне соразмерны такой необычно высокой неустойке. В то же время некоторые из указанных доводов (например, соотношение неустойки и размера долга, нестандартно высокий характер неустойки по сравнению с обычной договорной практикой и т.п.) могут приводиться должником в качестве аргументов в пользу несоразмерности неустойки и лечь в основу решения о снижении неустойки, но только если кредитор не приведет контраргументы о соразмерности такой неустойки реальным или обычно возникающим в такого рода случаях убыткам (см. п. 1.7 комментария к настоящей статье).

1.7. При этом тот факт, что должник нарушил договор умышленно и недобросовестно, имея все возможности исполнить обязательство, но цинично проигнорировав свои обязательства, может являться аргументом в пользу отказа суда от применения ст. 333 ГК РФ на основании п. 4 ст. 1 ГК РФ (никто не вправе извлекать выгоду из своего неправомерного и недобросовестного поведения). Этот подход пока в практике высших судов не отражен, но является разумным и справедливым.

1.8. Бремя доказывания несоразмерности неустойки лежит на должнике (см. определения КГД ВС РФ от 24 февраля 2015 г. по делу № 5-КГ14-131, от 29 октября 2013 г. № 8-КГ13-12, а также п. 11 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств (утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.), п. 73 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. При этом, так как должник, как правило, не владеет информацией о размере реальных убытков кредитора, бремя доказывания считается реализованным, если должник представит доказательства или аргументы в пользу того, что размер неустойки явно выше суммы убытков, которые обычно возникают в такого рода ситуациях и могли быть предвидимы. В судебной практике имеются примеры, когда суд снижает неустойку при абсолютной очевидности того, что нарушение договора не могло повлечь сколько-нибудь значительных убытков (Постановление Президиума ВАС РФ от 1 июля 2014 г. № 4231/14).

Если должник привел такие доказательства и аргументы, бремя их опровержения переносится на кредитора. При этом кредитор с целью подтверждения соразмерности неустойки может как доказывать свои фактические убытки, так и опровергать доводы должника об обычно возникающих в случае таких нарушений

убытках. Как указывается в п. 74 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, «возражая против заявления об уменьшении размера неустойки, кредитор не обязан доказывать возникновение у него убытков (п. 1 ст. 330 ГК РФ), но вправе представлять доказательства того, какие последствия имеют подобные нарушения обязательства для кредитора, действующего при сравнимых обстоятельствах разумно и осмотрительно, например, указать на изменение средних показателей по рынку (процентных ставок по кредитам или рыночных цен на определенные виды товаров в соответствующий период, валютных курсов и т.д.)».

1.9. При отсутствии оснований для привлечения должника к ответственности за нарушение обязательства суд отказывает в иске о взыскании неустойки на основании ст. 401 ГК РФ (п. 2 ст. 330 ГК РФ). Статья 333 ГК РФ применению в таких случаях не подлежит (п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81).

1.10. Безакцептное списание кредитором неустойки со счета должника, а равно зачет суммы неустойки в счет суммы основного долга и (или) процентов не лишает должника права ставить вопрос о применении положений ст. 333 ГК РФ, например, путем предъявления самостоятельного требования о возврате излишне списанной суммы на основании правил о неосновательном обогащении (п. 79 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.11. Если подлежащая уплате неустойка перечислена должником добровольно, он не вправе требовать уменьшения ее суммы по ст. 333 ГК РФ, так как это противоречило бы принципу эстоппель и запрету на недобросовестное противоречивое поведение. Исключением является ситуация, когда перечисление неустойки не было фактически добровольным, в частности совершено под влиянием кредитора, злоупотребляющего своим доминирующим положением (п. 79 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). В такой ситуации должник, уплативший неустойку, может требовать ее возврата в соответствующей части по правилам о неосновательном обогащении.

1.12. Если кредитором заявлены требования о взыскании неустойки, установленной в договоре в виде штрафа за сам факт попадания в просрочку, и одновременно пеней за каждый день такой просрочки, а должник просит уменьшить состоящую из этих двух элементов неустойку на основании ст. 333 ГК РФ, суд рассматривает вопрос о соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательств исходя из общей суммы штрафа и пеней (п. 80 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.13. При оценке судом соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства необходимо учитывать, что никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения, а также то, что неправомерное пользование чужими денежными средствами не должно быть более выгодным для должника, чем условия правомерного пользования (п. 3, 4 ст. 1 ГК РФ). В связи с этим доказательствами обоснованности размера неустойки могут служить, в частности, данные о среднем размере платы по краткосрочным кредитам на пополнение оборотных средств, выдаваемым кредитными организациями лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, либо платы по краткосрочным кредитам, выдаваемым физическим лицам, в месте нахождения кредитора в период нарушения обязательства, а также о показателях инфляции за соответствующий период. Эти

очень разумные разъяснения закреплены в п. 75 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

При введении этих разъяснений ВС РФ, видимо, вполне осознанно не отменил положения п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81. Согласно данному пункту при отсутствии в деле доказательств о средних ставках по кредитам суду следует считать нижним порогом снижения пени, установленной за просрочку денежного обязательства, двукратную величину ставки рефинансирования Банка России. Снижение неустойки ниже таким образом определенного порога снижения возможно только в исключительных случаях и не ниже однократного значения ставки рефинансирования. Системное толкование Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 и этих разъяснений ВАС РФ от 2011 г. приводит к выводу, что как минимум для сугубо коммерческих споров и иных споров, рассматриваемых в системе арбитражных судов, нижним порогом снижения неустойки (за вычетом каких-то исключительных случаев) при отсутствии доказательств средних размеров ставок по кредитам будет являться двойная ставка рефинансирования ЦБ РФ (с 2016 г. – ключевая ставка ЦБ РФ).

1.14. При этом ВС РФ закрепил сейчас четкое разъяснение, согласно которому снижение пени, установленной в договоре за просрочку в исполнении денежного обязательства, ниже ставки, определяемой по правилам п. 1 ст. 395 ГК РФ (сейчас – ключевая ставка), в принципе не допускается (абз. 3 п. 72 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Ранее ВС РФ давал похожие разъяснения о недопустимости снижения пени ниже ставки рефинансирования (см. п. 11 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.).

В то же время этот нижний предел не применяется к неустойкам, установленным за нарушение неденежного обязательства (п. 76 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.15. При взыскании судом пени «на будущее», т.е. до фактического исполнения присужденного судом основного обязательства, снижение неустойки по ст. 333 ГК РФ осуществляется посредством снижения размера ставки такой неустойки.

1.16. Статья 333 ГК РФ подлежит применению в том числе и к законной неустойке (п. 78 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.17. Статья 333 ГК РФ подлежит применению по аналогии закона и к задатку. При взыскании двойной суммы задатка со стороны, ответственной за неисполнение договора, суд вправе по заявлению ответчика уменьшить половину указанной суммы в соответствии с положениями ст. 333 ГК РФ. Сторона, давшая задаток, также вправе ставить вопрос о применении в отношении суммы задатка, оставшегося у другой стороны, положений ст. 333 ГК РФ, в том числе путем предъявления самостоятельного требования о возврате излишне удерживаемого на основании правил о неосновательном обогащении (см. п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81).

1.18. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 15 июля 2014 г. № 5467/14 было признано, что в договоре, предусматривающем поэтапное выполнение работ, пени в виде некоего процента от цены всего договора, а не просроченного этапа выполнения работ могут быть заблокированы по правилам ст. 428 ГК РФ, если такое условие было навязано слабой стороне договора. В Определении КЭС

ВС РФ от 6 октября 2016 г. № 305-ЭС16-7657 этот подход был развит: здесь ВС РФ признал неправомерным такое условие вне какой-либо связи со ст. 428 ГК РФ и неравенством переговорных возможностей и прямо указал, что восстановление баланса интересов сторон за счет использования судом ст. 333 ГК РФ не является достаточной мерой.

Такой подход не выдерживает критики. Формула определения неустойки может быть привязана к любому показателю. Более того, неустойка в принципе может быть выражена в абсолютных цифрах (например, какая-то фиксированная сумма за каждый день просрочки). В таких условиях категорическое неприятие самой возможности использования в формуле расчета неустойки всей цены договора, а не просроченной части обязательств, нелогично. Если итоговая сумма, определяемая путем применения соответствующей формулы, не оказывается явно несоразмерной последствиям нарушения, то у суда и нет оснований вмешиваться. Нередко убытки от просрочки в исполнении одной из частей обязательства могут быть намного выше, чем номинальная стоимость самой этой части (например, просрочка в передаче определенной части товара может лишать покупателя возможности использовать ранее полученные партии). И тогда привязка формулы неустойки к цене всего договора оказывается вполне оправданной. Если же такая формула расчета приводит к начислению итоговой суммы неустойки, которая оказывается явно несоразмерной последствиям нарушения, то суд может вмешаться по правилам ст. 333 ГК РФ при наличии условий для применения данного инструмента ограничения свободы договора.

1.19. Статья 333 ГК РФ является императивной. Положения договора, ограничивающие право суда снизить неустойку, являются незаконными и ничтожными (п. 69 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). В равной степени не препятствует суду снизить неустойку и установление в договоре нижнего предела неустойки (п. 70 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Иначе говоря, стороны не могут ни заблокировать, ни так или иначе ограничить право суда снизить неустойку.

2. Пункт 2 ст. 333 ГК РФ устанавливает важное правило о том, что договорная неустойка, подлежащая взысканию с лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, может быть снижена только *в исключительных случаях*, если доказано, что взыскание такой неустойки будет влечь получение кредитором необоснованной выгоды. Тем самым законодатель хочет подчеркнуть, что суды должны дифференцировать патернализм и применять его в целях защиты интересов коммерсанта намного осторожнее и сдержаннее, чем в случаях взыскания договорной неустойки с лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность. Ключевое значение здесь имеет не фактор «необоснованной выгоды» (он, по сути, повторяет фактор несоразмерности, выражая его иными словами), а указание на исключительность снижения неустойки. Суд вправе снизить подобную неустойку, на уплату которой в случае своего нарушения при заключении договора добровольно согласился предприниматель, только при наличии крайне весомых дополнительных резонансов. Это положение вытекает из конституционного статуса общего принципа свободы договора, а также из того, что предпринимательская деятельность осуществляется на свой риск и должна быть защищена от активного вовлечения судов в оценку условий заключаемых коммерсантами договоров. Активное вмешательство судов

в сферу автономии воли сторон сугубо коммерческого договора неоправданно и неконституционно. В конечном счете договорная неустойка есть просто одно из финансовых условий договора (такое же, как цена, скидки, комиссии и т.п.).

Исключительность ситуации, позволяющая суду все же снижать договорную неустойку, подлежащую взысканию с лица, которое осуществляет предпринимательскую деятельность, налицо, в частности, когда: (а) явно несоразмерная неустойка была навязана слабой стороне договора (например, в ситуации ограниченной конкуренции, естественной или иной монополии) либо (б) размер неустойки вопиюще велик и выше всех разумных пределов настолько, что есть основания предполагать, что разумные предприниматели никогда бы не согласовали такой размер неустойки при отсутствии пороков воли и в условиях относительно равных переговорных позиций. Эти обстоятельства подлежат доказыванию должником.

При этом суд, снижающий договорную неустойку в такой ситуации, обязан обосновать в решении, в чем состоит исключительность данного случая. Суд не может просто констатировать исключительность ситуации и снизить неустойку по правилам ст. 333 ГК РФ, не приводя конкретные обстоятельства дела, которые очевидно свидетельствуют об исключительности ситуации. Отсутствие такого обоснования является основанием для отмены принятого решения.

2.1. В силу п. 77 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 тот же ограничительный подход к снижению договорных неустоек применим к тем случаям, когда должником является некоммерческая организация, нарушившая договор, связанный с осуществлением ею приносящей доход деятельности.

2.2. Критерий исключительности должен применяться и тогда, когда должником является физическое лицо, но нарушенный договор по своей сути носит сугубо предпринимательский характер (см. п. 1.5 комментария к настоящей статье).

2.3. Следует обратить внимание на то, что применительно к ситуации, когда речь идет о законной неустойке, подлежащей уплате коммерсантом, фактор «исключительности» законодателем не упомянут. Это вполне логично, так как такая неустойка не подкреплена принципом свободы договора. В то же время фактор исключительности вполне оправданно постулируется в отношении неустойки, установленной в потребительском законодательстве и подлежащей уплате в пользу потребителя (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17). В данном случае этот фактор подкрепляется соображениями о необходимости дополнительного стимулирования коммерсантов к соблюдению прав потребителя.

3. Согласно п. 3 ст. 333 ГК РФ положения данной статьи не затрагивают право должника требовать уменьшения размера неустойки по правилам ст. 404 ГК РФ (вина кредитора), а также право кредитора требовать возмещения убытков в соответствии с правилами ст. 394 ГК РФ.

3.1. Если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, либо кредитор умышленно или по неосторожности способствовал увеличению суммы неустойки, размер ответственности должника может быть уменьшен судом в соответствии с положениями ст. 404 ГК РФ, а не по правилам ст. 333 ГК РФ (п. 81 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

3.2. В судебной практике ранее встречалась абсолютно неверная позиция, согласно которой неустойка в виде пени может быть снижена на основании совместного при-

менения ст. 333 и 404 ГК РФ в связи с тем, что кредитор долгое время не предъявлял должнику иск об исполнении обязательства и тем самым якобы сам способствовал возрастанию пени до соответствующего размера (см. п. 11 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.). С таким подходом ни в коей мере согласиться нельзя. Момент предъявления кредитором иска о взыскании долга никак не связан с последствиями нарушения обязательства и не может учитываться при применении ст. 333 ГК РФ. Также нет оснований для применения и ст. 404 ГК РФ: кредитор не может страдать от того, что он рассчитывал на добровольное погашение долга и шел навстречу должнику, воздерживаясь некоторое время от подачи иска в суд. В течение всего срока до момента подачи иска ничто не мешает должнику погасить долг в добровольном порядке. Соответственно, подача кредитором иска о взыскании долга (принуждении к исполнению иного нарушенного обязательства) в любой момент в пределах срока давности или расторжение договора после сколь угодно длительной просрочки никак само по себе не может влиять на объем ответственности ни по ст. 333, ни по ст. 404 ГК РФ в отношении неустойки, начисленной за период просрочки. В связи с этим крайне уместным выглядит следующее разъяснение, содержащееся в п. 81 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7: «Непредъявление кредитором в течение длительного времени после наступления срока исполнения обязательства требования о взыскании основного долга само по себе не может расцениваться как содействие увеличению размера неустойки».

3.3. В отношении права кредитора требовать убытков наряду со взысканием неустойки см. ст. 394 ГК РФ и комментарий к ней.

§ 3. Залог

1. Общие положения о залоге

Статья 334. Понятие залога

1. В силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества (предмета залога) преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит заложенное имущество (залогодателя).

В случаях и в порядке, которые предусмотрены законом, требование залогодержателя может быть удовлетворено путем передачи предмета залога залогодержателю (оставления у залогодержателя).

2. Залогодержатель преимущественно перед другими кредиторами залогодателя вправе получить удовлетворение обеспеченного залогом требования также за счет:

страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества независимо от того, в чью пользу оно застраховано, если только утрата или повреждение произошли не по причинам, за которые залогодержатель отвечает;

причитающегося залогодателю возмещения, предоставляемого взамен заложенного имущества, в частности если право собственности залогодателя на имущество, являюще-

еся предметом залога, прекращается по основаниям и в порядке, которые установлены законом, вследствие изъятия (выкупа) для государственных или муниципальных нужд, реквизиции или национализации, а также в иных случаях, предусмотренных законом; причитающихся залогодателю или залогодержателю доходов от использования заложенного имущества третьими лицами;

имущества, причитающегося залогодателю при исполнении третьим лицом обязательства, право требовать исполнения которого является предметом залога.

В случаях, указанных в абзацах втором — пятом настоящего пункта, залогодержатель вправе требовать причитающиеся ему денежную сумму или иное имущество непосредственно от обязанного лица, если иное не предусмотрено законом или договором.

3. Если иное не предусмотрено законом или договором, при недостаточности суммы, вырученной в результате обращения взыскания на заложенное имущество, для погашения требования залогодержатель вправе удовлетворить свое требование в непогашенной части за счет иного имущества должника, не пользуясь преимуществом, основанным на залоге.

Если сумма, вырученная в результате обращения взыскания на заложенное имущество, превышает размер обеспеченного залогом требования залогодержателя, разница возвращается залогодателю. Соглашение об отказе залогодателя от права на получение указанной разницы ничтожно.

4. К отдельным видам залога (статьи 357–358¹⁷) применяются общие положения о залоге, если иное не предусмотрено правилами настоящего Кодекса об этих видах залога. К залого недвижимого имущества (ипотеке) применяются правила настоящего Кодекса о вещных правах, а в части, не урегулированной указанными правилами и законом об ипотеке, общие положения о залоге.

5. Если иное не вытекает из существа отношений залога, кредитор или иное управомоченное лицо, в чьих интересах был наложен запрет на распоряжение имуществом (статья 174¹), обладает правами и обязанностями залогодержателя в отношении этого имущества с момента вступления в силу решения суда, которым требования таких кредитора или иного управомоченного лица были удовлетворены. Очередность удовлетворения указанных требований определяется в соответствии с положениями статьи 342¹ настоящего Кодекса по дате, на которую соответствующий запрет считается возникшим.

Комментарий

1. Вопрос о юридической природе залога является довольно старым и, на первый взгляд, сугубо догматическим.

Существуют два возможных варианта определения существа залога: как обеспечительной обязательственной сделки и как вещного права. Первый подход заключается в том, что договор залога рассматривается именно как договор, порождающий обязательственное отношение залогодателя и залогодержателя. Второй подход состоит в признании залога ограниченным вещным правом, содержанием которого является право кредитора на присвоение ценности заложенной вещи.

1.1. Правильной представляется следующая позиция: залог — это особое ограниченное вещное право, содержанием которого является право его обладателя (залогодержателя) присвоить себе в счет погашения обеспеченного долга стоимость предмета залога преимущественно перед другими кредиторами залогодателя.

В случае залога имущества, не являющегося вещью (в частности, залога обязательственных прав, бездокументарных ценных бумаг, исключительных прав, корпоративных прав и т.п.), мы имеем дело с особым противопоставимым третьим лицам правом на ценность соответствующего заложенного имущества, извлечение которой залогодержатель вправе осуществить преимущественно перед другими кредиторами залогодателя. При этом все основные «вещные» черты залога обнаруживаются и при залоге бестелесных объектов: следование, защита против третьих лиц, приоритет по отношению к обладателям обязательственных прав и т.п. Кроме того, и содержательно, и процедурно залог прав и залог вещей достаточно близки; имеющиеся различия в регулировании залога телесных и бестелесных объектов не позволяют говорить о необходимости создания двух различных правовых режимов для двух сходных обеспечительных конструкций: залога как вещного права в отношении телесных объектов и залога как абсолютного и обладающего эффектом следования права в отношении объектов бестелесных. Признание залога обязательственных, корпоративных или исключительных прав полноценным вещным правом вряд ли стоит на повестке дня и, скорее всего, отечественным правом будет отвергнуто (как ранее была отвергнута идея собственности в контексте обязательственных, корпоративных и исключительных прав), но практическая идентичность такого обеспечения обычному залому вещей позволяет говорить о единстве правовой сущности этих явлений. Соответственно, этот нюанс следует учитывать, когда далее в комментарии речь будет идти о вещном праве залога.

1.2. Казалось бы, эта теоретическая дискуссия об обязательственной или вещной природе залога не имеет ни малейшего соприкосновения с реальной жизнью. Однако в действительности это не так. Существует довольно много примеров, когда залоговый спор будет решен по-разному в зависимости от того, какой именно подход к природе залога будет выбран.

Например, довольно известен такой казус. Некто передал в ипотеку объект незавершенного строительства, однако к моменту обращения взыскания на заложенное имущество выяснилось, что объект был достроен и введен в эксплуатацию. Если исходить из того, что залог — это обязательственный договор (и этот договор не устанавливает, что в залоге будет находиться измененный объект), то, по всей видимости, необходимо будет прийти к выводу, что залог прекратился в связи с прекращением предмета договора залога; в иске об обращении взыскания на предмет залога следует отказать¹.

Однако если рассматривать залог не как обязательство, а как (возникающее, в частности, из договора) вещное право — право на ценность вещи, то ответ должен быть совершенно другим. Очевидно, что в рассматриваемом казусе можно без труда обнаружить, что обещанная залогодержателю ценность предмета залога никуда не делась, просто она теперь имеет другую внешнюю форму — завершенное строительством здание. Поэтому при таком подходе иск должен быть удовлетворен, а взыскание обращено на здание².

¹ Например, если бы сторонами был заключен договор купли-продажи объекта незавершенного строительства (который безо всяких сомнений является обязательственным договором), но к моменту, когда договор должен был бы быть исполнен, объект был бы достроен, то в иске о регистрации перехода собственности было бы отказано в связи с физическим отсутствием предмета договора.

² Именно такой ответ на вопрос в свое время дал Президиум ВАС РФ (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 января 2005 г. № 90).

Кроме того, наличие у залога свойства следования (сохранения залога при отчуждении предмета залога согласно ст. 353 ГК РФ) достаточно недвусмысленно указывает на вещную природу права залога. При рассмотрении залога в качестве сугубо личного, обязательственного правоотношения следование права залога было бы достаточно трудно объяснить.

Таким образом, вряд ли правильно полагать, что вопрос о вещном или обязательственном характере залога является сугубо доктринальным, он имеет серьезные практические последствия.

1.3. Последние 20 лет в российском гражданском праве залог трактовался скорее как обязательственное правоотношение. Именно с этим, как представляется, связаны основные проблемы практики по залоговым спорам: суды, не понимая, что залог имеет природу ограниченного вещного права, решали казусы на основе подходов, принятых в обязательственном праве, не вполне удовлетворительно, что оказывалось особенно болезненным для залогодержателей.

Такое положение дел не в последнюю очередь связано и с местоположением норм, регулирующих залог, в ГК РФ. Дело в том, что при подготовке действующего ГК РФ 1994 г. законодатель, к сожалению, воспринял подход ГК РСФСР 1964 г., поместив нормы о залоге в раздел «Обязательственное право». По всей видимости, позиция разработчиков ГК РСФСР 1964 г. связана с тем, что раздел «Вещное право», присутствовавший в ГК РСФСР 1922 г. и содержащий нормы о залоге, был упразднен при рекодификации (за ненадобностью), а сами залоговые нормы было необходимо куда-то «пристроить»; скорее всего, раздел «Обязательственное право» показался кодификаторам самым подходящим (ведь залог – это и есть способ обеспечения исполнения обязательств).

При подготовке проекта поправок в ГК РФ, в частности, поднимался вопрос о том, не следует ли весь массив норм о залоге перенести в раздел, посвященный вещным правам. Однако столь радикальное изменение системы ГК РФ было признано нецелесообразным по причинам скорее психологического и практического характера («так уже привыкли»), чем системного. Однако в разделе «Вещное право» проекта обновленной редакции ГК РФ, находящегося на момент написания настоящего комментария на рассмотрении в Государственной Думе, все же содержится гл. 20⁴ «Ипотека», в которую были помещены нормы, регулирующие залог недвижимости.

1.4. Возвращаясь к идее о том, что залоговое право рассматривается законодателем именно как ограниченное вещное право, необходимо отметить, что это довольно четко выражается в тексте § 3 гл. 23 ГК РФ. Необходимо различать договор залога и право залога. Последнее может возникать не только из договора, но и из закона или из ареста. Но даже в случаях договорного залога далеко не всегда факт заключения договора приводит к возникновению самого залогового права.

В случаях, когда речь идет собственно о залоге как о вещном праве, законодатель употребляет выражения «залог» или «право залогодержателя» (см. п. 1 ст. 334, ст. 334¹, п. 2 ст. 335, 335¹, 336, 339¹ ГК РФ и многие другие).

Особенно хорошо разделение залога (как вещного права) и договора залога (как основания возникновения вещного права) заметно в конструкции залога будущей вещи (п. 2 ст. 341 ГК РФ), когда лицо, еще не обладающее правом собственности на имущество, которое является предметом договора залога, тем не менее может выступать залогодателем, т.е. создавать для себя различные обязательства, вытекающие

из договора залога (самое главное такое обязательство — установить залог), но право залога (как вещное право) возникнет не ранее, чем залогодатель приобретет право собственности на заложенную вещь. Таким образом, возможны ситуации, когда договор залога заключен, но залог как вещное право еще не возник¹.

1.5. В абз. 1 п. 1 комментируемой статьи содержится указание на важнейший признак залога, отличающий его от права любого кредитора удовлетворить свои требования из стоимости имущества должника, — залоговый приоритет. Залоговый приоритет означает, что, например, в случае банкротства залогодателя (т.е. столкновения с другими кредиторами залогодателя) залогодержатель имеет преимущество² — он первым удовлетворяет свои требования к залогодателю из денежной суммы, вырученной от продажи предмета залога.

Разумеется, залоговый приоритет имеет значение при банкротстве должника, предоставившего залог. Если у должника достаточно активов для погашения всех долгов перед всеми кредиторами (т.е. ситуация банкротства отсутствует), то кредитору нет необходимости прибегать к реализации залогового приоритета. Он приобретает колоссальное значение в ситуации, когда общей стоимости имущества должника не хватит для удовлетворения всех требований кредиторов, т.е. должник становится банкротом.

Это правило действует и в случае, если залогодателем является не должник по обеспеченному долгу, а иное лицо, заключившее с залогодержателем договор залога в обеспечение обязательства должника. В случае банкротства такого залогодателя залогодержатель имеет право удовлетворяться из стоимости заложенного имущества преимущественно перед кредиторами именно залогодателя (см. п. 20 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58).

1.6. Залоговый приоритет является проявлением так называемого абсолютного характера (т.е. эффекта против любых третьих лиц, в данном случае — против всех других кредиторов залогодателя) залога как вещного права.

В связи с тем что абсолютные права могут быть противопоставлены третьим лицам только в том случае, если эти лица знают или могут знать о существовании этих прав, эффект приоритета у залога возникнет только в том случае, если информация о залоге будет публичной (залог будет зарегистрирован, будет зарегистрировано уведомление о залоге, на предмет залога будут наложены знаки или владение предметом залога будет передано залогодержателю; подробнее см. комментарий к ст. 339¹ ГК РФ). В отсутствие публичности залога он не предоставит кредитору эффекта приоритета, договор залога породит лишь строго обязательственную обязанность залогодателя выдать залогодержателю определенную вещь для целей продажи ее на торгах. Полученные в этом случае при продаже заложенного имущества средства при банкротстве залогодателя будут распределяться без учета приоритета залогодержателя, и залогодержатель сможет претендовать на них на общих основаниях.

¹ Опять же вполне возможна аналогия с куплей-продажей: договор купли-продажи заключен, он породил обязательство продавца передать вещь в собственность покупателя. Но до передачи вещи (движимость) или государственной регистрации перехода права (недвижимость) право собственности на имущество у покупателя не возникает.

² За некоторыми незначительными исключениями, установленными ст. 138 Закона о банкротстве.

1.7. Залогодержатель может отказаться от залогового приоритета по правилам п. 6 ст. 450¹ ГК РФ об отказе от договорных прав (Определение КЭС ВС РФ от 1 августа 2016 г. № 308-ЭС15-6280(3)). В этом случае его требование к залогодателю сохраняется, но при банкротстве последнего у залогодателя не будет преимуществ при распределении средств, извлеченных от реализации предмета залога.

1.8. Как уже упоминалось, по общему правилу залог предоставляет кредитору право удовлетворяться из денежной суммы, вырученной от продажи предмета залога. На протяжении долгого времени (до 2009 г.) современное российское залоговое право придерживалось крайне жесткого подхода, заключающегося в запрете залогодержателю удовлетворяться из стоимости заложенной вещи иначе, чем путем продажи ее на публичных (и только!) торгах. Суды признавали ничтожными условия договоров залога о том, что в случае обращения взыскания залогодатель принимает на себя обязательство передать предмет залога в собственность залогодержателя¹.

Такое решение основывалось в первую очередь на идее защиты имущественных интересов других кредиторов залогодателя, которые могут быть серьезно затронуты в результате того, что залогодержатель мог бы присвоить себе имущество (предмет залога), стоимость которого превосходила бы размер обеспеченного долга. Именно для цели недопущения такого результата было введено (и судами последовательно отстаивалось) императивное правило о продаже предмета залога на торгах.

Однако на протяжении всего времени (и особенно в кризисные 2008–2009 гг.) нормы о реализации предмета залога на публичных торгах продемонстрировали свою явную неэффективность, и в 2009 г. российский законодатель отступился от принципа обязательного превращения предмета залога в деньги путем продажи на торгах, допустив для залогодержателя так называемое право присвоения (*lex commissoria*), т.е. право залогодержателя обратить в свою собственность заложенное ему имущество. При этом законодателем также была решена проблема превышения стоимости присваиваемого предмета залога над суммой долга (см. ст. 350¹ ГК РФ и комментарий к ней).

2. Довольно серьезная новелла в нормах, регулирующих залог, — это признание законодателем за залогом такого качества, которое можно обозначить как *эластичность залога*.

2.1. Смысл этого свойства залога может быть выражен такой формулой: в связи с тем что залог — это право на ценность заложенного имущества, то как бы ни изменялась внешняя форма, в которой существовала в момент установления залога эта ценность, залог сохраняется до тех пор, пока будет существовать фактический или юридический заменитель этой ценности.

2.2. В п. 2 приводится несколько ситуаций действия принципа эластичности.

(а) Страховое возмещение за утрату или повреждение заложенного имущества независимо от того, в чью пользу оно застраховано, если только утрата или повреждение произошли не по причинам, за которые залогодержатель отвечает.

Так, например, если заложенный автомобиль погиб и страховая компания должна выплатить страховое возмещение, у залогодержателя также возникает залоговое

¹ См. п. 46 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 (ред. от 23 июня 2015 г.).

право в отношении требования о выплате страхового возмещения и при условии соблюдения правил ГК РФ о залоге денежных средств – соответствующей суммы выплаченного страхового возмещения.

(б) Причитающееся залогодателю возмещение, предоставляемое взамен заложенного имущества, в частности если право собственности залогодателя на имущество, являющееся предметом залога, прекращается по основаниям и в порядке, которые установлены законом, вследствие изъятия (выкупа) для государственных или муниципальных нужд, реквизиции или национализации, а также в иных случаях, предусмотренных законом.

Представим, что заложенный земельный участок был изъят для государственных нужд, и у публичного образования возникла обязанность по выплате компенсации. В силу принципа эластичности залог как обременение должен автоматически распространиться на эту компенсацию.

(в) Причитающиеся залогодателю или залогодержателю доходы от использования заложенного имущества третьими лицами.

Речь здесь в первую очередь идет об арендной плате, причитающейся арендодателю-залогодателю в случае залога соответствующей сданной в аренду недвижимости. (г)

Причитающееся залогодателю имущество при исполнении третьим лицом обязательства, право требовать исполнения которого является предметом залога.

Например, было заложено право требовать передачи нежилого помещения, возникшее из договора купли-продажи будущей недвижимой вещи (инвестиционного контракта). Застройщик исполнил обязательство перед залогодателем и передал ему в собственность помещение. Оно будет считаться находящимся в залоге у залогодержателя права, так как последнее прекратилось в связи с надлежащим исполнением, а его «экономическим заменителем» стало это помещение; поэтому залог должен автоматически обременить эту новую ценность (разумеется, при условии внесения соответствующей записи в ЕГРП).

2.3. Необходимо обратить внимание на две особенности, которые имеет залог, автоматически распространяющийся на иные объекты в силу принципа «эластичности».

Вопрос о том, является ли в этом случае залог на «подменный» предмет залога (арендную плату, страховое возмещение и т.п.) новым (вновь возникшим) залогом, или сохраняет действие старый залог, охватывающий собой теперь и новый подменный предмет, может быть достаточно дискуссионным.

В двух последних абзацах п. 5 ст. 345 ГК РФ говорится следующее: «Условия договора залога, а также иных соглашений, заключенных сторонами в отношении прежнего предмета залога, применяются к правам и обязанностям сторон в отношении нового предмета залога в той мере, в какой они не противоречат существу (свойствам) этого предмета залога. В случае замены предмета залога старшинство прав залогодержателей, в том числе возникших до предоставления имущества в качестве замены прежнего предмета залога, не изменяется».

Примером применения этой нормы может быть следующая ситуация. Представим себе, что некто заложил автомобиль 1 февраля 2016 г. Он был застрахован, и после наступления страхового случая страховая компания осуществила выплату на залоговый счет страхователя. Однако в отношении всех денежных средств, которые могут быть зачислены на этот залоговый счет, уже был установлен залог

в пользу другого лица, датированный 15 января 2016 г. Комментируемая норма означает, что права залогодержателя прав по договору банковского счета не должны быть ущемлены, он будет иметь приоритет при удовлетворении денежных средств, находящихся на залоговом счете.

Данную норму не следует понимать в том смысле, что более ранний по времени залог, порождающий эффект эластичности, будет иметь приоритет по отношению к залогу, установленному позднее, и обременяющему то имущество, которое будет служить заменой первоначального предмета залога.

Представим себе, что в предыдущем примере залог в отношении залогового счета был установлен хронологически после залога автомобиля, например 15 февраля 2016 г. Было бы несправедливо по отношению к залогодержателю, рассчитывающему на единоличное удовлетворение из денежных средств, зачисляемых на залоговый счет, «отодвинуть» его от предмета залога на позицию младшего залогодержателя. В данном случае принцип эластичности уступит более фундаментальному правовому принципу – невозможности ухудшения правового положения одного лица действиями других лиц без его на то согласия. Представляется, что в данном случае приоритет залоговых рангов должен быть смещен: старшим залогодержателем должен остаться тот, кто до страхового случая имел залог в отношении банковского счета, а залогодержатель автомобиля должен иметь младший залоговый ранг. Впрочем, нельзя не заметить, что такие сложные вопросы залогового старшинства пока в практике не встречаются; разрешение их – дело будущего.

2.4. Что означает распространение залогового обременения на указанные в данном пункте объекты (арендную плату, страховое возмещение и т.п.)? Если речь идет о передаче залогодателю индивидуально-определенного имущества в счет исполнения должником залогодателя своего обязательства, права требования по которому были заложены, ситуация более или менее ясна. После передачи такого имущества залогодателю залог права требования преобразуется в залог данной вещи (в случае с недвижимостью или иными объектами, залог которых подлежит правоустанавливающей регистрации – с момента регистрации залога). Но как быть с остальными указанными в комментируемом пункте примерами, где речь идет о денежном возмещении?

Видимо, законодатель исходит из того, что в таком случае возникает залог права требования на выплату такого возмещения. Но в комментируемом пункте прямо указано, что «залогодержатель вправе требовать причитающиеся ему денежные суммы или иное имущество непосредственно от обязанного лица, если иное не предусмотрено законом или договором». В принципе, здесь, видимо, должны применяться положения ст. 358⁶ ГК РФ о залоге обязательственного права, которые допускают возможность уплаты долга должника залогодателя, являющегося предметом залога, напрямую залогодержателю в счет исполнения обязательства должника, чей долг обеспечен таким залогом. Остается не вполне проясненным вопрос о том, кто же в такой ситуации является кредитором в отношении долга по выплате такого возмещения. Более подробно эти проблемы освещены в комментарии к ст. 358⁶ ГК РФ.

Еще более сложная ситуация возникает в случаях, когда указанные в настоящем пункте денежные возмещения уже перечислены залогодателю и смешались там с иными деньгами залогодателя (после чего, возможно, вовсе израсходованы). Ведь если залогодатель остается кредитором по таким выплатам, выплата может посту-

пить на его счет. Как в такой ситуации обеспечить действия принципа эластичности и залоговый приоритет залогодержателя в отношении денег? ГК РФ оставляет эти вопросы без ответа. Ясно лишь одно: зачисление этих выплат на залоговый счет позволяет сохранить приоритет (подробнее о залоге средств на счете см. ст. 358⁹ ГК РФ).

3. Пункт третий комментируемой статьи содержит классическое правило залогового права: залогодержатель имеет право приоритетного удовлетворения только в отношении стоимости предмета залога; сверх этой стоимости он не пользуется приоритетом и удовлетворяет свои требования к должнику наряду с другими кредиторами.

3.1. Норма сформулирована законодателем как диспозитивная (в ней даже имеется оговорка о возможности предусмотреть в договоре залога иное правило), однако эту диспозитивность следует понимать ограничительно: договор залога не может ухудшать положения лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (ст. 308 ГК РФ).

Следовательно, положение договора залога о том, что в случае недостаточности стоимости заложенного имущества залогодержатель сможет преимущественно перед другими кредиторами удовлетвориться из стоимости другого, незаложенного, имущества залогодателя, будут ничтожны (п. 2 ст. 168 ГК РФ).

Впрочем, следует заметить, что закон допускает ситуацию, когда в залог будет передано все имущество залогодателя (см. абз. 3 п. 2 ст. 339 ГК РФ и комментарий к указанной статье). Однако описанная ранее оговорка не может во всех случаях оцениваться как залог всего имущества по целому ряду причин. Во-первых, установление залога в отношении всего имущества залогодателя возможно только в ограниченном перечне случаев. Во-вторых, положение о приоритете залогодержателя при удовлетворении из иного имущества залогодателя не является содержанием обременения заложенной вещи (т.е. содержанием собственно права залога), оно никогда не приобретет эффекта публичности (например, путем регистрации в каком-либо реестре) и поэтому не может быть противопоставлено иным кредиторам залогодержателя.

В то же время стороны могут договориться о том, что при недостаточности стоимости предмета залога вступит в силу залог в отношении иного имущества залогодателя (т.е. они могут поставить залог иного имущества под отлагательное условие).

3.2. Разумеется, договор залога может содержать условие о том, что в случае недостаточности стоимости заложенной вещи для погашения всех обеспеченных залогом обязательств залогодержатель не будет иметь право удовлетворять свои требования из иного имущества должника, и в оставшейся части долг будет считаться прекращенным. В этом случае обязательство, обеспеченное залогом, прекратится после реализации предмета залога (подп. 4 п. 1 ст. 352 ГК РФ). В некоторых случаях такое правило устанавливает закон (например, применительно к залому вещей в ломбарде об этом говорит п. 5 ст. 358 ГК РФ).

3.3. Абзац 2 п. 3 комментируемой статьи содержит другое классическое правило залогового права (правило о «залоговой сдаче», положительной выручке залогодержателя, иначе называемой *superfluum*): если за предмет залога была выручена сумма большая, чем сумма долга, разница подлежит возврату залогодателю.

3.4. Это правило распространяется не только на случаи, когда предмет залога был реализован способом, предполагающим получение залогодержателем денежной

выручки. Оно подлежит применению и в случае, если залогодержатель присваивает себе вещь в ходе реализации предмета залога, приобретая тем самым право собственности на нее (см. абз. 4 п. 2 ст. 350¹ ГК РФ).

3.5. Обращает на себя внимание тот факт, что законодатель снабжает правило о судьбе положительной залоговой выручки оговоркой о ничтожности договоренности об ином (в случае если такая договоренность будет содержаться в соглашении залогодателя и залогодержателя).

Такой ригоризм связан с новой редакцией ст. 168 ГК РФ, из которой не всегда ясно, будет ли сделка, нарушающая законодательный запрет, оспоримой или ничтожной. Общее правило – оспоримость незаконной сделки – подталкивает законодателя к тому, чтобы активно задействовать прием законодательной техники, предполагающий прямое указание на ничтожность соглашения, отступающего от предписания императивной нормы. Законодатель довольно активно пользуется этим приемом в новых положениях о залоге в ГК РФ. По всей видимости, со временем указание на то, что норма является императивной, через помещение в ее текст оговорки о ничтожности соглашения об ином должно стать обычным приемом законодательной техники в сфере частного права, базирующегося на фундаментальном принципе «можно все, что не запрещено».

4. Обновленное залоговое право ГК РФ основано на идее «залоговый мини-кодекс в кодексе».

Так, § 3 гл. 23 ГК РФ «Залог» разделен на два подпараграфа. Первый – «Общие положения о залоге» – выполняет функции общей части залогового права, содержащей общие положения о возникновении и прекращении залога, правах залогодержателя и залогодателя, залоговом старшинстве, порядке обращения взыскания и реализации предмета залога и т.п. Второй – «Отдельные виды залога» – является особенной частью залогового права, регулирующей отдельные залоговые сделки (залог в ломбарде, залог товаров в обороте, залог акций, залог требований, залог исключительных прав и проч.).

Следовательно, в том случае если договор залога, заключенный сторонами, не содержит условий по поводу какого-либо аспекта взаимоотношений залогодержателя и залогодателя, а в нормах, регулирующих отдельные виды залога, отсутствует какое-либо регулирование на сей счет, то применению подлежат общие нормы залогового права.

4.1. Другая важная особенность регулирования залога в ГК РФ заключается в том, что законодатель предусматривает возможность установления правил, отличных от норм залогового права ГК РФ, в других законах, регулирующих залог отдельных видов имущества.

Наиболее важной особенностью является то, что ГК РФ отдает предпочтение в регулировании залога недвижимости специальному закону – Закону об ипотеке.

Однако все новеллы залогового права, направленные на деформализацию залога, усиление защиты залогодержателя, развитие множественности залогов и т.п., законодатель реализовал пока только в ГК РФ. Закон об ипотеке соответствующим изменениям еще не подвергался.

Многие действующие нормы Закона об ипотеке (о том, что в договоре залога должно содержаться подробное описание обеспеченного долга, должна быть указана

залоговая стоимость; о том, что последующую ипотеку можно запретить договором и т.п.; о том, что добросовестность залогодержателя не учитывается при залоге, установленном несобственником) содержат регулирование, которое резко расходится с тем, что с 1 июля 2014 г. стало действующим общим залоговым правом.

В связи с этим возник такой вопрос: как следует разрешать казусы в сфере залога недвижимости, в которых на основе «новых» общих норм ГК РФ было бы одно решение, а на основе «старых» специальных норм Закона об ипотеке – другое?

Формальный подход заключается в том, что нормы Закона об ипотеке должны применяться как «иное, установленное законом» (абз. 2 п. 4 ст. 334 ГК РФ), и потому новые правила о залоге, противоречащие специальным нормам Закона об ипотеке, не должны действовать в отношении договора ипотеки, пока законодатель не внесет изменения в Закон об ипотеке.

Однако в этом формальном подходе смущает следующее. *Lex specialis* – это осознанно введенное законодателем регулирование, отличающееся от имеющегося общего.

Но многие нормы Закона об ипотеке, отличающиеся от действующих ныне норм залогового права ГК РФ, в свое время были просто дословно скопированы из прежней редакции залогового права ГК РФ в Закон об ипотеке. То есть эти нормы Закона об ипотеке никогда не задумывались законодателем как *lex specialis*. Но возможно ли тогда в принципе квалифицировать их как *lex specialis*? Представляется, история этих норм сама по себе достаточна для того, чтобы не рассматривать их как «специальные».

Таким образом, в подобных случаях коллизию норм ГК РФ и Закона об ипотеке надо решать на основе другого, «темпорального» правила: *lex posterior derogat priori*. ГК РФ как поздний закон должен считаться имеющим большую силу, чем соответствующие правила Закона об ипотеке, если последние в свое время были скопированы в Закон из прежней редакции норм ГК РФ о залоге.

4.2. Хорошим примером, подтверждающим тезис, что общие новые нормы ГК РФ, которые изменили прежние нормы ГК РФ, продублированные в свое время в Законе об ипотеке, будут иметь большую силу, чем специальные старые нормы этого закона, является коллизия нормы абз. 2 п. 3 ст. 349 ГК РФ и абз. 2 п. 5 ст. 55 Закона об ипотеке.

«Старая» норма Закона об ипотеке устанавливает, что обращение взыскания на жилое помещение, принадлежащее гражданину, во внесудебном порядке не допускается. Эта норма дословно воспроизводит положение «старой» редакции абз. 2 п. 3 ст. 349 ГК РФ, который также запрещал внесудебное обращение взыскания на жилое помещение гражданина. То есть, строго говоря, эта норма Закона об ипотеке никогда не была «специальной», она просто воспроизводила общее регулирование, содержащееся в ГК РФ.

Реформа залогового права изменила это общее регулирование: с 1 июля 2014 г. в ГК РФ присутствует правило о том, что внесудебное обращение взыскания на жилое помещение гражданина возможно в случае, если соответствующее соглашение будет заключено после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет ипотеки.

Вряд ли можно всерьез предположить, что законодатель, изменяя норму ГК РФ без одновременного изменения нормы Закона об ипотеке, исходил из того, что вносимая им в ГК РФ норма будет «слабее», чем уже действующая на момент принятия этих поправок норма Закона об ипотеке (как якобы специальная); такое предполо-

жение делает поправку в ст. 349 ГК РФ бессмысленной. Следовательно, необходимо исходить из того, что изменение положений ГК РФ рассматривалось законодателем как создание новых правил, более сильных, чем нормы специального закона.

5. Помимо хорошо известных российскому праву случаев возникновения залога из договора или из закона, п. 5 комментируемой статьи¹ предусматривает еще одно основание для возникновения права залога — это залог в силу ареста. Речь идет о норме п. 5 ст. 334 ГК РФ, в соответствии с которой кредитор, чьи требования обеспечены арестом (адресованным должнику запретом на распоряжение имуществом), наложенным судом или иным уполномоченным органом, рассматривается как залогодержатель арестованного имущества.

5.1. Юридическая природа положения кредитора, чьи обязательственные требования обеспечиваются арестом, является очень своеобразной. При аресте вещи происходит обособление некоторого имущества из имущественной массы должника, которое как бы предназначается кредитору для его, кредитора, удовлетворения. Это очень похоже на залог, правда, устанавливаемый не в силу предписания закона или положения договора, а по решению суда. И дальнейшая логика законодателя также свидетельствует о том, что права кредитора, по чьему требованию был наложен арест, крайне похожи на права залогодержателя.

Один из важнейших признаков залога — это следование залога за вещью, ценность которой служит кредиту для удовлетворения его требований. Пункт 2 ст. 174¹ ГК РФ вводит именно эту конструкцию для последствий продажи имущества, арестованного по обязательственному иску. ВС РФ в Постановлении от 23 июня 2015 г. № 25 (п. 94) разъяснил, что «сделка, совершенная в нарушение запрета на распоряжение имуществом должника, наложенного судом или судебным приставом-исполнителем, в том числе в целях возможного обращения взыскания на такое имущество, является действительной. Ее совершение не препятствует кредитору или иному управомоченному лицу в реализации прав, обеспечиваемых запретом, в частности, посредством подачи иска об обращении взыскания на такое имущество». При этом Суд прямо указал, что это обращение взыскания будет происходить по правилам о залоге.

Идея, согласно которой арест имущества должника порождает залоговое право, характерна для многих правопорядков и признается в актах унификации частного права (ст. IX.-4:107 Модельных правил европейского частного права).

5.2. В комментируемом пункте сделана ссылка на ст. 174¹ ГК РФ, регулиующую в рамках п. 2 этой статьи последствия отчуждения арестованного имущества, что может порождать мнение о том, что залог в силу ареста возникает только при таком отчуждении. Этот подход неверен и не разделяется ВС РФ (п. 94 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Ссылка на ст. 174¹ ГК РФ сделана для указания на то, что далее в п. 5 ст. 334 ГК РФ речь идет о том же запрете на распоряжение, установленном уполномоченными органами, о котором говорит и п. 2 ст. 174¹ ГК РФ.

5.3. В чем польза идеи законодателя признать действительным отчуждение арестованной вещи приобретателю, но считать, что в результате ареста возникает залог, и, следовательно, при отчуждении вещи из-под ареста вещь переходит в собствен-

¹ Авторы благодарят О.Р. Зайцева за помощь в написании комментария к п. 5 ст. 334 ГК РФ.

ность приобретателя, который знал или должен был знать о ее аресте, обремененной залогом? Квалификация требований кредитора, по которым был наложен арест, как залоговых позволяет решить застарелую проблему конкуренции залогового и незалогового кредиторов и проблему возможности ареста предмета залога по незалоговому требованию. До последнего времени такой арест фактически не допускался, что было связано с иным пониманием эффекта ареста (ничтожность всего того, что сделано вопреки аресту), ведь такой арест блокировал бы реализацию заложенной вещи по требованию залогодержателя. Однако если законодатель признает, что арест – это своеобразный «судебный залог», то нет никаких препятствий для того, чтобы арестовывать уже заложенную вещь по требованию иного кредитора.

Это очень важно с практической точки зрения в силу того, что размер долга, обеспеченного залогом, может быть к моменту подачи иска к должнику незалоговым кредитором значительно меньше стоимости залога. Залоговая интерпретация ареста позволяет судам спокойно арестовывать по требованию незалоговых кредиторов предмет залога. Так, например, в случае ареста заложенной вещи по иску незалоговых кредиторов арест будет последующим залогом, обладатель которого может в случае неисполнения по долгу, обеспеченному старшим залогом, и обращением старшим залогодержателем взыскания на предмет залога, присоединиться к старшему залоговому кредитору в процедуре обращения взыскания и реализации имущества. Если этого не произошло, младший залог (в том числе, видимо, и судебный) должен прекратиться, так как младший залоговый кредитор не может умалять требований старшего кредитора. А такое умаление произойдет, если допустить, что младший залог (в данном случае – судебный) сохранится и будет «обременять» продаваемое старшим залогодержателем имущество, снижая его продажную стоимость.

Судебная практика (п. 94 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25) также признала возможность стечения прав залогодержателей в силу договора, закона и ареста.

В то же время следует отметить, что полноценная реализация идеи такого стечения в форме допущения ареста по требованию иных кредиторов заложенного имущества несколько усложняется в связи с тем, что в ч. 3¹ ст. 80 Закона об исполнительном производстве содержится прямой запрет наложения ареста на заложенное имущество должника. Эта норма появилась в законе до вступления в силу положения комментируемой статьи, и, видимо, было бы логично ее отменить.

Залоговая интерпретация ареста также позволяет должнику отдавать в залог третьим лицам арестованное имущество, что может оказаться очень разумным шагом в ситуации, когда арестованная вещь стоит значительно больше объема требования, по которому был наложен арест. В данном случае кредитор, по чьему требованию был установлен арест, будет считаться старшим залогодержателем, а тот залогодержатель, который приобретает право залога на арестованное имущество впоследствии, – младшим.

И, наконец, применение п. 5 ст. 334 ГК РФ позволяет теперь накладывать арест на имущество, которое ранее было арестовано по требованию другого кредитора, с применением к таким кредиторам правил о старшинстве залогов.

Иначе говоря, залоговая теория позволяет максимально эффективно использовать ценность имущества должника как в качестве объекта притязаний незалоговых кредиторов, так и в качестве инструмента привлечения обеспеченных кредитов.

5.4. Однако ключевой элемент правового режима залога – это приоритет. Возникает такой вопрос: что будет с кредитором, в чью пользу наложен арест, если должник либо приобретатель арестованного имущества впадает в банкротство? Следует ли считать, что такой кредитор имеет приоритет, аналогичный залоговому, при банкротстве должника или приобретателя предмета ареста?

Одна из интерпретаций состоит в том, что для реализации основной описанной выше идеи, во имя которой вводилась залоговая теория ареста (максимально эффективное извлечение ценности имущества), нет никакой необходимости развивать залоговую теорию настолько далеко, чтобы такой залог в силу ареста давал кредитору еще и приоритет при банкротстве. Соответственно, при таком подходе банкротство должника или приобретателя предмета ареста должно влечь прекращение залога.

Логика такой позиции следующая. Основным аргументом в пользу признания допустимости ухудшения положения всех иных кредиторов залогодателя в результате заключения залогодателем договора залога с одним из кредиторов является то, что залог позволяет обеспечить привлечение должником более дешевого кредита. Сама возможность кредитования под низкий процент, открытая теоретически всем участникам оборота, крайне важна для развития экономики, и, соответственно, законодатель во имя этой экономической цели признает допустимым такое несправедливое, на первый взгляд, отступление от принципа равенства кредиторов при банкротстве.

Но в случае с залогом в силу ареста это политико-правовое обоснование залога не работает, так как при заключении договора ни один из кредиторов не может быть уверен, что он сможет арестовать имущество должника раньше других кредиторов и что у должника в принципе будет что арестовывать. Соответственно, на снижение ставки при заключении договора наличие туманной перспективы в отдаленной перспективе в случае дефолта должника получить приоритет, если удастся арестовать какое-либо ликвидное имущество должника, сказываться не будет. Следовательно, в данном случае несправедливость залога как отступления от принципа равенства кредиторов при банкротстве не компенсируется серьезными экономическими преимуществами. Соответственно, при такой интерпретации залог, введенный на основании ареста, должен прекращаться при банкротстве должника, чье имущество было арестовано.

Однако следует признать, что такая интерпретация лишает залог в силу ареста ключевого и конституирующего элемента правового режима залога, а именно приоритета.

Другая интерпретация делает акцент на том, что закон не вводит никаких оговорок на этот счет и говорит о возникновении полноценного залога, который в силу общих норм о залоге обладает характеристикой приоритета. Соответственно, если это залог, то банкротство должника или приобретателя предмета ареста не прекращает залог, и кредитор сохраняет приоритет и статус залогового кредитора в деле о банкротстве.

Думается, что вторая интерпретация является более логичной как минимум с формальной точки зрения. С политико-правовой точки зрения обоснование этого вывода может быть таким: право защищает активных, тех, кто первыми добивается лучшего обеспечения своих требований за счет имущества должника или третьего лица. Таковым является кредитор, первым заключивший договор залога; таковым является и кредитор, первым добившийся наложения ареста на имущество долж-

ника. Впрочем, надо признать, что далеко не всегда тот кредитор, который добился ареста, в чем-либо превосходит иных кредиторов, такого ареста не добившихся, так как последние могли не подавать иски просто в силу того, что сроки погашения долгов по их требованиям еще не наступили. Но, судя по всему, отечественное право этот нюанс считает непринципиальным.

На настоящий момент однозначная позиция по данному вопросу в практике ВС РФ не утвердилась.

5.5. Какие стимулы создает предоставление кредитору, по требованию которого суд или пристав наложил арест на имущество должника, залогового приоритета (в том числе в рамках дела о банкротстве)? С одной стороны, если добившийся ареста кредитор впоследствии узнает, что у должника есть признаки неплатежеспособности, он может не торопиться инициировать возбуждение дела о его банкротстве (ибо у него есть надежное залоговое обеспечение). Иначе говоря, это в ряде случаев может давать должнику передышку и возможность восстановить свое финансовое положение. С другой стороны, предоставление такого преимущества, как приоритет при банкротстве должника, стимулирует кредиторов как можно скорее инициировать иски о взыскании долга и прикладывать максимальные усилия для ареста активов должника, так как от того, кто первый арестует какой-либо ключевой актив должника, зависят перспективы на получение удовлетворения в рамках дела о банкротстве должника, если таковое будет впоследствии возбуждено.

С учетом российских реалий применения законодательства о банкротстве, де-факто исключающих получение незалоговыми кредиторами чего-либо в ходе конкурсного производства, тот кредитор, который успел арестовать активы должника первым, имеет все шансы получить удовлетворение в рамках дела о банкротстве, остальные же незалоговые кредиторы, не успевшие добиться ареста (например, в силу того, что их требования к должнику еще не созрели), какие-либо шансы на удовлетворение своих требований теряют.

5.6. Если в судебной практике окончательно утвердится идея о том, что залог сохраняется при банкротстве, снятие арестов в рамках дела о банкротстве, предписанное рядом норм Закона о банкротстве, не должно по общему правилу влечь прекращение залога. Нормы Закона о банкротстве о прекращении ареста при введении тех или иных процедур банкротства (например, абз. 4 п. 1 ст. 63 и абз. 9 п. 1 ст. 126) сами по себе не могут рассматриваться как означающие прекращение залога в силу ареста при банкротстве, поскольку эти нормы Закона о банкротстве были приняты в то время, когда арест понимался как запрет на отчуждение, влекущий ничтожность сделок. Соответственно, целью этих норм было устранить препятствия для реализации конкурсным управляющим конкурсной массы; залог же (в том числе в силу ареста) реализации имущества при банкротстве не препятствует.

5.7. Разумеется, в случаях, когда при банкротстве собственника арестованного имущества такой приоритет будет являться следствием злоупотреблений, кредитор не должен его получать.

Кроме того, серьезным вопросом является проблема сохранения залогового приоритета в тех случаях, когда арест был наложен в непосредственном преддверии банкротства (в пределах шести месяцев для принятия судом заявления о банкротстве должника) и влечет предпочтительное удовлетворение требований данного кредитора. Если бы такой залог вводился на основании сделки, она могла бы быть оспорена

по правилам об оспаривании сделок с предпочтением (ст. 61³ Закона о банкротстве) и при соблюдении условий, указанных в данной статье.

Залог в силу ареста вводится не на основании сделки, и поэтому возникают определенные формальные препятствия к применению ст. 61³ Закона о банкротстве в той части, в которой он позволяет оспаривать вытекающее из того или иного обеспечения преимущество, полученное одним из кредиторов в преддверии банкротства. В то же время, несмотря на это формальное препятствие, залог на основании ареста в такой ситуации логично, видимо, прекращать и лишать кредитора приоритета по основаниям, указанным в ст. 61³ Закона о банкротстве.

Нужно иметь в виду, что правовое регулирование банкротства допускает конкурсное оспаривание не только традиционных гражданско-правовых сделок, но и других сходных юридических действий, в том числе с процессуальным элементом, например, утвержденного судом мирового соглашения или действий пристава по перечислению средств взыскателю (п. 3 ст. 61¹ Закона о банкротстве, подп. 6, 7 п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63). Кроме того, действующему российскому праву известны и примеры оспаривания по правилам о сделках и чисто процессуальных актов в отсутствие непосредственной имущественной составляющей – оспаривание отказа от иска или признания иска (подп. 3 п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 16 мая 2014 г. № 28).

При этом представляется, что оптимальным будет не применение процедуры оспаривания соответствующего судебного акта или акта судебных приставов о наложении ареста, а обсуждение получения (неполучения в связи с предпочтением) статуса обеспеченного кредитора в деле о банкротстве при рассмотрении требования такого кредитора в деле о банкротстве.

При конкурсном оспаривании залога, возникающего из ареста, не должна применяться презумпция недобросовестности залогодержателя при послесрочном залоге (абз. 2 п. 1 и п. 3 ст. 61³ Закона о банкротстве), поскольку если при договорном залоге предоставление залога спустя существенный промежуток времени после выдачи кредита в действительности необычно (и потому подозрительно), то при судебном залоге, напротив, залог всегда возникает после выдачи кредита, и потому тут нет ничего подозрительного. Соответственно, при оспаривании залога в силу ареста по правилам п. 3 ст. 61³ Закона о банкротстве необходимо доказывать недобросовестность залогодержателя.

Наконец, следует заметить, что защита активных (и сильных) кредиторов в некоторых случаях при банкротстве должника отступает перед иными группами кредиторов – недобровольными кредиторами (деликты в отношении жизни (здоровья)); кредиторами, чьи требования являются социально значимыми (алиментные кредиторы, вкладчики банков и т.п.). Эти балансы также обнаруживают себя в законодательстве о банкротстве (ст. 138 Закона о банкротстве). Разумно, на наш взгляд, если бы эти балансы проявляли себя и в случае с обеспечением требований кредитора путем ареста. Представляется, что отсылка к залоговому праву позволяет теперь решить эту проблему.

5.8. Интересным является вопрос, любой ли арест дает эффект залога – суда ли или еще и пристава-исполнителя?

Из текста п. 5 ст. 334 и п. 2 ст. 174¹ ГК РФ, на которые ссылается норма п. 5 ст. 334 ГК РФ, следует, что любой. Между тем общеизвестно, что добиться принятия судом

обеспечительных мер истцам значительно сложнее, чем взыскателям в исполнительном производстве; приставы арестовывают имущество должника фактически в автоматическом режиме. Это, без сомнений, ставит участников споров в неравное положение. Любопытно, что разница в подходах к залогу, возникающему из ареста, наложенного судом, и из ареста, наложенного, например, приставом, может обосновываться п. 1 ст. 63 Закона о банкротстве, в котором устанавливается, что в ходе наблюдения все аресты, наложенные в ходе исполнительного производства в отношении имущества должника, снимаются. Соответственно, встречается точка зрения, согласно которой залог в силу ареста, хотя и возникает в случае ареста, наложенного в рамках исполнительного производства, но прекращается при банкротстве должника или приобретателя предмета ареста, не предоставляя кредитору залогового приоритета.

Однако, согласно иному мнению, все эти отличия вряд ли могут оправдать существенно разное решение в отношении судебного ареста и ареста, накладываемого в ходе исполнительного производства: и в первом, и во втором случаях происходит обособление части имущества должника в целях удовлетворения интересов кредитора, для должника распоряжение этим имуществом становится затруднительным и т.п. То есть в обоих случаях имеются общие признаки того, что можно также условно обозначить как принудительный залог. Представляется, что такое решение является более логичным. Соответственно, кредитор, в отношении требования которого приставы наложили арест на имущество должника до возбуждения против него дела о банкротстве, будет иметь залоговый приоритет в деле о банкротстве и окажется в преимущественном положении по сравнению с иными необеспеченными кредиторами, которые не успели дойти до стадии исполнительного производства по своим искам к моменту возбуждения дела о банкротстве или вовсе не инициировали иски против должника к этому моменту (например, из-за отсутствия просрочки по причитающимся им долгам). Применение правил о залоге в отношении ареста, наложенного приставами-исполнителями, признано и в практике ВС РФ (п. 94 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

5.9. Но аресты накладывают в России не только суды и приставы-исполнители. Сомнения возникают в связи с арестами, которые накладываются налоговыми органами в отношении имущества налогоплательщиков. Однако налоговые органы одновременно являются и кредиторами по требованию об уплате обязательных платежей. Если признать, что они могут устанавливать залог одним лишь своей волеизъявлением (путем ареста имущества налогоплательщика), то это может серьезно ущемить интересы других кредиторов, пытающихся обратить взыскание на имущество должника в ходе исполнительного производства и нарушить принцип равенства всех кредиторов должника. Кроме того, ГК РФ явным образом регулирует лишь ситуацию наложения ареста по требованию кредиторов по гражданско-правовым обязательствам; аресты, наложенные государственными органами в связи с публично-правовыми притязаниями, залог порождать не могут, так как обеспечение залогом таких притязаний как минимум гражданским законодательством не предусмотрено.

5.10. Интересен также вопрос об аресте чужой вещи, т.е. вещи, права на которую на самом деле не принадлежат должнику. По идее, вследствие доктрины защиты добросовестного залогодержателя (абз. 2 и 3 п. 2 ст. 335 ГК РФ) обеспечение в пользу кредитора, который не знал и не мог знать о том, что вещь чужая, должно сохранить-

ся, за исключением случаев, когда вещь выбыла из владения собственника против его воли. Если, например, вещь находилась в аренде у должника, и он не раскрыл этот факт при наложении ареста, добросовестный кредитор, добившийся ареста, получит залог в отношении данной вещи, несмотря на то что вещь должнику не принадлежит. Но если данная вещь была ранее украдена должником у собственника или должником была приобретена краденая вещь, даже добросовестность кредитора не поможет ему сохранить залог.

5.11. С какого момента возникает право залога в силу ареста? Пункт 5 ст. 334 ГК РФ говорит о том, что права залогодержателя возникают с момента вступления в силу судебного решения.

Но это решение законодателя вызывает определенные вопросы. Получается, что, если арест наложен в качестве обеспечительной меры до вступления в силу судебного решения, залог не возникает до момента вступления решения в силу. Что же в таком случае произойдет, если арестованное имущество будет отчуждено должником третьему лицу до вступления в силу решения? Если в момент отчуждения нет залога, и при этом закон отказывается признавать отчуждение из-под ареста недействительным, то имущество перейдет в собственность приобретателя необремененным арестом. В связи с этим следует обратить внимание на абз. 3 п. 94 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, где Суд, по сути, вопреки букве закона указал на то, что для ареста, наложенного судом или судебным приставом-исполнителем, датой возникновения залога «считается дата наложения ареста, а в отношении имущества, права на которое подлежат государственной регистрации, — дата внесения в соответствующий государственный реестр записи об аресте». Иначе говоря, ВС РФ де-факто скорректировал положение закона. Но, по сути, такого же результата можно было бы добиться за счет применения п. 4 ст. 1 ГК РФ без вступления в прямой конфликт с буквой закона.

При этом ВС РФ признал, что принудительная реализация прав кредитора, являющегося залогодержателем в силу ареста, путем обращения взыскания возможна «только со дня вступления в силу решения суда, которым удовлетворены требования, обеспечиваемые запретом» (п. 94 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Но здесь возникает вопрос о том, как это соотносится с положениями ГК РФ о публичности залога. Если в силу закона регистрация залога носит правоустанавливающий характер (например, недвижимость, доли в ООО, акции), вряд ли сам залог может считаться возникшим в силу ареста в момент наложения ареста (или вступления в силу судебного решения). Залог в таких случаях будет возникать лишь в момент регистрации залога в соответствующих реестрах. При отчуждении арестованного имущества должником до осуществления такой регистрации имущество перейдет приобретателю необремененным залогом. На необходимость такой правоустанавливающей регистрации прямо указано в абз. 3 п. 94 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2016 г. № 25. В отношении остальных предметов ареста залог будет возникать сразу же в момент наложения ареста, но до придания залогом публичности по правилам ст. 339¹ ГК РФ (например, регистрация уведомлений о залоге в нотариальном реестре) кредитор будет нести риски прекращения залога в связи с несанкционированным отчуждением должником предмета ареста третьим лицам, которые окажутся, вероятнее всего, добросовестными, а также предоставления

должником арестованного имущества в залог другим добросовестным кредиторам, которые, не зная о наличии более раннего залога в силу ареста, окажутся старшими кредиторами по отношению к инициатору ареста в силу того, что старшинство залогов должно определяться по дате придания залогом публичности (если только последующий залогодержатель не знал о наложенном аресте из иных источников). Поэтому кредиторы, добившиеся ареста, должны поторопиться осуществить правоустанавливающую регистрацию залога или зарегистрировать уведомление о залоге в соответствии с правилами ст. 339¹ ГК РФ.

Наконец, указание в ГК РФ на то, что залог считается установленным с момента вступления в силу судебного решения с учетом фактического дезавуирования этого правила ВС РФ, который настаивает на появлении залога с момента наложения ареста, необходимо согласовать с ситуацией ареста на стадии исполнительного производства. Если следовать букве ГК РФ, залог будет считаться возникшим ретроспективно, что очень странно. Если же следовать позиции ВС РФ, сформулированной по сути *contra legem*, ситуация становится несколько более логичной: такой «исполнительный арест» будет считаться введенным лишь в момент его наложения приставами-исполнителями.

5.12. Разумеется, если арест — это источник возникновения залога, то должны применяться и доктрины, связанные с защитой лица, которое приобрело имущество, не зная и не имея возможности знать о судебном залоге (аресте). Собственно, это и предусмотрено в п. 2 ст. 174¹ ГК РФ: кредитор, добившийся ареста, сохраняет «права, обеспеченные арестом» и при отчуждении арестованного имущества третьему лицу, «за исключением случаев, если приобретатель имущества не знал и не должен был знать о запрете». При этом в силу п. 95 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 добросовестность приобретателя презюмируется, и бремя доказывания его недобросовестности лежит на кредиторе. Если залог был опубликован надлежащим образом (например, путем регистрации уведомления о залоге в нотариальном реестре), эта презумпция будет опровергнута. В обратном случае кредитор может столкнуться с серьезными проблемами в доказывании недобросовестности приобретателя арестованного имущества.

Тот факт, что судебные акты об аресте могли быть доступными в Интернете, сам по себе не является доказательством недобросовестности приобретателя (п. 95 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Если в суде недобросовестность приобретателя не будет доказана, право будет исходить из того, что залог прекратился в момент отчуждения арестованного имущества добросовестному приобретателю, а арест подлежит снятию (п. 96 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Согласно Постановлению Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 (п. 68) при наложении приставами-исполнителями ареста на заложенное имущество они должны известить приобретателей такого имущества на торгах о том, что продается имущество, обремененное залогом. При этом «продажа заложенного имущества в отсутствие требуемого извещения и его приобретение лицом, которое не знало и не должно было знать, что имущество является предметом залога, в силу подпункта 2 пункта 1 статьи 352 ГК РФ влечет прекращение залога. В этом случае залогодержатель вправе требовать возмещения убытков с лица, на которое возложена обязанность предоставления информации об обременении имущества».

Остается лишь отметить, что, если суд в качестве обеспечительных мер не только ввел арест, но и издал предписание соответствующим органам и структурам, ведущим публичные или частные реестры прав на арестованное имущество (ЕГРП – в отношении недвижимости, ЕГРЮЛ – в отношении доли в ООО, регистраторам – в отношении акций и т.п.), сама возможность фактического отчуждения имущества окажется заблокированной. С точки зрения интересов кредитора такое усиление ареста, адресованного должнику, запретом на проведение операций по отчуждению имущества в соответствующем реестре, адресованным институтам, ведущим такой реестр, является крайне предпочтительным, так как исключает споры в отношении сохранения залогового обременения и добросовестности приобретателя.

5.13. Кроме того, заслуживает внимания и проблема публичности такого рода обременений (разнообразных арестов) в контексте проблемы определения старшинства при стечении залогодержателей. Комментируемая норма гласит: «Очередность удовлетворения указанных требований определяется в соответствии с положениями статьи 342¹ настоящего Кодекса по дате, на которую соответствующий запрет считается возникшим».

Согласно позиции ВС РФ (п. 94 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25) при сдаче в залог третьим лицам арестованного имущества или аресте по требованию незалоговых кредиторов заложенного имущества старшинство залога определяется по общему правилу по дате наложения ареста судом или приставом. Исключение сделано в отношении имущества, права на которое подлежат государственной регистрации: здесь старшинство определяется датой внесения в соответствующий государственный реестр записи об аресте (п. 2 ст. 8¹, п. 5 ст. 334, п. 1 ст. 342¹ ГК РФ).

Но насколько правильно такое решение? Представляется более справедливым считать в качестве даты определения старшинства в отношении залога (ареста) имущества, не подлежащего государственной регистрации, дату учета залога в соответствии с правилами ст. 339¹ ГК РФ, если не будет доказано, что последующий залогодержатель знал о возникновении неучтенного в реестре залога на соответствующее имущество в отношении иного залогодержателя.

5.14. Необходим ли отдельный иск кредитора об обращении взыскания на предмет ареста, адресованный недобросовестному приобретателю арестованного имущества? Или обращение взыскания будет производиться в рамках того же дела, в рамках которого арест был введен?

Абзац 2 п. 94 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 содержит намек на необходимость такого иска, но абсолютной ясности в этом вопросе пока нет. Очевидно, что вопрос об установлении добросовестности приобретателя должен разрешаться в рамках полноценного судебного разбирательства. Остается лишь решить, должен ли это быть отдельный судебный процесс, инициированный кредитором против приобретателя, или этот вопрос может быть прояснен в рамках отдельного «мини-процесса» в рамках процедуры исполнения судебного решения по первоначальному спору, в рамках которого был наложен арест (в порядке ст. 77 Закона об исполнительном производстве, см. также п. 61 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50).

5.15. При аресте денежных средств на банковском счете должны применяться правила о залоге денег на счете (ст. 358⁹–358¹⁴). При этом залог должен, видимо,

возникать в этом случае не с момента вынесения соответствующего акта суда или приставов-исполнителей, а в момент доведения до банка, обслуживающего соответствующий счет должника, информации об аресте (при аресте на стадии исполнительного производства в соответствии с ч. 1 ст. 81 Закона об исполнительном производстве). Этот вывод следует из ст. 358¹¹ ГК РФ.

Открытие специального залогового счета для учета арестованных денежных средств, видимо, в данном случае не требуется. При этом, если на счете в этот момент недостаточно средств, все поступающие на счет средства будут считаться попадающими под залог в пределах арестованной суммы.

5.16. Важно также обратить внимание на вывод ВС РФ (п. 97 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25) о том, что нормы о залоговом эффекте ареста применяются лишь к тем арестам, которые были наложены судом в целях удовлетворения истцов – кредиторов по обязательственным денежным искам. В случае же если арест был наложен в рамках вещно-правового спора, положения п. 2 ст. 174¹ и п. 5 ст. 334 ГК РФ применению не подлежат. Кроме того, ВС РФ полагает, что эти нормы не подлежат применению в случае, если арест был наложен в рамках споров о возврате индивидуально-определенного имущества, переданного по недействительной сделке (ст. 167 ГК РФ), об отобрании индивидуально-определенной вещи у должника (ст. 398 ГК РФ) и о возвращении имущества, составляющего неосновательное обогащение приобретателя (ст. 1104 ГК РФ).

Что же произойдет, если арестованное по таким искам имущество будет отчуждено ответчиком третьим лицам? Закон на этот счет молчит. Логично, видимо, допускать оспаривание таких сделок отчуждения по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ или возможно признание их ничтожными при условии, что доказана недобросовестность приобретателя.

Статья 334¹. Основания возникновения залога

1. Залог между залогодателем и залогодержателем возникает на основании договора. В случаях, установленных законом, залог возникает при наступлении указанных в законе обстоятельств (залог на основании закона).

2. Правила настоящего Кодекса о залоге на основании договора соответственно применяются к залому, возникшему на основании закона, если законом не установлено иное.

3. В случае возникновения залога на основании закона залогодатель и залогодержатель вправе заключить соглашение, регулирующее их отношения. К такому соглашению применяются правила настоящего Кодекса о форме договора залога.

Комментарий

1. Комментируемая норма устанавливает два основания для возникновения залога: во-первых, возникновение залога в силу воли сторон, направленной на возникновение залогового правоотношения, и, во-вторых, положение закона, императивно или диспозитивно устанавливающее такое правоотношение для тех или иных случаев.

1.1. Залог как вещное право возникает чаще всего на основании волеизъявления собственника обременяемой вещи или правообладателя в отношении иного иму-

шества (участника ООО или акционера в отношении доли или акций, кредитора в отношении права требования, обладателя исключительного права в отношении соответствующих объектов интеллектуальной собственности и т.п.) с одной стороны и кредитора по некоему обязательству, обеспечиваемому таким залогом, — с другой. Это волеизъявление может состоять в заключении с кредитором (залогодержателем) договора залога. В этом случае залог (по общему правилу) возникнет в момент заключения договора (исключением из этого правила являются случаи, когда для возникновения залога необходима его регистрация в специальных реестрах; случаи, когда заключается договор залога будущей вещи; случаи, когда залог устанавливается в обеспечение будущих требований).

1.2. Существует несколько групп случаев, когда закон предусматривает законный залог.

(а) Одно из оснований для возникновения залога в силу закона — это волеизъявление собственника, которое непосредственно не направлено на обременение вещи, но, тем не менее, такое обременение порождает, так как законодатель связывает возникновение залога с соответствующим волеизъявлением в целях защиты слабого кредитора. Например, законодатель понимает, что переговорная позиция кредитора настолько слаба, что он самостоятельно не смог бы выговорить серьезное обеспечение своего требования, и пытается усилить положение соответствующей стороны, предписывая возникновение залога в силу закона. К числу подобного рода случаев относится законный залог, возникающий у участников долевого строительства (ст. 13 Закона об участии в долевом строительстве). Те же соображения повлекли за собой наделение получателя ренты статусом залогодержателя в силу закона (п. 1 ст. 587 ГК РФ).

(б) Кроме того, законный залог возникает в ситуации, когда законодатель желает дать лучшую защиту недобровольным кредиторам (в первую очередь деликтным) (см. ст. 367 КТМ РФ о так называемом морском залоге). В этом случае установление правила о том, что то или иное требование кредитора будет считаться обеспеченным залогом определенного имущества, дает такому кредитору приоритет перед другими кредиторами в случае, если должник, не исполнивший обязательство, впадет в банкротство.

Таким образом законодатель отчасти решает сложнейший вопрос банкротного права, заключающийся в поиске баланса интересов и справедливого решения для случая, когда у банкрота имеются добровольные необеспеченные кредиторы (которые, как обычно предполагается, осознанно предоставляют тот или иной необеспеченный кредит должнику и тем самым принимают на себя риск его банкротства), добровольные обеспеченные кредиторы (которые по тем или иным причинам выговорили себе обеспечение путем обременения имущества должника залога) и недобровольные кредиторы (как правило, это лица, потерпевшие ущерб в результате деликта). В отношении последних было бы совершенно неверно предполагать, что они подразумеваемо несут вместе с добровольными необеспеченными кредиторами риск банкротства должника (и одновременно с ними осознанно согласились с приоритетом обеспеченных кредиторов). Потерпевшие, например, от деликтов (причинения вреда личности или имуществу) должны иметь при банкротстве должника преимущество хотя бы перед добровольными необеспеченными кредиторами, а в идеале — находиться при банкротстве должника в положении, аналогичном положению залоговых кредиторов. К сожалению, это решение в россий-

ском законодательстве в виде общего правила не установлено. Но вышеуказанный пример со ст. 367 КТМ РФ показывает, что в некоторых редких случаях законодатель на такой шаг в отношении ряда недобровольных кредиторов идет.

(в) Иногда законный залог вводится законодателем как мера, способствующая развитию кредита и упрощению его предоставления (п. 5 ст. 488 ГК РФ, многочисленные ипотечки в пользу банка, кредитующего в той или иной форме покупку, ремонт, реконструкцию или строительство недвижимости, установленные в Законе об ипотеке). В данном случае целью введения правил о законном залоге является, по сути, упрощение оформления отношений между кредитором и должником. Им нет необходимости совершать отдельное волеизъявление, направленное на установление залога в пользу кредитора. Так, поставщику и покупателю (в случае если первый хочет предоставить коммерческий кредит последнему в виде, например, отсрочки платежа) достаточно одного лишь условия в договоре купли-продажи о том, что проданный товар будет оплачен не незамедлительно, а спустя какое-то время: залог на переданный товар будет считаться установленным в силу закона. Равным образом банку и клиенту достаточно заключить договор кредита, целью которого будет покупка (строительство) недвижимости; при этом нет необходимости заключать сложный договор ипотеки — соответствующая недвижимость будет считаться обремененной ипотекой в силу указания закона.

1.3. Законный залог бывает императивным и диспозитивным. Последнее означает, что стороны соответствующего договора могут отменить действие нормы о том, что то или иное имущество будет находиться в залоге, возникающем в силу закона. Например, это может быть связано с тем, что кредитор и должник находятся в давних деловых связях и вполне доверяют друг другу; либо кредитор уже имеет другое достаточное обременение.

Разумеется, диспозитивным является только законный залог, установленный законодателем ради стимулирования предоставления кредита (например, п. 5 ст. 488 ГК РФ). В данных случаях, если стороны не желают устанавливать диспозитивно предложенный законом залог, они просто исключают его в своем соглашении. Иначе говоря, законодатель просто исходит из того, что в большинстве случаев установление такого залога будет отвечать подразумеваемым ожиданиям сторон и снижает трансакционные издержки на согласование залога, устанавливая последний по умолчанию.

Правда, есть большие сомнения в том, что положение п. 5 ст. 488 ГК РФ о законном залоге в отношении долга за переданный с отсрочкой платежа товар соответствует ожиданиям большинства сторон договора купли-продажи (особенно родовых и потребляемых товаров), а соответственно, и сомнения в адекватности установления законодателем правила о законном залоге в такой ситуации по умолчанию.

Законный залог, вводимый ради обеспечения интересов слабой стороны или для защиты недобровольных кредиторов, разумеется, является императивным и не может быть отменен соглашением сторон. Впрочем, никто не может принудить кредиторов-залогодержателей впоследствии просто не пользоваться своими залоговыми правами.

2. К законному залогу применяются правила, регулирующие договорный залог. Комментируемый пункт устанавливает, что изъятия из правил о договорном залоге

для законного залога могут быть установлены только законом. Строго говоря, сегодня таких норм, прямо изымающих законный залог из-под действия тех или иных норм о договорном залоге, нет.

Однако это не означает, что такие правила не могут выводиться путем толкования закона. Так, например, при законном залоге стороны не определяют стоимость предмета залога (ст. 340 ГК РФ). Это связано с тем, что стороны законного залога по общему правилу вообще не вступают в какие-либо соглашения друг с другом, которые бы имели своей целью урегулировать те или иные аспекты залогового обременения.

2.1. Законный залог регистрируется по тем же правилам, по которым регистрируется договорный залог (см. подробнее комментарий к ст. 339¹ ГК РФ). Таким образом, законная ипотека, а также залог, возникающий при отсрочке оплаты доли в уставном капитале ООО или ценных бумаг, приобретают силу лишь при условии внесения соответствующей записи в реестр.

В отношении ипотеки данное положение является относительно новым, так как до марта 2012 г. (до вступления в силу поправок в Закон об ипотеке, внесенных Федеральным законом от 6 декабря 2011 г. № 405-ФЗ) законная ипотека возникала с момента государственной регистрации права собственности залогодателя на имущество, которое считалось находящимся в законной ипотеке. Соответственно, такая ипотека могла быть и не зарегистрированной вовсе, но, тем не менее, она существовала. Соответственно, любые лица, приобретшие имущество от залогодателя, оказывались по умолчанию связанными такой непубличной («тайной») ипотекой¹.

Ситуация довольно резко изменилась после марта 2012 г., когда законодатель отказался от идеи существования непубличных законных ипотек, признав, что законная ипотека возникает с момента государственной регистрации ее в реестре (ст. 11 Закона об ипотеке).

Законные залогов, возникающие в отношении объектов, залог которых не подлежит правоустанавливающей регистрации, могут быть раскрыты в порядке, установленном в ст. 339¹ ГК РФ путем опубликования сведений о таких залогах в реестре нотариальных уведомлений о залоге недвижимого имущества.

3. Как уже упоминалось выше, смысл законного залога состоит в том, чтобы избавить залогодателя и залогодержателя от необходимости делать самостоятельное волеизъявление относительно установления обременения.

Это, помимо прочего, означает, что в отношениях сторон будут применяться все правила ГК РФ о залоге (либо положения специального залогового законодатель-

¹ Единственное исключение из этого правила — возможная добросовестность покупателя недвижимости, обремененной тайной законной ипотекой. Однако в реальности доказать добросовестность покупателю было крайне тяжело, так как господствующий сегодня в России стандарт осмотрительного поведения при приобретении недвижимого имущества заключается, в том числе, в изучении покупателем документов, на основании которых отчуждатель в свое время приобрел недвижимость. Соответственно, покупатель должен считаться знающим, например, об условии договора об отсрочке платежа (а именно это условие и порождает ипотеку в силу закона). В современных же условиях в силу указания закона на необходимость регистрации ипотеки добросовестность приобретателя не имеет значения: даже если он знал о наличии отсрочки платежа в договоре, на основании которого продавец в свою очередь приобрел недвижимость у предыдущего собственника, он приобретет недвижимость не обремененной ипотекой, если на момент отчуждения записи в ЕГРП об ипотеке не было.

ства), в том числе и регулирование, устанавливаемое законодателем в диспозитивных нормах залогового права в качестве правила по умолчанию.

3.1. Однако вполне возможны случаи, когда стороны отношений, возникающих из залога в силу закона, будут заинтересованы в том, чтобы воспользоваться диспозитивным характером соответствующих норм залогового права и предусмотреть для их конкретного законного залога какую-то конфигурацию, которая будет отличаться от установленных законом правил по умолчанию. Например, залогодержатель и залогодатель могут договориться о том, что взыскание на имущество, обременяемое в пользу кредитора в силу указания закона, будет обращаться не в общем порядке (судебное обращение взыскания), а в ином порядке, например, путем совершения нотариусом исполнительной надписи. Другой пример: стороны залоговых отношений, возникших в силу закона, могут урегулировать процедуру реализации предмета залога (например, установить цену заложенного имущества, с которой начнутся торги, установить отличный от предусмотренного в законе порядок реализации предмета залога и проч.).

Для подобных ситуаций законодатель предусмотрел в п. 3 комментируемой статьи правило о том, что залогодатель и залогодержатель вправе заключить «соглашение, регулирующее их отношения». К такому соглашению подлежат применению правила о форме договора залога.

3.2. Несмотря на кажущуюся очевидность этого правила, оно не такое простое. Во всяком случае, оно не может быть разрешено исключительно на основе характерного для обязательственного права (а залог, как уже упоминалось выше, — это вещное право) принципа «можно все, что не запрещено». Содержание вещного права обычно устанавливается законом, и стороны могут оказывать влияние на него лишь в случаях и в пределах, установленных законом. В связи с этим при обсуждении последствий заключения соглашения, регулирующего вопросы законного залога, следует четко разделять строго обязательственный эффект этого соглашения (для сторон, его подписавших) и вопросы вещного права (т.е. собственно содержания права залога).

Во-первых, следует понимать, что простое соглашение залогодержателя и залогодателя, регулирующее их отношения по законному залому, по общему правилу будет иметь строго обязательственный эффект: оно будет связывать только лиц, его подписавших. Для того чтобы соответствующие положения приобрели эффект против третьих лиц, необходимо зарегистрировать изменения в регистрационную запись о залоге (в случае если залог возникает только с момента регистрации) либо сделать дополнения к уведомлению о залоге, указав, что залогодатель и залогодержатель заключили соглашение о порядке осуществления законного залога. Только в этом случае положения соглашения приобретут эффект против всех третьих лиц (например, новых собственников заложенного имущества, других залогодержателей, арендаторов и проч.).

Во-вторых, следует обратить внимание на то, что законодатель, по сути, устанавливает только одно требование к форме договора залога — он должен быть заключен в простой письменной форме (п. 3 ст. 339 ГК РФ). Соответственно, мыслимым является заключение договора залога путем обмена письменными (или даже электронными) документами, позволяющими достоверно установить лицо, от которого исходит соответствующий документ (ст. 434 ГК РФ). Для договора ипотеки установлено более строгое правило — он должен быть заключен в простой письменной

форме путем составления единого документа (п. 1 ст. 10 Закона об ипотеке). В нотариальной форме соглашение залогодержателя и залогодателя, регулирующее их отношения по законному залогу, должно быть заключено лишь в том случае, если закон предусматривает, что договор залога соответствующей вещи должен быть заключен в нотариальной форме (например, залог доли в уставном капитале), либо имеются иные предписания относительно обязательной нотариальной формы договора залога (например, соглашение будет содержать положение об обращении взыскания на предмет залога путем исполнительной надписи нотариуса).

В-третьих, положение комментируемого пункта следует оценивать с учетом преследуемых законодателем целей, ради которых он вводит тот или иной случай законного залога. Например, если законный залог вводится ради защиты слабой стороны правоотношений (т.е. стороны, имеющей крайне незначительные переговорные возможности), то изменение соглашением условий законного залога, которое существенно ухудшит (по сравнению с гарантированным законом) положение залогодержателя, не должно допускаться.

Статья 335. Залогодатель

1. Залогодателем может быть как сам должник, так и третье лицо.

В случае, когда залогодателем является третье лицо, к отношениям между залогодателем, должником и залогодержателем применяются правила статьи 364–367 настоящего Кодекса, если законом или соглашением между соответствующими лицами не предусмотрено иное.

2. Право передачи вещи в залог принадлежит собственнику вещи. Лицо, имеющее иное вещное право, может передавать вещь в залог в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом.

Если вещь передана в залог залогодержателю лицом, которое не являлось ее собственником или иным образом не было надлежаще уполномочено распоряжаться имуществом, о чем залогодержатель не знал и не должен был знать (добросовестный залогодержатель), собственник заложенного имущества имеет права и несет обязанности залогодателя, предусмотренные настоящим Кодексом, другими законами и договором залога.

Правила, предусмотренные абзацем вторым настоящего пункта, не применяются, если вещь, переданная в залог, была утеряна до этого собственником или лицом, которому вещь была передана собственником во владение, либо была похищена у того или другого, либо выбыла из их владения иным путем помимо их воли.

3. Если предметом залога является имущество, на отчуждение которого требуется согласие или разрешение другого лица либо уполномоченного органа, такое же согласие или такое же разрешение необходимо для передачи этого имущества в залог, за исключением случаев, когда залог возникает в силу закона.

4. В случае, если имущество залогодателя, являющееся предметом залога, перешло в порядке правопреемства к нескольким лицам, каждый из правопреемников (приобретателей имущества) несет вытекающие из залога последствия неисполнения обеспеченного залогом обязательства соразмерно перешедшей к нему части указанного имущества. Если предмет залога неделим или по иным основаниям остается в общей собственности правопреемников, они становятся солидарными созалогодателями.

Комментарий

1. Залогодатель в терминологии вещного права – лицо, установившее вещное право залога в отношении своего имущества (см. п. 4 комментируемой статьи). Кроме того, залогодателем в этой статье именуется (см. п. 1 комментируемой статьи) также лицо, являющееся стороной договора залога, т.е. принявшее на себя некоторые обязательства (страховать имущество, предоставлять залогодержателю некоторую информацию и проч.). Данное различие необходимо иметь в виду, так как иногда в момент заключения договора залога залогодатель может не быть собственником заложенного имущества, т.е. он не является лицом, установившим ограниченное вещное право (см. далее комментарий к проблеме так называемого залога будущих вещей).

1.1. По общему правилу, залогодатель является одновременно и должником в обеспеченном обязательстве, в этом случае залогодатель – это лицо, которое устанавливает обеспечение по собственному долгу. В целом это самая естественная ситуация – лицо, которому предоставлен кредит, обеспечивает его возврат, предоставляя кредитору преимущественное право удовлетвориться из стоимости некоторого имущества преимущественно перед другими кредиторами.

1.2. Однако вполне возможны ситуации, в которых фигуры должника и залогодателя совпадать не будут. В таком случае говорят о «залоге, предоставленном третьим лицом» (или залоге от третьего лица). В этом случае третье лицо обеспечивает чужой долг стоимостью переданного в залог имущества; сверх указанной суммы залогодатель – третье лицо перед кредитором ответственности не несет.

1.3. Отношения между должником и залогодателем – третьим лицом, объясняющие причины, по которым третье лицо вдруг приняло решение обеспечить своим имуществом чужой долг, принято именовать отношениями покрытия.

Указанные отношения могут быть нескольких типов.

Во-первых, залогодатель может установить залог в обеспечение чужого требования в силу договорных отношений, которые существуют между ним и должником. Эти договоры могут быть самые различные: от обычных долговых сделок (например, поставка с отсрочкой), породивших денежный долг залогодателя перед его контрагентом (и в пределах этого долга залогодатель предоставляет в залог собственное имущество кредитору своего кредитора, имея в виду будущий зачет), до особого договора о передаче за вознаграждение в залог имущества, принадлежащего залогодателю (для залогодателя совершение таких сделок может являться разновидностью предпринимательской деятельности).

Во-вторых (и это самые частые отношения покрытия), залогодатель и залогодержатель могут быть связаны корпоративными отношениями. Например, материнское общество предоставляет залог по обязательствам дочернего общества. Такого рода залогов, как правило, устанавливаются без выплаты залогодателю какого-либо вознаграждения со стороны должника; однако эти сделки не являются дарением, так как их основанием (каузой) является не намерение облагодетельствовать (*animus donandi*), а стремление увеличить капитализацию, например, дочерней компании, либо корпоративные отношения иного рода.

В-третьих, залогодатель может установить залог на свое имущество исходя из родственных или дружеских отношений с должником, симпатии и проч. Такого

рода отношения, по всей видимости, необходимо рассматривать как форму дарения при наличии очевидного намерения облагодетельствовать должника и прямого отказа залогодателя от суброгации.

1.4. К «треугольнику» кредитор – должник – залогодатель в случае залога от третьего лица подлежит применению ряд положений ГК РФ о поручительстве (ст. 364–367 ГК РФ).

Эта новелла появилась в ГК РФ с 1 июля 2014 г., и ее следует всячески приветствовать.

Дело в том, что конструкции поручительства и залога третьего лица очень близки: их смысл заключается в том, что одно лицо устанавливает для кредитора право получить удовлетворение из стоимости имущества этого лица по долгам другого лица. Разница лишь в том, что залогодатель отвечает лишь в пределах стоимости заложенной вещи, поручитель же отвечает всем своим имуществом (впрочем, объем ответственности поручителя может быть, как известно, ограничен); кроме того, при залоге от третьего лица кредитор имеет право удовлетворяться из стоимости залога преимущественно перед другими кредиторами залогодателя, а кредитор поручителя – наравне с другими кредиторами поручителя (хотя, опять же, возможно заключение соглашения о субординации требования такого кредитора, см. комментарий к ст. 309¹ ГК РФ).

В отсутствие соответствующей отсылки разрешение юридических конфликтов, которые возникали внутри этого «треугольника», могло базироваться лишь на аналогии. Например, возникали довольно трудные вопросы о том, как и когда залогодатель может выдвигать против кредитора возражения, которые может выдвинуть должник; как происходит уведомление должника о том, что залогодержатель предъявил иск об обращении взыскания на предмет залога; что происходит с залогом третьего лица при универсальном и сингулярном преемстве на пассивной стороне обеспеченного обязательства; каковы последствия изменения обеспеченного долга без соглашения залогодателя и проч.

Ответы на все эти вопросы легко обнаружить в нормах о поручительстве.

Следует обратить внимание на то, что в комментируемом пункте установлено правило, допускающее исключение договором залога применения тех или иных положений о поручительстве к залогоу от третьего лица. Кроме того, подавляющее большинство норм о поручительстве сами по себе являются диспозитивными; естественно, они сохраняют свой характер и применительно к залоговым отношениям.

2. В первом абзаце п. 2 комментируемой статьи указывается общее правило о том, что устанавливать ограниченное вещное право – право залога – может собственник закладываемой вещи.

Это совершенно очевидное правило следует из известной юридической аксиомы: для того чтобы установить ограниченное вещное право, надо обладать более сильным вещным правом. Как правило, таким правом является собственность, т.е. наиболее полная власть лица над вещью. В связи с этим в комментируемой норме содержится правило о том, что право залога устанавливается собственником закладываемого имущества.

2.1. Разумеется, если предметом залога будет не вещь, а иное имущество, не относящееся к вещам (корпоративные права, исключительные права, обязательственные права), то залогодателем должен быть правообладатель (участник хозяйственного общества, обладатель исключительного права, кредитор по заложенному обязательству и т.п.).

2.2. ГК РФ устанавливает, что право сдачи имущества в залог могут иметь и иные лица — обладатели ограниченных вещных прав, но это возможно только в случаях, установленных в законе. При этом для выведения такой возможности нет необходимости, чтобы в законе было указано на право заложить имущество, достаточно указания на право распорядиться вещью. Если закон дает собственнику право продать вещь, то, тем более, он допускает и право ее заложить. К таковым сегодня относятся, в частности, обладатели права хозяйственного ведения (государственные и муниципальные унитарные предприятия), которые с согласия собственника либо в ряде случаев без такового могут распоряжаться предоставленными им вещами и устанавливать в отношении них залоговые права с согласия собственника (п. 2 ст. 295 ГК РФ).

2.3. Разумеется, правом устанавливать залог обладают поверенные (так как они действуют от имени собственника), а также комиссионеры. В отношении последних должно действовать правило *major absorbet minorem* (большее поглощает меньшее) — коль скоро комиссионер имеет право передавать контрагентам собственность на товары, принадлежащие комитенту, он, вероятнее всего, имеет право устанавливать на них залоговое право.

Однако комиссионер не может устанавливать залог в отношении имущества, права на которое подлежат регистрации (недвижимость, исключительные права, бездокументарные ценные бумаги, доли в уставном капитале ООО)¹.

2.4. Как уже упоминалось, термин «залогодатель» употребляется законодателем в двух значениях: для обозначения лица, устанавливающего вещное право залога, и для обозначения стороны договора залога. Ранее было разобрано, почему залогодателем в первом значении может быть только собственник или иное лицо, имеющее право на отчуждение вещи. Однако для того, чтобы заключить договор залога (второе значение термина), залогодателю вовсе не обязательно быть собственником имущества. Это связано с тем, что договор залога может порождать не вещное право, а простое обязательство залогодателя передать в будущем в залог некоторое имущество. Такая конструкция именуется залогом будущей вещи.

Представим, что лицо является покупателем некоторой партии товара (например автомобилей). Однако товар еще не прибыл в место его приемки покупателем, а в соответствии с договором купли-продажи именно с передачей покупателю связано возникновение у него права собственности на товар. Однако это не означает, что покупатель не может заключить с третьим лицом договор залога автомобилей, находящихся в пути. Для этого он может воспользоваться конструкцией договора залога будущей вещи (см. далее комментарий к п. 2 ст. 336 ГК РФ).

2.5. Во втором и третьем абзацах п. 2 комментируемой статьи законодатель реализовал доктрину защиты добросовестного залогодержателя, т.е. лица, приобретшего залоговое право от того, кто не являлся собственником заложенного имущества, о чем залогодержатель не знал и не мог знать.

Долгое время суды признавали договоры залога, заключенные с залогодателем, который не являлся собственником предмета залога, ничтожными (ст. 168 ГК РФ), а право залога — не возникшим.

¹ См. п. 23 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85.

Однако впоследствии идея сохранения права залога в случае выяснения факта заключения договора залога неуправомоченным лицом возникла в практике Президиума ВАС РФ. Так, в одном из дел Президиум ВАС РФ признал, что добросовестный залогодержатель, в пользу которого была зарегистрирована ипотека, залогодателем по которой было лицо, приобретшее имущество по недействительной сделке (а потому само не приобретшее собственность на предмет залога), подлежит защите — его залоговое право должно сохраниться, хотя бы и выяснилось, что право собственности на предмет залога принадлежит третьему лицу (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 июля 2010 г. № 2763/11). Впоследствии тот же вывод был сделан в отношении движимости (Постановление Президиума ВАС РФ от 7 июня 2012 г. № 16513/11). Наконец, в еще одном деле было признано, что добросовестный залогодержатель не будет защищен, если неуправомоченный залогодатель получил имущество помимо воли собственника (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 декабря 2011 г. № 9555/11). По сути, ВАС РФ стал применять к ситуации приобретения прав залога по добросовестности от неуправомоченного залогодателя подход, близкий тому, который применялся многие годы согласно ст. 302 ГК РФ в отношении добросовестного приобретения вещи от неуправомоченного отчуждателя.

С 1 июля 2014 г. соответствующая норма включена в ГК РФ. Законодатель установил как общее правило принцип защиты добросовестного залогодержателя в виде правила о сохранении залога при установлении залога неуправомоченным залогодателем и изъятие из него (указанные правила «...не применяются, если вещь, переданная в залог, была утеряна до этого собственником или лицом, которому вещь была передана собственником во владение, либо была похищена у того или другого, либо выбыла из их владения иным путем помимо их воли»).

Таким образом, в силу прямого указания в законе действительный собственник вещи, даже истребовавший вещь от неуправомоченного залогодателя, становится в силу прямого законодательного предписания новым залогодателем и несет все обязанности, связанные с залогом, вытекающие из закона или договора залога.

В то же время, возможно, более логичным было бы признание собственника связанным залоговым обременением (правами залогодержателя), но не связанным теми попутными обязательствами, которые неуправомоченный залогодатель согласовал с залогодержателем в договоре залога. Право может в описанной ситуации заставить собственника мириться с установлением ограниченного вещного права на его вещь без его воли (во имя защиты прочности оборота, добросовестных залогодержателей и видимости права), но куда более сомнительно, что закон может навязать собственнику всевозможные обязательства, которые неуправомоченный залогодатель согласился включить в договор. В аналогичной ситуации с заключением договора купли-продажи вещи неуправомоченным отчуждателем закон также не делает собственника стороной такого договора, лишь вынуждая его мириться с лишением права собственности. В частности, собственник не будет нести договорную ответственность перед добросовестным приобретателем за качество вещи, не связан условием о конфиденциальности, не обязан вносить обеспечительный платеж, который неуправомоченный отчуждатель согласовал с добросовестным приобретателем, и т.п. Достаточно странно, что в случае с залогом закон допускает такое грубое насилие над автономией воли собственника. Впрочем, этот вопрос достаточно сложен и заслуживает более глубокого анализа, так как разрыв между залоговым правом как таковым и сопутствующими

обязательствами, включенными в договор залога, по субъектному составу может породить множество серьезных проблем для залогодержателя.

Представляется, что решение все же может быть найдено путем догматического разделения «прав и обязанностей залогодателя», которые упоминаются в комментируемом пункте, на права и обязанности залогодателя как лица, обязанного в силу факта существования залогового обременения (например, обязанность выдать заложенное имущество после обращения на него взыскания, обязанность проявлять заботливость разумного хозяина в отношении заложенного имущества и проч.), и те обязанности, которые неуправомоченный залогодатель принял на себя как сторона каких-то специфических обязательственных отношений (например, информационные обязанности перед залогодержателем и проч.). Разумеется, первые должны переходить на собственника, истребовавшего в свою пользу имущество, заложенное неуправомоченным залогодателем в пользу добросовестного залогодержателя. Справедливость же перехода вторых вызывает большие сомнения; строго говоря, они могут быть вообще не связаны собственно с залогом и вытекать из каких-то личных отношений залогодержателя и первоначального залогодателя. По мере интенсификации споров, связанных с фигурой добросовестного залогодержателя, судебная практика должна будет разрешить соответствующую проблему.

2.6. Правило о сохранении залога, установленного неуправомоченным залогодателем, действует только в отношении залогодержателя, который не знал и не мог знать о том, что залогодатель в действительности не имеет права собственности на закладываемую вещь (так называемая добросовестность в субъективном смысле). К числу факторов, которые могут свидетельствовать о том, что залогодержатель мог знать о том, что залогодатель не является собственником предмета залога, следует относить те же обстоятельства, которые свидетельствуют о недобросовестности приобретателя имущества (ст. 302 ГК РФ), т.е. необычно низкая цена приобретения, высокая интенсивность совершения сделок, наличие аффилированности между залогодателем и лицом, которое продало ему предмет залога. В любом случае понятие «добросовестный залогодержатель» означает такой стандарт поведения при проверке правомочий залогодателя на сдачу имущества в залог, который присущ среднему разумному и осмотрительному залогодержателю. Отклонение от этого стандарта поведения и будет проявлением недобросовестности.

2.7. Правило о защите добросовестного залогодержателя не будет действовать в том случае, если имущество, заложенное впоследствии неуправомоченным залогодателем, выбыло от собственника помимо его воли. Так, в Постановлении от 6 декабря 2011 г. № 9555/11 Президиум ВАС РФ признал, что в случае если право собственности залогодателя было зарегистрировано в ЕГРП на основании подложных документов (в деле фигурировал поддельный договор купли-продажи недвижимости), то добросовестный залогодержатель не сохраняет право залога при истребовании имущества его действительным собственником.

2.8. Правило о защите добросовестного залогодержателя имеет множество объяснений.

Во-первых, оно основано на совершенно безупречном догматическом рассуждении о том, что если закон допускает добросовестное приобретение наиболее полного вещного права (собственности) от неуправомоченного лица, то приобретение ограниченного вещного права — права залога — тем более должно быть допущено.

Во-вторых, защита добросовестного залогодержателя может быть объяснена с точки зрения необходимости защиты «видимости права», которую дает, например, запись о праве собственности на недвижимость в ЕГРП или владение движимостью (пусть даже в действительности записанные в реестр или владеющие движимой вещью лица собственниками не являются). Доверие к видимости права снижает транзакционные издержки участников кредитных сделок на проверку титулов залогодателей и минимизирует для них риски, связанные с возможными дефектами титула. Иными словами, риски залогодержателей «потерять» обеспечение снижаются, что, по идее, должно приводить к тому, что плата за кредит также должна снижаться.

2.9. Собственник, который виндицировал свое имущество (либо вернул его в рамках реституции) от неуправомочного залогодателя, как бы встает на место последнего в залоговых отношениях. Соответственно, он обязан выдать предмет залога залогодержателю для обращения взыскания на залог и его последующей реализации в соответствии с условиями договора залога (последние следует рассматривать как содержание обременения, лежащего на истребованном имуществе).

Разумеется, к собственнику, который удовлетворил требования залогодержателя, переходит в порядке суброгации право требовать с должника исполнения обязательства, которое было обеспечено залогом (подп. 3 п. 1 ст. 387 ГК РФ).

2.10. Норма п. 2 ст. 335 ГК РФ говорит о защите добросовестного залогодержателя, которому вещь *передана* в залог. Встречается точка зрения, что эту фразу нужно толковать максимально узко и применять принцип защиты добросовестного залогодержателя только к случаям заклада, т.е. к ситуации, когда вещь передается во владение залогодержателя. Такой подход представляется в корне неверным. Передача вещи в залог в контексте норм ГК РФ о залоге понимается не в смысле фактической передачи владения, а в смысле установления залоговых прав на вещь. Кроме того, такой странный подход исключил бы применение данного правила к залогам недвижимости, которая всегда остается во владении залогодателя. Соответственно, правило п. 2 ст. 335 ГК РФ о добросовестном приобретении прав залога от неуправомоченного залогодателя применяется и к случаям, когда предмет залога остается во владении залогодателя.

2.11. Также следует обратить внимание на то, что п. 2 ст. 335 ГК РФ ничего не говорит о возмездности приобретения прав залога, в то время как возмездность приобретения является условием для защиты добросовестного приобретателя права собственности согласно ст. 302 ГК РФ. Это вполне логично, так как применительно к обеспечительной сделке вопрос о возмездности в рамках отношений обеспечителя (в данном случае залогодателя) и кредитора не встает.

2.12. Данная норма о приобретении прав залога по добросовестности говорит только о добросовестном приобретении залоговых прав на вещь, умалчивая о применении аналогичной конструкции в отношении тех предметов залога, которые не являются вещами (например права требования). В то же время аналогичный режим приобретения прав залога добросовестным залогодержателем должен применяться также как минимум к акциям и иным бездокументарным ценным бумагам, долям в ООО и регистрируемым исключительным правам. В отношении подобных видов имущества соответствующая регистрационная запись в публичном (например, ЕГРП, ЕГРЮЛ) или частном реестре (например, реестр акционеров) выступает в качестве аналога владения в отношении вещей, являющегося, как известно, основанием для защиты видимости права.

(а) В отношении бездокументарных ценных бумаг этот вывод может быть обоснован следующими положениями закона. В силу п. 6 ст. 143 ГК РФ, если иное не установлено настоящим Кодексом, законом или не вытекает из особенностей фиксации прав на бездокументарные ценные бумаги, к бездокументарным ценным бумагам применяются правила об именных документарных ценных бумагах, правообладатель которых определяется в соответствии с учетными записями. Согласно ст. 147¹ ГК РФ истребование документарных ценных бумаг из чужого незаконного владения осуществляется по правилам ст. 302 ГК РФ. С учетом того что положения п. 2 ст. 335 ГК РФ с определенной спецификой отражают ту же идею защиты добросовестного приобретателя прав, которую реализует и ст. 302 ГК РФ в отношении приобретения прав собственности, логично исходить из того, что по добросовестности защищается не только приобретатель акций или облигаций, но и лицо, приобретающее на такие виды имущества залоговые права. К аналогичному выводу можно прийти и более коротким путем, просто истолковав положение п. 2 ст. 335 ГК РФ о добросовестном приобретении прав залога на вещь расширительно с целью охвата и бездокументарных ценных бумаг, отражающихся в соответствующих реестрах.

Но здесь возникает определенная сложность: специфика бездокументарных ценных бумаг проявляется в том, что согласно п. 1 ст. 149³ ГК РФ бездокументарные ценные бумаги, удостоверяющие только денежное право требования (например облигации), а также акции или облигации, приобретенные на организованных торгах, не могут быть истребованы от добросовестного приобретателя, даже если они были украдены у изначального правообладателя. Это положение вступает в противоречие (как минимум в случае залога облигаций) с общей идеей, отраженной как в ст. 302 ГК РФ, так и в п. 2 ст. 335 ГК РФ, согласно которой добросовестность приобретателя защищает последнего за исключением случая выбытия имущества у изначального собственника помимо его воли. Пока российская судебная практика эту коллизию не разрешила. Но, по всей видимости, эта коллизия должна решаться в пользу п. 2 ст. 335 ГК РФ.

(б) В отношении доли в ООО норма о защите добросовестного приобретателя доли при ее возмездном приобретении от неуправомоченного отчуждателя (с традиционным исключением для случаев кражи) закреплена в п. 17 ст. 21 Закона об ООО. В этих условиях есть все основания применять и п. 2 ст. 335 ГК РФ о защите добросовестного приобретателя прав залога в отношении залога доли в ООО.

(в) Сложнее обстоит дело с регистрируемыми исключительными правами. К сожалению, пока ни законодательство, ни судебная практика (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 6535/10) не признают защиту добросовестного возмездного приобретателя прав на патенты, товарные знаки и иные регистрируемые объекты интеллектуальной собственности. В таких условиях возможность защиты добросовестного приобретения прав залога на такие виды имущества оказывается поставленной под сомнение. Было бы логично разрешить эту проблему на уровне закона или разъяснений ВС РФ универсальным образом, закрепив в законе или на уровне судебной практики принцип защиты добросовестного возмездного приобретателя как исключительного права, так и права залога на такое право (с традиционным исключением для случаев выбытия помимо воли).

2.13. Как отмечалось, по общему правилу залог может установить собственник соответствующего имущества. Но что если на момент установления залога у собст-

венника имеется обязательство передать какому-либо приобретателю данное имущество свободным от прав третьих лиц? Само по себе это ставить под сомнение залог не может, 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. Здесь, впрочем, мы оказываемся на зыбкой почве плохо разработанной в российском праве доктрины вторжения в чужие договорные отношения. Теоретически аннулирование залога в такой ситуации может быть основано на недобросовестности залогодержателя, положениях п. 4 ст. 1 ГК РФ о недопустимости извлечения преимуществ из своего недобросовестного поведения, а также п. 1 ст. 10 ГК РФ о запрете на злоупотребление правом, применяемом в сочетании с п. 2 ст. 168 ГК РФ. Более конкретные контуры данной доктрины в российском праве пока не прорисованы. В частности, не является ясным вопрос о необходимой степени упречности поведения «интервента» (в данном случае залогодержателя): требуется ли доказать, что он точно знал об обязательственных правах третьих лиц в отношении закладываемого имущества, или нужного эффекта можно добиться, доказав и то, что он со всей очевидностью не мог не знать о наличии таких прав. Как бы то ни было, некоторые примеры в судебной практике начинают проявляться уже сейчас.

Так, нередко при расторжении договора сторона, передавшая право собственности на имущество, получает право требовать его возврата на основании норм о неосновательном обогащении (ст. 453 ГК РФ). При этом если другая сторона договора (которая до передачи имущества обратно отчуждателю является собственником имущества) передаст до момента возврата данное имущество в залог, то она имеет на это полное юридическое право, и соответствующее имущество будет возвращаться обремененным залогом. Но согласно п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 если будет доказано, что залогодержатель «был заведомо недобросовестен», то такой залог не сохранится при возврате имущества изначальному собственнику.

3. Обременение вещи залогом имеет своей целью обеспечение обязательства должника, которое выражается в праве кредитора продать заложенное имущество. В связи с этим логично, что сдача имущества в залог подчиняется тем же правилам, что и отчуждение имущества. В частности, если отчуждение имущества требует согласия другого лица либо публичного органа, то для залога этого имущества требуется такое же согласие. К числу примеров такого рода следует отнести сделки с супружеским имуществом, сделки с имуществом государственных и муниципальных предприятий и проч.

3.1. При этом данное правило (п. 3 комментируемой статьи) не применяется для установления залога в силу закона. Это объясняется отчасти тем, что само по себе установление залога в силу закона, как правило, возможно в результате совершения сделки, направленной на отчуждение имущества (например, продажа с отсрочкой платежа); интересы третьего лица в данном случае будут защищены правилом о необходимости получения его согласия на само отчуждение, поэтому дополнительного согласия на установление залога не требуется.

4. Пункт 4 комментируемой статьи содержит специфическое правило относительно правопреемства на стороне залогодателя при переходе прав на заложенное имущество нескольким лицам: каждый из правопреемников (приобретателей имущества) несет вытекающие из залога последствия неисполнения обеспеченного залогом обязательства соразмерно перешедшей к нему части указанного имущества (долевые созалогодатели). Однако если предмет залога неделим или по иным основаниям остается в общей собственности правопреемников, они становятся солидарными созалогодателями.

При этом, разумеется, следует иметь в виду, что созалогодатель может не являться должником в обеспеченном обязательстве. В этом случае он отвечает перед залогодержателем только стоимостью приходящейся на его долю части заложенной вещи либо стоимостью всей вещи (если она является неделимой) с последующей суброгацией к нему прав кредитора по обеспеченному обязательству в отношении должника.

Статья 335¹. Созалогодержатели

1. В случаях, предусмотренных законом или договором, предмет залога может находиться в залоге у нескольких лиц, имеющих на него равные по старшинству права залогодержателей (созалогодержатели), в обеспечение исполнения разных обязательств, по которым созалогодержатели являются самостоятельными кредиторами.

Если иное не установлено законом или соглашением между созалогодержателями, каждый из них самостоятельно осуществляет права и обязанности залогодержателя. При обращении взыскания на предмет залога, находящийся в залоге у созалогодержателей, применяются правила пунктов 2 и 6 статьи 342¹ настоящего Кодекса.

Денежные суммы, вырученные от реализации предмета залога, распределяются между созалогодержателями пропорционально размерам их требований, обеспеченных залогом, если иное не предусмотрено соглашением между ними или не вытекает из существа отношений между созалогодержателями.

2. Если иное не предусмотрено законом или договором, солидарные или долевые кредиторы по обязательству, исполнение которого обеспечено залогом, являются солидарными созалогодержателями по такому залогоу. При обращении взыскания на предмет залога, находящийся в залоге у солидарных созалогодержателей, применяются правила пункта 6 статьи 342¹ настоящего Кодекса.

Денежные суммы, вырученные от реализации предмета залога, распределяются между созалогодержателями, являющимися солидарными кредиторами по основному обязательству, в порядке, установленном пунктом 4 статьи 326 настоящего Кодекса. Денежные суммы, вырученные от реализации предмета залога, распределяются между созалогодержателями, являющимися долевыми кредиторами по основному обязательству, пропорционально размерам их требований, обеспеченных залогом, если иное не предусмотрено договором между ними.

Комментарий

1. Наиболее распространенной ситуацией залога является случай, когда в отношении вещи существует только один залог. Но возможны отклонения от этого

правила, когда на одну вещь установлены два и более залоговых права или когда одно залоговое право принадлежит нескольким лицам в долях. В первом случае множественность залогов может быть или вертикальной (когда залоговые права будут ранжироваться по старшинству; см. об этом далее), или горизонтальной (когда все залоговые права будут иметь одинаковое старшинство).

1.1. Юридическая конструкция горизонтальной множественности залогодержателей (созалог) основана на следующей идее. Если два созалогодержателя имеют требование к должнику на сумму 50 руб. каждый, а предмет залога будет реализован при обращении взыскания за 80 руб., то они будут удовлетворяться пропорционально своим требованиям: каждый получит по 40 руб. Если бы множественность была вертикальной, то старший залогодержатель получил бы 50 руб., а младший – 30 руб.

Такой же принцип лежит и в основе удовлетворения долевых созалогодержателей – они получают удовлетворение каждый пропорционально своей доле в праве залога. В дальнейшем изложении будут описываться режимы горизонтальной множественности и горизонтальной долевой залоговой множественности по умолчанию как единый режим, именуемый созалогом.

1.2. Созалог может возникнуть либо в силу договора, либо в силу указания закона, либо в силу перехода залогового права в части к другому кредитору.

Созалог возникнет в случае, если несколько кредиторов имеют солидарное требование к должнику (например, солидарная модель синдицированного кредита), а залогодатель обеспечил возврат кредита залогом, установленными в пользу всех кредиторов как в целом (в этом случае будет одно залоговое право, принадлежащее в долях залогодержателям), так и в отношении каждого из кредиторов (в этом случае будет несколько залогов по числу кредиторов).

Созалог возникает в силу закона в случае привлечения застройщиком денежных средств дольщиков для финансирования строительства (ст. 13 и 15 Закона об участии в долевом строительстве, ст. 201⁹ Закона о банкротстве). В случае банкротства застройщика это будет означать, что требования дольщиков будут удовлетворяться не в зависимости от того, кто из них первым заключил договор участия в долевом строительстве (и, соответственно, первым стал залогодержателем), а *pro rata*, т.е. пропорционально денежным требованиям к застройщику.

Теоретически можно представить себе также случай возникновения созалога в виде долевой множественности созалогодержателей в силу ареста имущества должника по требованию совзыскателей (например, соистцов) (п. 5 ст. 334 ГК РФ). Однако норма о залоговом характере прав кредитора, добившегося ареста имущества должника, введена в ГК РФ относительно недавно, и подобные случаи на практике пока не известны.

Еще один случай возникновения созалога – это уступка части требования, обеспеченного залогом при неделимости предмета залога. Например, банк, выдавший кредит на 100 руб. и обеспечивший его ипотекой здания, уступает часть требования – на 25 руб. – другому лицу, не выговаривая в уступке условия о переходе залогового права. В этом случае цессионарий станет созалогодержателем в доле 25%. В случае если предмет залога будет продан за 80 руб., то эта денежная сумма будет распределена между созалогодержателями пропорционально (*pro rata*) размеру их требований, в данном примере банк будет претендовать на 60 руб., а цессионарий – на 20 руб.

Наконец, еще один случай возникновения созалога – это суброгация. Например, представим, что банком был выдан кредит на 100 руб., который обеспечен залогом имущества должника и поручительством. Должник допустил просрочку, и банк предъявил требование о платеже к поручителю, который частично удовлетворил кредитора, допустим, в сумме 25 руб. К поручителю в порядке ст. 387 ГК РФ перешли в соответствующей части права кредитора, в том числе и 25%-ная доля в праве залога. Таким образом, банк и поручитель стали созалогодержателями в соответствующих долях. Впоследствии предмет залога был продан с торгов за 80 руб. Возникает вопрос: как должны удовлетворяться поручитель и первоначальный кредитор? Если придерживаться общего подхода к распределению денежных средств, вырученных от продажи залога, между созалогодержателями, который описан выше, то банк должен получить 60 руб. (75% от полученной от продажи суммы), а поручитель – 20 руб. (25% от полученной от продажи суммы). Однако такой подход может существенно затронуть интересы банка, ради которого, в общем-то, это обеспечение и было изначально установлено: ведь с высокой степенью вероятности можно предположить, что дефолт должника будет сопровождаться также и дефолтом поручителя (которые, как правило, являются аффилированными лицами и, как показывает практика, обычно синхронно объявляют о своем банкротстве). Выходит, что банк недополучит часть причитающегося ему долга.

В принципе, проблема может быть решена, если предположить, что в некоторых случаях даже между созалогодержателями будет действовать не принцип распределения денежных средств *pro rata* (пропорционально), а принцип старшинства. Из положений ст. 335 ГК РФ следует, что такое возможно в том случае, если принцип пропорциональности либо будет отменен соглашением созалогодержателей (и это вполне вытекает из общего принципа договорной свободы), либо если последовательное проведение принципа пропорциональности войдет в противоречие с природой отношений между созалогодержателями. Именно второй случай имеет место в описанном примере: поручитель-созалогодержатель, будучи обеспечителем, не может действовать во вред первоначальному кредитору. Это означает, помимо прочего, невозможность блокировать обращение взыскания на залог, а также участие поручителя-созалогодержателя в разделе денежных средств, вырученных от продажи предмета залога только после удовлетворения из этих средств изначального кредитора (п. 4 ст. 364 ГК РФ).

1.3. Созалогодержатели не должны действовать во вред интересам друг друга. Каждый из них самостоятельно осуществляет права залогодержателя (абз. 2 п. 1 ст. 335¹ ГК РФ). Это довольно важное правило, которое позволяет не применять по аналогии правила о другой известной закону общности в вещном праве – общей собственности. В соответствии с положениями ГК РФ, регулирующими общую собственность, сособственники при определении судьбы общей вещи или порядка ее использования должны действовать совместно исходя из принципа единогласия (ст. 246 ГК РФ).

Однако такой подход совершенно не применим к ситуации множественности управомоченных лиц в другом вещном праве – праве залога. Если исходить из принципа единогласия для определения судьбы общего заложенного имущества, то вероятность невозможности обращения взыскания на предмет залога, связанной с разногласиями между созалогодержателями, значительно возрастет.

Это, в свою очередь, будет существенно умять значимость залога как обеспечения, ведь в этом случае кредитор-созалогодержатель в ряде случаев просто лишится возможности извлекать преимущество из своего статуса залогодержателя. И именно поэтому законодатель при формулировании правил о совместном залоге не поддержал принцип единогласия (или даже принцип большинства, хотя, разумеется, соглашением созалогодержателей и он может быть введен как основа для регулирования их внутренних отношений) для решения вопросов, общих для всех созалогодержателей, предоставив им право самостоятельно распоряжаться судьбой своего залогового права.

2. ГК РФ устанавливает, что правило о распределении между созалогодержателями вырученных от продажи залога денежных средств *pro rata* является диспозитивным и может быть изменено соглашением созалогодержателей. Кроме того, отступление от принципа пропорциональности может вытекать из природы отношений между ними (об этом исключении см. ниже).

2.1. Следовательно, при созалоге возможна договорная субординация созалогодержателей, имеющих равный ранг (см. также ст. 309¹ ГК РФ). Разумеется, такая субординация будет иметь строго личный характер и будет затрагивать лишь лиц, участвующих в соглашении о субординации.

Залогодатель будет должен подчиниться ей только в том случае, если он был участником соответствующего соглашения и принял на себя обязательство исполнить его в соответствии с договоренностями созалогодержателей о субординации требований. Договорная субординация не будет затрагивать нового созалогодержателя, приобретшего, например, требования, принадлежавшие прежнему созалогодержателю, являвшегося стороной соглашения о субординации, если только не будет доказано, что приобретатель знал о соглашении о субординации и действовал таким образом, что можно было бы предположить, что он согласен с субординацией. Это объясняется нормой п. 3 ст. 308 ГК РФ, устанавливающей, что обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве стороны, и положениями п. 4 ст. 1 ГК РФ, не допускающего получения преимущества из недобросовестного поведения.

2.2. При этом важно обратить внимание на то, что при обращении взыскания одним из созалогодержателей другие созалогодержатели приобретают право на обращение взыскания на предмет залога (принцип «стягивания кредиторов», см. п. 2 ст. 342¹ ГК РФ). Однако если созалогодержатель не воспользовался этим правом, то его созалог сохраняется, и имущество перейдет к приобретателю такой вещи обремененным (п. 6 ст. 342¹ ГК РФ). Разумеется, в соглашении созалогодержателей между собой они вправе установить иные правила и последствия обращения взыскания одним из созалогодержателей взыскания на предмет залога.

Статья 336. Предмет залога

1. Предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права, за исключением имущества, на которое не допускается обращение взыскания, требований, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности

требований об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и иных прав, уступка которых другому лицу запрещена законом.

Залог отдельных видов имущества может быть ограничен или запрещен законом.

2. Договором залога или в отношении залога, возникающего на основании закона, законом может быть предусмотрен залог имущества, которое залогодатель приобретет в будущем.

3. На полученные в результате использования заложенного имущества плоды, продукцию и доходы залог распространяется в случаях, предусмотренных законом или договором.

4. При заключении договора залога залогодатель обязан предупредить в письменной форме залогодержателя о всех известных ему к моменту заключения договора правах третьих лиц на предмет залога (вещных правах, правах, возникающих из договоров аренды, ссуды и т.п.). В случае неисполнения залогодателем этой обязанности залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства или изменения условий договора залога, если иное не предусмотрено законом или договором.

Комментарий

1. В отношении имущества, которое может быть обременено залогом, действует простое правило: «все, что может быть продано, может быть заложено».

Это связано с тем, что цель залога заключается в обеспечении обязательства, а сам по себе обеспечительный механизм залога предполагает реализацию предмета залога путем (как правило) продажи заложенного имущества и преимущественного удовлетворения залогодержателя из вырученных денежных сумм.

1.1. Следовательно, если предмет залога не оборотоспособен, он не может быть продан, например, на торгах, и залогодержатель не сможет получить удовлетворение из стоимости предмета залога, а следовательно, такое имущество не может быть предметом залога.

Необходимо обратить внимание на то, что с 1 октября 2013 г. в ГК РФ отсутствует понятие «имущество, изъятое из оборота» (см. ст. 129 ГК РФ). Соответственно, подобные объекты (которые в принципе не могут быть вовлечены в оборот, т.е. не являются вещами — объектами права собственности), разумеется, также не могут быть предметом залога.

1.2. Законодатель довольно часто использует право на ограничение залогоспособности тех или иных объектов. Например, к числу таких случаев относится ограничение возможности залога корпоративных прав (за исключением долей в ООО и акций), имущества железнодорожного транспорта, имущества казенных предприятий, культурных ценностей, в некоторых случаях не допускается передача в залог земельных прав (например, права аренды земельного участка на территории особой экономической зоны) и проч.

Политико-правовые соображения, лежащие под указанными ограничениями, как правило, довольно просты: в результате реализации залогового права залогодержатель может потребовать отчуждения имущества залогодателя. Ограничивая залог, законодатель тем самым ограничивает возможность отобрания соответствующего имущества у залогодателя.

Соответственно, передача имущества в залог не допускается и в тех случаях, когда закон вводит специальные ограничения прав на свободное отчуждение того или иного имущества.

2. Конструкция залога будущей вещи разобрана ранее, в комментарии к п. 2 ст. 335 ГК РФ.

Здесь лишь можно добавить, что реформа залогового права 2014 г. подтвердила возможность заключения договора залога будущей недвижимой вещи (ипотека будущей недвижимости).

До 1 июля 2014 г. договор ипотеки подлежал регистрации и в отсутствие таковой считался ничтожным (п. 1 ст. 10 Закона об ипотеке). Однако в ходе реформы положения о государственной регистрации договора ипотеки были признаны утратившими силу (с 1 июля 2014 г. государственной регистрации подлежит лишь ипотека как обременение). Соответственно, у участников оборота появилась возможность заключать договоры ипотеки, предметом которых является обязательство залогодателя установить в будущем право залога в отношении определенной недвижимой вещи. Разумеется, для того чтобы такие обязательства были признаны возникшими и связывающими стороны, у залогодателя нет необходимости быть собственником недвижимости в самый момент заключения договора ипотеки. Если предмет ипотеки будет создан или приобретен залогодателем в будущем, то залогодержатель имеет право на иск о регистрации ипотеки (по аналогии со ст. 551 ГК РФ); если же залогодатель так и не станет собственником объекта, который он пообещал обременить ипотекой, то залогодержатель может либо отказаться предоставлять кредит (ст. 821 ГК РФ), либо (если кредит уже выдан под другое обеспечение) произвести досрочное истребование долга (ст. 813 ГК РФ) и потребовать возмещения убытков. Кроме того, возможен и иск об убытках в связи с нарушением обязанности обеспечить возникновение права собственности на предполагаемый предмет залога, если договор предусматривал или подразумевал такую обязанность.

3. Плоды, продукция и доходы, получаемые залогодателем от использования заложенного имущества, обременяются залогом только в случаях, предусмотренных законом или договором. Иными словами, плоды заложенной вещи по умолчанию не обременены залогом самой вещи.

3.1. Такое решение является классическим, оно принято, например, в Модельных правилах европейского частного права (согласно ст. IX.—2:306 по умолчанию плоды считаются заложенными только для случаев, когда предмет залога владеет залогодержатель). Объяснение этого правила заключается в том, что в возникновении у вещи плодов (доходов) материально, а также своим трудом участвует в первую очередь залогодатель; уважая этот факт, законодатель выстраивает презумпцию нераспространения залога на плоды заложенной вещи. Плоды, продукция и доходы зачастую и служат источником исполнения основного обязательства, когда предмет залога принадлежит должнику.

Однако по действующему ГК РФ изъятием из этого правила является положение п. 2 ст. 334 ГК РФ, в соответствии с которым доходы, получаемые залогодателем от использования заложенного имущества третьими лицами, автоматически считаются обремененными залогом. В данной норме речь идет, прежде всего, об арендной плате за использование заложенного имущества. В этой ситуации речь уже не идет об имущественном (трудовом, интеллектуальном) вкладе залогодателя в то, чтобы вещь приносила плоды (доходы), и поэтому логика законодателя иная: по умолчанию такие доходы считаются обремененными залогом. Но применение данного правила вызывает множество вопросов (см. комментарий к п. 2 ст. 334 ГК РФ).

3.2. Разумеется, правила о плодах и доходах являются диспозитивными и могут быть изменены договором сторон.

3.3. В случае если стороны устанавливают или из закона следует, что залог будет распространяться на плоды, продукцию или доходы (а также в случае если на них залог распространяется в силу закона), соответствующая информация для целей действия залога против третьих лиц должна быть раскрыта в реестре нотариальных уведомлений о залоге имущества, не относящегося к недвижимости (подробнее см. комментарий к ст. 339¹ ГК РФ).

4. У залогодателя имеется информационная обязанность: в силу п. 4 комментируемой статьи он обязан предупредить залогодержателя о правах третьих лиц в отношении предмета залога. Речь идет не только о вещных правах (ипотеках, сервитутах), но и об обязательственных правах (правах из договоров аренды, ссуды и прочих договоров, предусматривающих право одного лица пользоваться вещью и обязанность другого лица (собственника вещи) претерпевать такое пользование).

4.1. Раскрытие данной информации необходимо для того, чтобы залогодержатель мог оценить, какова же может быть стоимость соответствующего имущества в случае обращения на него взыскания при просрочке должника. Кроме того, с учетом положений о распространении залога на доходы заложенной вещи, интерес залогодержателя в том, чтобы знать, кто и какие денежные суммы уплачивает залогодателю, вполне объясним. Ведь перед залогодержателем, по сути, альтернативный источник получения долга, обеспеченного залогом.

4.2. Особенно остро проблема уведомления залогодержателя о правах третьих лиц в отношении предмета залога стоит в том случае, если последний является предметом договора лизинга. В соответствии со сложившейся судебной практикой (п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17) выплата лизингополучателем по договору выкупного лизинга всех лизинговых платежей влечет за собой возникновение собственности лизингополучателя на предмет лизинга и прекращение залогов, установленных лизингодателем в отношении предмета лизинга. В связи с этим для залогодержателя важной является уверенность в том, что на момент заключения договора залога заложенное имущество не является предметом договора выкупного лизинга и залоговое право впоследствии не прекратится по указанному основанию.

Нарушение (не только неисполнение, но и ненадлежащее исполнение) описанной информационной обязанности является основанием для досрочного востребования (акселерации) долга. Другое упомянутое в комментируемой норме право залогодержателя – это право потребовать внесения изменений в договор залога (например, в части установления залога в отношении каких-либо доходов залогодателя или установления обязанности залогодателя внести те или иные изменения в договоры с третьими лицами). Такое право может быть реализовано в форме судебного иска, но договор залога может предусматривать и право на одностороннее изменение договора залога.

Если будет доказано, что залогодатель не знал и не мог знать о правах третьих лиц в отношении имущества (например, им было приобретено имущество, которое ранее было предметом ипотеки в пользу третьего лица, запись о которой была погашена в результате подлога), то залогодержатель воспользоваться правами, установленными комментируемым пунктом, не сможет.

4.3. В случае если залогодержатель потребовал досрочного погашения долга, а должник указанное обязательство не исполнил, то залогодержатель вправе обратиться с иском о взыскании на предмет залога.

Статья 337. Обеспечиваемое залогом требование

Если иное не предусмотрено законом или договором, залог обеспечивает требование в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения, в частности проценты, неустойку, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения, а также возмещение необходимых расходов залогодержателя на содержание предмета залога и связанных с обращением взыскания на предмет залога и его реализацией расходов.

Комментарий

(а) Залог обеспечивает требование кредитора к должнику в полном объеме. Это касается и основной суммы долга, и установленных договором процентов за пользование денежными средствами, и сумм неустоек (а равным образом и процентов по ст. 395 ГК РФ), и сумм убытков, понесенных кредитором.

Залог также охватывает суммы расходов залогодержателя, связанных с содержанием предмета залога (при закладе), а также с процедурами, связанными с получением залогодержателем долга.

(б) Такой подход законодателя является крайне прокредиторским, он, по сути, стимулирует залогодержателя не обращаться с иском о взыскании на предмет залога в том случае, если его стоимость существенно превышает сумму основного долга и предмет залога является достаточно ликвидным. Это связано с тем, что, промедлив с обращением взыскания, залогодержатель сможет легко «извлечь» набежавшие неустойки из денежной суммы, вырученной от продажи предмета залога. Борьба с такими злоупотреблениями залогодержателя довольно сложно, иск залогодателя об обращении взыскания в ситуации, когда залогодержатель не обращает взыскание на предмет залога, «накапливая» долг, российскому залоговому праву не известен (более подробно см. комментарий к ст. 348 ГК РФ).

(в) Однако эффект правила о том, что залог обеспечивает суммы неустоек и упущенной выгоды, значительно снижается в случае, если залогодатель впадет в банкротство. В соответствии с положениями п. 3 ст. 137 Закона о банкротстве указанные требования не конкурируют с требованиями кредиторов и удовлетворяются после удовлетворения требований кредиторов третьей очереди (приоритетно перед удовлетворением требований о взыскании неустойки и убытков в виде упущенной выгоды, которые были заявлены другими, необеспеченными кредиторами) (п. 17 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58).

(г) Норма комментируемой статьи является диспозитивной и может быть изменена договором. Например, из общего объема требований, обеспеченных залогом, могут быть исключены те или иные требования (неустойки, убытки и проч.). Если же

стороны пожелают включить в состав требований, обеспеченных залогом, какие-то иные требования, которые не связаны с первоначальным обеспеченным обязательством, то это следует рассматривать как установление еще одного залогового права на тех же условиях и с тем же старшинством, что и залог по другому, первоначально упомянутому требованию (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 10 декабря 2002 г. № 1925/00, в котором Суд признал незаконным отказ Росреестра регистрировать ипотеку, в которой ипотекой одной недвижимой вещи обеспечивалось сразу три требования по трем разным кредитным договорам).

(д) В договоре залога может быть установлена твердая сумма, в пределах которой обязательства должника будут считаться обеспеченными залогом. В этом случае требования залогодержателя будут гаситься в соответствии с положениями ст. 319 ГК РФ¹ (т.е. в пределах денежной суммы первоначально будут удовлетворены сначала издержки, потом проценты за пользование капиталом и только потом основная сумма долга, а после погашения суммы основного долга — проценты по ст. 395 ГК РФ, неустойки и убытки).

Названные положения установлены в Законе об ипотеке (п. 3 ст. 3), однако они являются универсальными для любых видов залога, так как законодатель не запрещает ограничивать право залогодержателя по удовлетворению из стоимости предмета залога определенной денежной суммой.

(е) Залогом может обеспечиваться и будущее требование, не существующее на момент заключения договора залога (на это прямо указывает п. 1 ст. 339 ГК РФ). О моменте возникновения залога в этом случае см. п. 3 ст. 341 ГК РФ.

Статья 338. Владение предметом залога

1. Заложенное имущество остается у залогодателя, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другим законом или договором.

2. Предмет залога может быть оставлен у залогодателя под замком и печатью залогодержателя.

Предмет залога может быть оставлен у залогодателя с наложением знаков, свидетельствующих о залоге (твердый залог).

3. Предмет залога, переданный залогодателем на время во владение или в пользование третьему лицу, считается оставленным у залогодателя.

Комментарий

1. Владение залогодержателем предметом залога (особенно когда предметом залога является движимое имущество) выполняет очень важные функции. С одной стороны, факт нахождения владения в руках залогодержателя препятствует залогодателю распорядиться заложенной вещью (см. ст. 223 ГК РФ); следовательно, тем самым

¹ С учетом практики ее применения судами (см. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 20 октября 2011 г. № 141).

залогодержатель избегает рисков, связанных с тем, что залогодатель без согласия залогодержателя распорядится заложенной вещью. Кроме того, отсутствие вещи во владении у залогодателя имеет легитимационный эффект: невладеющий собственник движимости – крайне нехарактерная для оборота фигура; если собственник не владеет своей движимой вещью, это создает для всех участников оборота разумные основания предполагать, что имущество обременено.

С другой стороны, залогодержатель, владея вещью, тем самым значительно упрощает для себя процедуру обращения взыскания и (особенно) реализации предмета залога. Ему не нужна помощь публичной власти (пристава) для того, чтобы продать предмет залога; он также довольно легко может передавать право собственности на предмет залога лицу, приобретшему имущество в ходе реализации предмета залога.

В целом значение владения предметом залога настолько велико для залогодержателя, что все архаические залоговые конструкции (а в некоторых юрисдикциях, например в Германии, и до настоящего времени) исходили из того, что залогодатель должен передать владение предметом залога залогодержателю.

Такой залог именуется залогом (посессорный залог).

1.1. Однако по мере развития экономики (и вместе с ней – залогового права) стало очевидно, что кредитование под заклад крайне неудобно для должника. Вместо того чтобы использовать свое имущество (скот, сельскохозяйственный инвентарь и проч.) для того, чтобы зарабатывать деньги, которые впоследствии будут уплачены кредитору, он, передавая предмет залога во владение залогодержателю, фактически лишает себя такой возможности. Оно неудобно и для кредитора, который возлагает на себя соответствующие риски и несет издержки по сохранности предмета залога.

В связи с этим довольно быстро сложился и стал крайне популярным новый вид залога, который предполагает оставление предмета залога во владении залогодателя (непосессорный залог).

Именно такую презумпцию (основанную на наблюдении за наиболее распространенным на практике видом залога) предлагает и российское залоговое право: по умолчанию предмет залога остается во владении у залогодателя, если иное не предусмотрено законом или договором.

1.2. Разумеется, оставление предмета залога во владении залогодателя порождает массу трудностей для залогодержателя, о которых упоминалось ранее: проблемы доведения до всех третьих лиц информации о наличии залогового обременения, ограничение распоряжения предметом залога со стороны залогодателя, сложности с реализацией предмета залога. На решение этих проблем направлены многочисленные институты залогового права: регистрация и учет залогов (см. комментарий к ст. 339¹ ГК РФ), вовлечение публичной власти в процедуры обращения взыскания и реализации предмета залога, см. комментарий к ст. 348 ГК РФ и далее).

1.3. Наиболее распространенный случай залога в настоящее время – это ломбардный залог (см. комментарий к ст. 358 ГК РФ). Другие случаи залога – это передача в залог банкам слитков из драгоценных металлов или документарных ценных бумаг.

1.4. Довольно интересный вопрос залогового права касается возможности передачи во владение залогодержателя заложенной недвижимости. Норма Закона об ипотеке гласит: «Имущество, на которое установлена ипотека, остается у залогодателя в его владении и пользовании». В норме нет указания на то, что ее положения могут

быть изменены договором, однако нет никаких серьезных причин для того, чтобы признать ее императивной (с учетом положений Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). Несмотря на необычность ситуации, когда залогодержатель владел бы предметом ипотеки, в ней нет ничего юридически невозможного. Кроме того, имеется обширная судебная практика судов, которая подтверждает правомерность такого рода договоренностей.

2. Имущество может быть оставлено у залогодателя под замком и печатью залогодержателя, чтобы усложнить залогодателю неправомерное распоряжение предметом залога. Впрочем, эффективность таких мер крайне низка.

2.1. Кроме того, российское законодательство предусматривает такую экзотическую для современной российской залоговой практики форму залога, как *твердый залог*. Твердый залог – это еще один (наряду с передачей владения и регистрацией) способ придать залогу эффект публичности. Твердый залог предполагает наложение на предмет залога знаков, свидетельствующих о залоге (клейм, бирок и проч.). Эти знаки имеют своей целью оповещение всех третьих лиц о том, что данная вещь находится в залоге. Но и такой механизм достаточно неэффективен.

В условиях, когда закон в отношении движимости вводит простую процедуру придания залогу движимости публичного характера (регистрация уведомлений о залоге в соответствии со ст. 339¹ ГК РФ), указанные выше механизмы теряют свою актуальность.

Само по себе оставление предмета залога – движимого имущества – во владении залогодателя без оповещения публики о залоге в форме регистрации уведомления о залоге следует рассматривать как непроявление залогодержателем должной осмотрительности; добросовестный покупатель такого имущества (см. комментарий к ст. 339¹ и 352 ГК РФ) будет защищен от требований залогодержателя об обращении взыскания на предмет залога, если при приобретении движимости он не видел соответствующих клейм или бирок, указывающих на обременение вещью залогом.

3. В случае если предмет залога передан на время во владение или пользование третьему лицу, он считается находящимся у залогодателя согласно п. 3 комментируемой статьи.

Из нормы следуют два вывода. Во-первых, она может быть применена в ситуации, когда заложенная вещь не передается залогодержателю и не остается у залогодателя, а вручается согласованному в договоре залога третьему лицу (например хранителю). Вводимая нормой фикция необходима для того, чтобы разрешать вопросы, связанные, например, с порядком обращения взыскания на предмет залога (например, на заклад взыскание можно обратиться во внесудебном порядке без обращения к нотариусу; на имущество, оставленное у залогодателя, взыскание обращается во внесудебном нотариальном порядке).

Во-вторых, другой случай, который охватывается этой нормой, – это ситуация, когда изначально владевший предметом залога залогодатель передал вещь третьему лицу (например в аренду). В этом случае следует считать, что вещь по-прежнему находится у залогодателя. Данная ситуация является проявлением крайне сложного и почти неизвестного российскому правопорядку феномена различения непосредственного и опосредованного владения.

3.1. Достаточно неожиданное значение эта фикция получила в одном из дел Президиума ВАС РФ (Постановление от 10 апреля 2012 г. № 15085/11), в котором обсуждался вопрос о том, необходима ли исполнительная надпись нотариуса при внесудебном обращении взыскания на бездокументарные ценные бумаги, учитываемые в банковском депозитарии. Президиум ВАС РФ пришел к выводу, что в случае, когда банк одновременно является залогодержателем и осуществляет депозитарный учет заложенных ценных бумаг, имеет место фикция залога, ценные бумаги считаются находящимися у залогодержателя. Однако если залогодержателем станет иное лицо, то к отношениям залогодателя и залогодержателя следует применять положения п. 3 ст. 338 ГК РФ, и ценные бумаги должны считаться оставленными у залогодателя.

Статья 339. Условия и форма договора залога

1. В договоре залога должны быть указаны предмет залога, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом. Условия, относящиеся к основному обязательству, считаются согласованными, если в договоре залога имеется отсылка к договору, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечиваемое обязательство.

Стороны могут предусмотреть в договоре залога условие о порядке реализации заложенного имущества, взыскание на которое обращено по решению суда, или условие о возможности обращения взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке.

2. В договоре залога, залогодателем по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, обязательство, обеспечиваемое залогом, включая будущее обязательство, может быть описано способом, позволяющим определить обязательство в качестве обязательства, обеспеченного залогом, на момент обращения взыскания, в том числе путем указания на обеспечение всех существующих и (или) будущих обязательств должника перед кредитором в пределах определенной суммы.

В договоре залога, залогодателем по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, предмет залога может быть описан любым способом, позволяющим идентифицировать имущество в качестве предмета залога на момент обращения взыскания, в том числе путем указания на залог всего имущества залогодателя или определенной части его имущества либо на залог имущества определенных рода или вида.

3. Договор залога должен быть заключен в простой письменной форме, если законом или соглашением сторон не установлена нотариальная форма.

Договор залога в обеспечение исполнения обязательств по договору, который должен быть нотариально удостоверен, подлежит нотариальному удостоверению.

Несоблюдение правил, содержащихся в настоящем пункте, влечет недействительность договора залога.

Комментарий

1. Законодатель устанавливает следующие существенные условия договора залога: в договоре должен быть указан предмет залога и описан обеспеченный долг. Другие два условия, которые в свое время были квалифицированы как существенные (оценка предмета залога и указание, у кого находится предмет залога) в настоящее время таковыми более не являются.

В то же время следует иметь в виду, что указание стоимости предмета залога (или порядка ее определения) является необходимым условием для признания юридической силы условия договора залога о внесудебном обращении взыскания на предмет залога (п. 7 ст. 349 ГК РФ).

1.1. Описание предмета залога для того, чтобы договор залога считался заключенным, является принципиальным. Залог – вещное право, и сложно себе представить вещное право без спецификации (определения) его предмета. Условие договора залога о предмете залога должно быть достаточно конкретно, с тем чтобы позволять достоверно и без сомнений установить конкретное имущество, обременяемое залогом. Такая идентификация предмета залога возможна либо через подробное описание самой закладываемой вещи (иного имущества), либо через указание индивидуальных номеров имущества, либо через обозначение места нахождения имущества и т.п. В случае с недвижимостью индивидуализация имущества достаточно легко осуществляется через указание уникального кадастрового номера объекта. Таким образом, предметом залога не могут быть «лошади», это должны быть лошади, чьи клички, местонахождение, иные данные (ветеринарные и проч.) подробно указаны в договоре залога.

Последствием отсутствия такой индивидуализации предмета залога будет являться возможный вывод суда, рассматривающего спор между залогодержателем и залогодателем, о незаключенности договора залога. Исключением из этого правила, по всей видимости, будут ситуации, когда речь идет о залоге будущего имущества (п. 2 ст. 336 ГК РФ): в данном случае предмет залога может быть не определенным, а определимым, но само вещное право залога возникнет только в момент возникновения у залогодателя соответствующего права на имущество.

Кроме того, другим исключением, допускаемым только для случая, когда залогодателем является предприниматель, является ситуация, когда договор залога может быть квалифицирован как залог товаров в обороте или договор залога части или всего имущества залогодателя (см. п. 2 ст. 339 ГК РФ). В случае залога части имущества залогодателя соответствующая заложенная часть имущества может быть определена как «все лошади, принадлежащие залогодателю».

1.2. Вряд ли правильным является такое рассуждение: если предмет залога не специфицирован в договоре, а указан самым общим образом (например десять лошадей), то залогодатель может выдать десять любых лошадей залогодержателю для обращения взыскания.

Проведение аналогий с куплей-продажей в данном случае следует считать неуместным. Купля-продажа – это обязательство, а продавец, исполняя обязательство по передаче товара, может передать покупателю любой товар среднего качества. Поэтому условие в договоре купли-продажи о передаче десяти лошадей в собственность покупателю является вполне удовлетворительным. Продавец может передать покупателю десять любых лошадей среднего качества, а покупатель, принимая их во владение, приобретает право собственности на них.

С залогом такое решение будет невозможно, так как по умолчанию установление залога осуществляется без передачи владения заложенной вещью залогодержателю (за исключением заклада, когда спецификация предмета залога будет осуществляться путем передачи лошадей во владение залогодержателя). Иными словами, акт передачи не заменит функцию спецификации обременяемого предмета, которую

в залоге обычно выполняет воля залогодателя и залогодержателя (при включении в договор точного указания на залоговое обременение).

1.3. Законодатель традиционно требовал детального описания в договоре обеспеченного долга. Речь идет об указании существа, размера и срока исполнения обеспеченного обязательства. Такой подход, требующий жесткого описания обеспеченного долга, критиковался как существенный недостаток прежнего регулирования залога.

К сожалению, суды применяли эту норму слишком буквально, полагая, что малейшее отступление от этих правил и неясность положений условий договора залога об обеспеченном долге влечет признание договора незаключенным.

Высшие суды попытались исправить ситуацию, толкуя норму ограничительно: в п. 43 совместного Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 было признано, что «в случаях, когда залогодателем является должник в основном обязательстве, условия о существе, размере и сроках исполнения обязательства, обеспеченного залогом, следует признавать согласованными, если в договоре залога имеется отсылка к договору, регулирующему основное обязательство и содержащему соответствующие условия».

По всей видимости, логика высших судов была следующая: положения ст. 339 ГК РФ призваны защитить право залогодателя достоверно знать, какой именно долг обеспечен залогом. Однако, по мнению судов, это необходимо лишь в случаях, когда залогодатель не является должником в обеспеченном обязательстве, ведь в ином случае залогодатель-должник не может не знать, сколько он должен кредитору. И именно поэтому в п. 43 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 содержится это довольно элегантное решение проблемы избыточной жесткости нормы п. 1 ст. 339 ГК РФ.

Это решение касается лишь случая, когда залогодатель является должником по обеспеченному долгу; если же залогодатель является третьим лицом, то такой смягченный стандарт описания обеспеченного долга применяться не мог. Кажется, не в последнюю очередь такое решение было связано с желанием защитить залогодателя – третье лицо от возможного сговора кредитора-залогодержателя и должника, которые (теоретически) могли бы, подменив подлинный текст договора и указав в новом тексте другую, значительно бóльшую сумму долга, тем самым резко ухудшить положение залогодателя – третьего лица. По всей видимости, для того чтобы исключить случаи такого рода злоупотреблений и было признано, что снижение стандарта описания обеспеченного долга возможно лишь для залога, заключенного самим должником. В иных случаях следует подробно описывать обеспеченное обязательство, чтобы для залогодателя – третьего лица сумма обеспеченного долга не стала неожиданностью.

1.4. Однако такое рассуждение и предположение о возможном сговоре кредитора и должника против залогодателя хотя и имеет право на существование, тем не менее является скорее гипотетическим, чем имеющим серьезное основание в реальной жизни. Ведь не секрет, что фигура третьего лица, предоставляющего обеспечение, как правило, появляется только потому, что оно (третье лицо) связано с должником какого-либо рода отношениями (в первую очередь корпоративными или родственными). В связи с этим вероятность сговора кредитора и должника против залогодателя настолько крайне мала (у должника для этого нет никакого стимула, так как залогодатель – это в большинстве случаев лицо, аффилированное с должником), что ее можно игнорировать.

Следовательно, то ограничение смягченного стандарта описания долга, которое было выработано практикой, избыточно, от него можно было бы смело отказаться.

1.5. В ходе реформы залогового права 2014 г. это ограничение было отменено. Так, в соответствии с новой редакцией п. 1 ст. 339 ГК РФ «условия, относящиеся к основному обязательству, считаются согласованными, если в договоре залога имеется отсылка к договору, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечаемое обязательство». Каких-либо изъятий для случая залога, установленного лицом, не являющимся должником по обеспеченному залогом обязательству, в законе не установлено. Таким образом, законодатель пошел по пути смягчения стандарта спецификации обеспеченного долга в договоре залога даже дальше судебной практики, видимо, посчитав, что опасения стговора в большинстве случаев напрасны в силу того, что чаще всего залогодатель так или иначе аффилирован с должником.

1.6. Какое практическое преимущество имеет эта новелла? Во-первых, она снижает организационные издержки, связанные с заключением договора залога. Сторонам теперь нет необходимости детально расписывать в договоре условия обеспеченного обязательства. Возможность простого указания в договоре залога, что он обеспечивает возврат кредита, выданного должнику по определенному договору, устраняет риск ошибок (опечаток), которые иногда влекли за собой признание условий об обеспеченном долге несогласованными, а договор залога — незаключенным.

Во-вторых, новые положения ст. 339 ГК РФ снижают для залогодержателя временные и административные издержки, связанные с изменением обеспеченного долга, отменяя необходимость вносить изменения в обеспечительную сделку (и самое главное — регистрировать соответствующие изменения). Так, указания в договоре залога на то, что залог обеспечивает возврат кредита, выданного по определенному договору, с учетом всех возможных изменений и дополнений, в сумме, не превышающей определенную величину, и сроком возврата не позднее определенной даты, достаточно для того, чтобы любые изменения обеспеченного обязательства считались также обеспеченными залогом без внесения каких-либо изменений в реестры, в которых был зарегистрирован первоначальный залог. В этом случае интересы всех третьих лиц в достаточной степени будут защищены тем, что из реестра может быть получена информация о максимально возможном обременении имущества, сверх суммы которого кредитор уже не сможет требовать извлечения из предмета залога обещанной ему стоимости вещи.

1.7. В последнем абзаце п. 1 комментируемой статьи законодатель устанавливает право сторон договора залога установить в договоре как порядок реализации предмета залога при судебном обращении на него взыскания, так и условие о внесудебном обращении взыскания на предмет залога. Первая из указанных опций представляет собой довольно любопытную смешанную модель обращения взыскания и реализации предмета залога: взыскание обращает суд согласно соответствующим нормам ГК РФ, а способы реализации предмета залога используются из числа тех, о которых стороны договорились (более подробно см. комментарий к п. 1 ст. 350 ГК РФ).

2. Для случаев, когда залогодатель является субъектом предпринимательской деятельности, законодатель пошел еще дальше по пути ослабления требования об описании обеспеченного залогом долга и ввел конструкцию, которую условно можно обозначить как *залог по всем долгам с максимальной суммой*.

Легко заметить, что в этом случае требование законодателя к стандарту описания обеспеченного долга снижается еще сильнее: достаточно указания на то, что все (или, разумеется, часть — например, все требования из всех договоров аренды) обязательства должника перед кредитором будут считаться обеспеченными залогом. Интересы других кредиторов залогодателя в данном случае также защищены: ведь обязательным условием залога по всем долгам является максимальная сумма обременения. Это означает, что кредиторы смогут во всяком случае рассчитывать на ценность имущества в размере, превышающую указанную сумму.

2.1. Любопытным является вопрос о том, что происходит с залогом по всем долгам в случае, если после установления залога и, соответственно, некоторого периода, в течение которого между кредитором и должником существовали долговые отношения, все обязательства должника будут прекращены, а потом возникнут вновь. Будут ли они считаться обеспеченными залогом или же залог будет считаться прекращенным на основании подп. 1 п. 1 ст. 352 ГК РФ? Представляется, что верным является предположение о сохранении залога до истечения срока, на который он был установлен (если такой срок имеется в договоре залога), либо в течение двух лет с момента установления залога (п. 4 ст. 367 ГК РФ). Очевидно, что сохранение залога в качестве вечного обременения вряд ли верно, потому что не бывает вечных обязательств (а обеспечительная природа все-таки является доминирующим элементом этого правового института).

При этом в период, когда исчезают обязательства должника, действует исключение из общего правила о том, что залог может существовать только при наличии обеспеченного долга. В данный период залог как обременение вещи и все вытекающие из него последствия (запрет на несогласованное отчуждение и т.п.) будут сохраняться, за исключением права залогодержателя обратиться взыскание на заложенную вещь.

В случае если общая совокупность обязательств должника перед залогодержателем превысит сумму обременения, то выбор того, по каким обязательствам следует обращать взыскание на залог, должен осуществлять залогодержатель.

2.2. Что происходит в ситуации, когда на момент установления залога по всем долгам никакого долга у должника перед залогодержателем нет? Тот же вопрос возникает и в случае залога по будущим долгам. Возникает ли залог сразу же или только в момент возникновения долга? Видимо, с учетом нормы п. 3 ст. 341 ГК РФ залог в такой ситуации будет возникать в момент возникновения какого-либо долга должника. Подробнее см. комментарий к ст. 337 ГК РФ.

2.3. Другое новшество п. 2 комментируемой статьи — это резкое снижение стандарта описания предмета залога в договоре залога, залогодателем по которому является субъект предпринимательской деятельности. Так, в соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ «предмет залога может быть описан любым способом, позволяющим идентифицировать имущество в качестве предмета залога на момент обращения взыскания, в том числе путем указания на залог всего имущества залогодателя или определенной части его имущества либо на залог имущества определенных рода или вида»¹.

¹ Норма вступила в силу с 1 января 2015 г. (п. 2 ст. 3 Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ).

Из этой нормы можно сделать вывод, что отечественный правопорядок признал такую форму обеспечения, которую можно условно обозначить как «тотальный залог», т.е. залог всего наличного (или части) имущества залогодателя, а также имущества, которое он приобретет в будущем.

2.4. Обеспечительная конструкция, которая позволяет закладывать имущество без спецификации предмета залога, а путем указания на имущественную массу, принадлежащую установившему залог лицу, уже имеется в залоговом праве, — это залог товаров в обороте (см. ст. 357 ГК РФ).

Однако тотальный залог и залог товаров в обороте не следует смешивать. Дело в том, что при залоге товаров в обороте имущество, которое составляет обеспечение, освобождается от обременения при выбытии из заложенной товарной массы (п. 2 ст. 357 ГК РФ). При тотальном залоге эффект освобождения имущества, которое было заложено и отчуждено залогодателем, не наступает, и оно поступает в собственность приобретателя обремененным. Это объясняется тем, что для тотального залога законодатель не делает исключения из правил о следовании залога при отчуждении; отсутствует соответствующее указание и в ст. 352 ГК РФ, устанавливающей основания для прекращения залога.

2.5. Тотальный залог отчасти напоминает известную обеспечительную конструкцию *floating charge* (плавающее обеспечение), которая получила широкое распространение в некоторых западных юрисдикциях. Однако различия между тотальным залогом и плавающим обеспечением довольно серьезные.

Во-первых, плавающее обеспечение как обременение проявляет себя не с момента установления, а с так называемого момента кристаллизации, который наступает по общему правилу при просрочке должника. В случае с тотальным залогом идея совсем другая — с момента установления залога все существующее имущество залогодателя (за рядом исключений в отношении имущества, залог которого требует правоустанавливающей регистрации) считается обремененным.

Во-вторых, плавающее обеспечение не представляет полноценного приоритета кредитору, выговорившему себе такое обеспечение. Так, если на отдельное имущество будет впоследствии установлено фиксированное обеспечение (*fixed charge*), то оно, даже будучи более поздним по времени, будет иметь приоритет перед более ранним плавающим обеспечением. Ничего похожего при тотальном залоге не наблюдается: правила о залоговом старшинстве не знают исключений для тотального залога.

2.6. Тотальный залог, будучи зарегистрирован в реестре уведомлений о залоге по правилам ст. 339¹ ГК РФ, имеет эффект не только против третьих лиц — кредиторов залогодателя, предоставляя залогодержателю приоритет при удовлетворении его требований из стоимости *всего* имущества залогодателя, но и при приобретении третьими лицами имущества залогодателя, установившего тотальный залог. Это связано с тем, что всякое третье лицо может получить информацию о том, что его контрагент установил залог на *все* свое имущество из нотариального реестра уведомлений о залоге; поэтому всякий приобретатель от залогодателя должен рассматриваться как знающий о том, что он приобретает заложенное имущество.

Следовательно, залог будет сохраняться при переходе прав на имущество залогодателя. В связи с этим тотальный залог легко представить себе в виде некоего купола, который как бы опускается на имущество залогодателя: все активы, которые попали

либо попадут под этот «купол» автоматически обременяются залогом; из-под этого «купола» они также выходят обремененными.

2.7. Несомненно, такое решение законодателя, не знающего исключений, является слишком жестким и не учитывающим реалии совершения некоторых сделок в первую очередь гражданами-потребителями. Разумеется, и они имеют возможность ознакомиться с реестром уведомлений о залоге при заключении сделок по приобретению дорогостоящей мебели, техники и т.п. Однако вряд ли можно всерьез представить себе, что потребители будут это делать. И дело здесь даже не столько в том, что потребитель — сторона, обладающая слабой переговорной позицией. Скорее, в стандарт потребительского поведения, предшествующего заключению сделки, никогда не входило (и, думаю, никогда не будет входить) изучение каких-либо сторонних информационных ресурсов. Потребители черпают всю информацию, имеющую отношение к сделке, у своего контрагента. Более того, жестко регулируемые информационные обязанности продавца по отношению к потребителю — один из фундаментальных, основополагающих принципов потребительского права, составляющих его стержень. Немыслимо представить себе, чтобы в обязанность продавца не входило бы предоставление покупателю-потребителю информации о том, что он приобретает заложенную вещь. В связи с этим, как представляется, обычно доверие покупателя к информации о товаре, предоставляемой продавцом, столь велико, что представить себе потребителя, осуществляющего независимый поиск информации об обременениях, просто невозможно. Стимулировать же потребителя проверять соответствующий реестр под угрозой приобретения имущества, обремененного залогом, вряд ли целесообразно, так как это значительно усложнит розничную торговлю.

Несмотря на то что законодатель не сделал изъятие для действия тотального залога против граждан-потребителей, можно с уверенностью спрогнозировать, что суды самостоятельно выработают защиту покупателей заложенного имущества в описанной ситуации. Эта защита может быть установлена на основе положений ст. 352 ГК РФ о защите добросовестного покупателя заложенного имущества. Судам достаточно лишь признать, что гражданин-потребитель не должен прилагать усилия по установлению факта заключения его контрагентом договора залога всего имущества; достаточно лишь, чтобы из информации, предоставленной продавцом, не следовало, что такой договор был им заключен с каким-либо кредитором (например, кредитующим продавца банком).

2.8. Разумеется, тотальный залог, даже будучи учтенным в нотариальном реестре уведомлений о залоге, не может породить залоговые права в случаях, когда для возникновения залога требуется особая, правоустанавливающая регистрация (например, ипотека, залог ценных бумаги и т.п. — см. об этом в комментарии к ст. 339¹ ГК РФ). Это связано с тем, что для такого рода залогов требуется спецификация заложенного имущества (описание заложенной недвижимой вещи и т.д.), чего, разумеется, нет и не может быть при тотальном залоге. Поэтому, например, даже будучи представленным в орган по государственной регистрации прав на недвижимое имущество, такой договор не может стать основанием для государственной регистрации ипотеки. С этой точки зрения термин «залог всего имущества залогодателя» является достаточно условным, так как он не охватывает достаточно дорогостоящие активы — недвижимость, акции и доли в ООО, регистрируемые исключительные права.

2.9. Тотальный залог распространяется не только на то имущество залогодателя, которое имеется в момент установления тотального залога, но и на и любое иное имущество, которое будет им приобретено или создано в будущем (за исключением недвижимости и иных видов имущества, в отношении залога которых требуется правоустанавливающая регистрация, а также некоторых иных ситуаций, когда для возникновения залога отдельных видов имущества требуется соблюдение иных формальностей). В таких случаях залог будет обременять данное приобретенное или созданное имущество автоматически с момента возникновения у залогодателя прав на него.

2.10. В случае залога части имущества в договоре залога должен быть определен тип принадлежащего залогодателю имущества, которое обременяется залогом (например «все лошади»). В данном случае все существующие на момент заключения договора залога, а также приобретаемые (создаваемые) залогодателем впоследствии объекты, относящиеся к соответствующему типу, считаются обремененными залогом.

При этом вряд ли можно допустить, что часть имущества, обременяемая залогом, может быть определена не по типу имущества, а по стоимости (например, любое имущество залогодателя на такую-то сумму). Это окончательно лишило бы залог характера вещного права и заблокировало бы возможность противопоставить залог третьим лицам (например, приобретателям имущества залогодателя).

2.11. В случае если предметом залога будет будущая вещь, то индивидуализация предмета залога может осуществляться путем, например, указания на договор, в результате исполнения которого залогодатель приобретет право собственности на будущий предмет залога (например, договор купли-продажи, подряда и проч.). Но возможны и иные способы индивидуализации, например, все оборудование, которое залогодатель будет приобретать от поставщиков в будущем. С учетом возможности тотального залога нет препятствий к таким менее строгим описаниям будущего имущества, на которое распространяется залог, как минимум для залогодателей-коммерсантов. Главное, чтобы третьи лица, ознакомившиеся с реестром уведомлений о залоге, могли достаточно ясно представлять себе, какие виды имущества залогодателя подпадают под залоговое обременение.

3. Договор залога заключается в простой письменной форме; последствием нарушения этого требования закона является ничтожность залога.

Нотариальная форма залога требуется в случае, если стороны договора залога намереваются использовать нотариальную процедуру обращения взыскания на предмет залога. При отсутствии нотариального удостоверения в этом случае договор будет действительным в целом, но возможность использования нотариуса для целей внесудебного обращения взыскания будет заблокирована. Кроме того, закон в ряде случаев устанавливает нотариальную форму для сделок по распоряжению соответствующим имуществом или прямо говорит о необходимости нотариального удостоверения залога того или иного имущества (например, нотариальное удостоверение сделок залога доли в ООО согласно п. 2 ст. 22 Закона об ООО).

Нотариальная форма залога в силу п. 3 ст. 339 ГК РФ также может быть обусловлена тем, что обязательства, обеспеченные залогом, в свою очередь возникают из нотариально удостоверенной сделки.

Статья 339¹. Государственная регистрация и учет залога

1. Залог подлежит государственной регистрации и возникает с момента такой регистрации в следующих случаях:

1) если в соответствии с законом права, закрепляющие принадлежность имущества определенному лицу, подлежат государственной регистрации (статья 8¹);

2) если предметом залога являются права участника (учредителя) общества с ограниченной ответственностью (статья 358¹⁵).

2. Записи о залоге ценных бумаг совершаются в соответствии с правилами настоящего Кодекса и других законов о ценных бумагах.

3. Сведения о залоге прав по договору банковского счета учитываются в соответствии с правилами статьи 358¹¹ настоящего Кодекса.

4. Залог иного имущества, не относящегося к недвижимым вещам, помимо указанного в пунктах 1–3 настоящей статьи имущества, может быть учтен путем регистрации уведомлений о залоге, поступивших от залогодателя, залогодержателя или в случаях, установленных законодательством о нотариате, от другого лица, в реестре уведомлений о залоге такого имущества (реестр уведомлений о залоге движимого имущества). Реестр уведомлений о залоге движимого имущества ведется в порядке, установленном законодательством о нотариате.

В случае изменения или прекращения залога, в отношении которого зарегистрировано уведомление о залоге, залогодержатель обязан направить в порядке, установленном законодательством о нотариате, уведомление об изменении залога или об исключении сведений о залоге в течение трех рабочих дней с момента, когда он узнал или должен был узнать об изменении или о прекращении залога. В случаях, предусмотренных законодательством о нотариате, уведомление об изменении залога или об исключении сведений о залоге направляет иное указанное в законе лицо.

Залогодержатель в отношениях с третьими лицами вправе ссылаться на принадлежащее ему право залога только с момента совершения записи об учете залога, за исключением случаев, если третье лицо знало или должно было знать о существовании залога ранее этого. Отсутствие записи об учете не затрагивает отношения залогодателя с залогодержателем.

Комментарий

1. У залогового права есть два основания, на которых он как обеспечительный институт зиждется. Первое из них — это принцип следования, который означает, что любое лицо, которое приобретает предмет залога у изначального залогодателя, обязано выдать его залогодержателю для обращения взыскания по долгу, обеспеченному залогом.

Второе — это залоговый приоритет, заключающийся в том, что залогодержатель может удовлетворяться из стоимости заложенной вещи преимущественно перед другими кредиторами залогодателя.

Легко заметить, что каждая из этих двух особенностей залога рассчитана на то, чтобы действовать не только и не столько против залогодателя, но и против *любого третьего лица*: против любых новых собственников предмета залога, против любых кредиторов залогодателя. Получается, что залог — это в целом институт, рассчитанный на то, чтобы кредитор мог действовать против третьих лиц.

1.1. Однако в частном праве имеется известная максима, связанная с действием так называемых абсолютных прав (прав, которые имеют эффект *erga omnes*, т.е. против всех), заключающаяся в следующем: права могут быть противопоставлены третьим лицам только в том случае, если третьи лица знали либо могли знать о существовании этих прав. Было бы противно экономической целесообразности и справедливости дать возможность залогодержателю противопоставлять третьим лицам (покупателям предмета залога, другим залогодержателям, необеспеченным кредиторам залогодателя) залоговое право, о котором эти лица не знали и не могли знать, вступая в отношения с залогодателем.

Таким образом, одной из задач залогового права является создание системы правил, которые придавали бы залогоу эффект *публичности*, т.е. делали бы его «видимым» для третьих лиц.

1.2. Существует несколько способов придания залоговому праву эффекта публичности.

Первый (и, пожалуй, самый древний из них) — это передача владения предметом залога залогодержателю. В самом деле, владение вещами и собственность на них, как правило, совпадают; лицо, не владеющее своими вещами, в обычных условиях оборота выглядит довольно подозрительно — это означает, что оно утратило вещь или распорядилось ею (именно поэтому оно и не владеет). Таким образом, получив владение предметом залога, залогодержатель как бы лишает залогодателя важнейшего «знака собственности» — владения вещью. Следовательно, в случае залога факт владения залогодержателем предметом залога является достаточным для того, чтобы все третьи лица, с одной стороны, могли бы рассматриваться как знающие о том, что право собственности на вещь не свободно от обременений, а с другой стороны, факт передачи имущества во владение залогодержателя или третьего лица следует рассматривать как акт, придающий такому залогоу качество публичности (см. п. 1 ст. 338 ГК РФ и комментарий к ней).

1.3. Однако в условиях современного оборота заклад — это крайне неэффективный способ обеспечения; должнику для того, чтобы возратить кредит, необходимо эксплуатировать свое имущество (оборудование, технику и т.п.), извлекая из него выгоду. Отобрав же владение предметом залога, залогодержатель лишает должника источников погашения долга перед ним. Кроме того, в современных условиях предметом залога являются все чаще не вещи, а иные права (права требования, корпоративные права, исключительные права и т.п.), в отношении которых заклад в принципе невозможен. Поэтому на практике довольно быстро возникла другая, так называемая непосессорная форма залога, при которой предмет залога остается во владении у залогодателя.

Однако как в этом случае можно было бы обеспечить публичность залога? Здесь существуют два возможных варианта придания залогоу эффекта публичности. Первый — это так называемый твердый залог, т.е. залог, сопровождающийся наложением на предмет залога знаков, свидетельствующих о том, что соответствующее имущество находится в залоге. Третьи лица, контрактирующие с залогодателем, предполагаются имеющими возможность осмотреть имущество своего контрагента и рассматриваются как знающие о залоге (см. п. 2 ст. 338 ГК РФ и комментарий к ней).

1.4. Однако практика применения конструкции твердого залога демонстрирует неудобство этой формы придания залогоу качества публичности. В первую очередь

это связано с тем, что знаки о залоге могут быть удалены недобросовестным залогодателем. Кроме того, такой способ опубликовать залог не работает в отношении имущества, не относящегося к категории вещей. Поэтому наибольшее распространение получил иной способ придания залогу эффекта публичности – регистрация в специальных реестрах, открытых публике, из которых всякое интересующееся лицо может получить информацию о том, что то или иное имущество определенного лица находится в залоге. Исторически первым случаем придания залогу публичности путем регистрации стал залог недвижимости – ипотека¹.

1.5. Довольно длительное время российское залоговое право вообще не содержало каких-либо норм, позволяющих выстроить хоть сколько-нибудь стройную систему правовых взглядов на 1) момент возникновения залогового права и 2) связь этого момента с теми или иными регистрационными процедурами, предусмотренными законодательством о залоге. Эти проблемы имеют не только теоретический, но и довольно серьезный прикладной характер. В частности, без ответа на эти вопросы невозможно понять, например, с какого момента возникает законная ипотека в сфере недвижимости; или как определять старшинство залогов движимого имущества и т.п.

1.6. В новой редакции § 3 гл. 23 ГК РФ разрешению этих и иных вопросов посвящена новая статья 339¹, ранее отсутствовавшая в ГК РФ. В чем ее суть?

Уже при первом приближении заметно, что регистрация залогов (как, пожалуй, и все иные случаи регистрации прав, которые встречаются в сфере гражданского права) бывает двух видов: правоустанавливающая регистрация (путем внесения записи в соответствующие публичные и частные реестры) и правоподтверждающая регистрация.

1.7. Пункт 1 говорит о случаях, когда залог подлежит правоустанавливающей государственной регистрации.

Государственная регистрация залоговых прав носит правоустанавливающий (правообразующий, конститутивный) характер. Смысл такой регистрации может быть очень легко передан следующими словами: есть запись – есть залоговое право, нет записи – нет залогового права. Этот принцип иногда в сфере недвижимости именуется *принципом внесения*. В качестве общей идеи в сфере государственной регистрации прав на имущество (а залоговое право – это тоже право на имущество) этот принцип нормативно закреплен в п. 2 ст. 8¹ ГК РФ.

1.8. Применительно к залогу существуют четыре основных случая, когда законодатель связывает само возникновение залогового права с его регистрацией.

Во-первых, это залог недвижимости (ипотека), который возникает с момента внесения записи в ЕГРП (см. также ст. 11 Закона об ипотеке), причем это касается не только договорной, но и законной ипотеки.

Во-вторых, это залог доли в уставном капитале ООО; такой залог возникает в момент регистрации его в ЕГРЮЛ (п. 3 ст. 22 Закона об ООО).

¹ Любопытно, что этимология слова «ипотека» восходит к древнегреческому *ἵπότηκη*, что означало каменный столб, где выбивалась надпись о том, что земельный участок, на котором был расположен столб, находится в залоге. Совершенно очевидно, что этот столб также был призван выполнять функцию «опубликования» залога недвижимости: всякое третье лицо, осматривая земельный участок для цели совершения с ним сделки, видело столб и считалось знающим о залоге.

В-третьих, это залог исключительных прав, которые подлежат государственной регистрации (права на товарные знаки, изобретения и т.п.); залог таких объектов возникнет с момента регистрации его в соответствующем реестре (см. ст. 358¹⁸ ГК РФ и комментарий к ней, а также п. 2 ст. 1232 ГК РФ, п. 2 ст. 1369 ГК РФ).

В-четвертых, это залог ценных бумаг, учитываемых записью по счету в реестре владельцев бездокументарных именных ценных бумаг либо на счетах депо; такой залог возникнет в момент отражения его в реестре или по счету депо (см. п. 2 ст. 339¹ ГК РФ). В данном случае регистрация является правоустанавливающей, но не государственной. Подробнее см. комментарий к п. 2.

Как уже упоминалось, эти правила действуют как для залога, возникшего в силу договора, так и залога, возникшего из предписаний закона.

1.9. В случае с регистрацией залога во всех трех указанных случаях закон не требует государственной регистрации договоров залога. Регистрируется право залога как обременения. Применительно к ипотеке это следует из п. 5 ст. 3 Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ, согласно которому положения ст. 10 Закона об ипотеке о необходимости государственной регистрации договоров ипотеке в настоящее время не применяются. Применительно к залогоу доли в ООО это следует из ст. 22 Закона об ООО.

2. ГК РФ устанавливает, что записи о залоге ценных бумаг производятся в соответствии с ГК РФ, а также иными законами о ценных бумагах. Так, согласно п. 2 ст. 358¹⁶ ГК РФ «залог бездокументарной ценной бумаги возникает с момента внесения записи о залоге по счету, на котором учитываются права владельца бездокументарных ценных бумаг, или в случаях, установленных законом, по счету иного лица, если законом или договором не установлено, что залог возникает позднее». Это в силу ст. 51⁶ Закона о рынке ценных бумаг может быть как лицевой счет залогодателя в реестре, который ведет держатель реестра (например, регистратор в отношении акций), так и счет-депо при учете ценных бумаг у депозитария. Иначе говоря, здесь без такой записи нет и залога, как и в случае с государственной регистрацией залога.

Публичность залога документарной ценной бумаги обеспечивается либо путем передачи бумаги во владение залогодержателя (п. 1 ст. 338 ГК РФ), либо путем совершения на ней специальной надписи, которая, будучи видна всем третьим лицам, предупреждает их о том, что они имеют дело с заложенной бумагой. Так, например, согласно п. 4 ст. 49 Закона об ипотеке «ипотечным залогодержателем на закладной может быть сделана специальная залоговая передаточная надпись, дающая залогодержателю закладной право по истечении определенного срока продать закладную с тем, чтобы удержать из вырученных денег сумму обеспеченного ее залогом обязательства». Вексельное законодательство регулирует порядок залога векселя путем совершения залогового индоссамента (п. 19 Положения о переводном и простом векселе). В случае с передачей документарной ценной бумаги во владение залогодержателя право залога возникает в сам момент заключения договора, но публичность залога ранее передачи не возникает. В случае с учинением соответствующей надписи на документарной ценной бумаге залог возникает с момента заключения договора, а надпись имеет целью опубличить залог для третьих лиц. Иначе говоря, учинение залогового индоссамента на ордерной ценной бумаге не является обязательной формой существования залога. См. подробнее комментарий к ст. 358¹⁶ ГК РФ.

3. Публичность залога денежных средств на банковском счете считается достигнутой путем уведомления банка, осуществляющего ведение соответствующего счета, о том, что денежные средства по счету переданы в залог. С этого же момента и возникает сам залог. В случае если залогодержателем является банк, заключивший с клиентом (залогодателем) договор залогового счета, залог возникает с момента заключения договора залога прав по банковскому счету (ст. 358¹¹ ГК РФ). Предполагается, что банк, являясь организацией, находящейся под весьма серьезным пруденциальным надзором и потому не склонной к тому, чтобы совершать подлоги и сокрытие документов, будет гарантом того, что возможное обратное датирование договора залога денежных средств на счете будет исключено.

4. Но как может быть обеспечена публичность залога иного имущества, если само возникновение залога в отношении этого имущества не связано с какой-либо регистрацией или иными процедурами, которые одновременно обеспечивают и публичность залога? Например, как обеспечить публичность залога движимых вещей, обязательственных прав, нерегистрируемых исключительных прав (например, авторских прав и т.п.)? Долгое время эффективный механизм опубликования залога таких видов имущества отсутствовал. Следовательно, было невозможно одновременно эффективно защитить добросовестных приобретателей предмета залога, не знавших о том, что они приобретают заложенное имущество, и обеспечить интересы залогодержателей, сохранив прочность залоговых прав. Проблема была решена за счет включения в ст. 339¹ ГК РФ правил о правоподтверждающей (деклараторной, учетной) регистрации залогов (п. 4 ст. 339¹).

4.1. Главное отличие этой регистрации от правоустанавливающей регистрации залогов заключается в том, что в этом случае правило «нет записи — нет права залога» не работает; залог возникает из соответствующего основания (договора, закона или ареста) и существует ровно потому, что залогодержателем и залогодателем было сделано соответствующее волеизъявление. Однако такой залог приобретает эффект публичности (и поэтому становится противопоставимым третьим лицам, которые не знали и не могли знать о залоге из иных источников) только в случае, если факт залога был раскрыт (учтен) в особом публичном реестре. Такая система придания залогу свойства публичности (ее можно условно обозначить как система противопоставимости) не является изобретением российского права, она существует во многих правовых системах¹.

4.2. Помимо правоподтверждающего характера такой регистрации залога принципиальной является и другая ее характеристика — она *добровольная*. Иными словами, законодатель не обязывает залогодержателей раскрывать информацию о залогах под страхом их недействительности, невозникновения, незаключенности. Это объясняется тем, что обязательная регистрация залога непременно «потянула» бы за собой проверку титула залогодателя, а организовать хоть сколько-нибудь работоспособную систему регистрации прав на движимое имущество представляется невозможным. А раз невозможна обязательная регистрация права собственности —

¹ Именно такая система придания залогу свойства противопоставимости третьим лицам (*effectiveness*) заложена в Модельные правила европейского частного права (гл. 3 кн. IX).

главного вещного права — то и обязательная регистрация ограниченных вещных прав также будет невозможна.

Но тогда, разумеется, возникает вопрос: а как в таком случае обеспечить наполнение такого реестра залогов информацией, если возникновение залога никак не будет связано с записью в реестре? Ведь тогда залогодержатель утрачивает мощнейший стимул регистрировать залого.

В данном случае мы встречаемся с довольно любопытным законодательным подходом, который заключается в том, что законодатель подталкивает кредиторов к раскрытию информации о залогах довольно «мягким» образом: в соответствии с абз. 3 п. 4 ст. 339¹ ГК РФ «залогодержатель в отношениях с третьими лицами вправе ссылаться на принадлежащее ему право залога только с момента совершения записи об учете залога, за исключением случаев, если третье лицо знало или должно было знать о существовании залога ранее этого». Таким образом, получается, что залогодержатель сможет приобрести два основных преимущества залога (действие залоговых прав приобретателей заложенного имущества и залоговый приоритет) либо в том случае, если уведомление о его залоге было зарегистрировано в реестре, либо в случае, когда он сможет доказать, что соответствующие третьи лица знали или должны были знать о залоге из иных источников. Отсутствие этого уведомления не означает, что залога вообще нет; он есть, но только в отношении залогодержателя и залогодателя, а также лиц, которые достоверно знали или должны были знать о залоге. Например, кредиторы — дочерние компании залогодателя не смогут ссылаться на то, что залог, установленный в пользу другого кредитора, не может быть им противопоставлен, если соответствующее уведомление не было зарегистрировано в реестре.

4.3. Процедура регистрации уведомлений о залоге описана в гл. XX¹ Основ законодательства о нотариате, она довольно проста.

Реестр уведомлений о залоге ведется нотариусами. Заявителем при регистрации залога может быть или залогодатель, или залогодержатель.

Нотариус, которым получено соответствующее уведомление (как в письменном, так и в электронном виде) о залоге, обязан идентифицировать лицо, обратившееся с заявлением, проверить заполнение уведомления и уплату тарифа. При этом нотариус не проверяет наличие согласия залогодателя на регистрацию уведомления о возникновении залога, достоверность сведений об объекте залога, о возникновении, об изменении, о прекращении залога, содержащихся в уведомлении, и сведений о лицах, указанных в уведомлении о залоге. Нотариус не несет ответственность за недостоверность указанных в уведомлении сведений (ч. 2 ст. 103² ГК РФ).

Реестр уведомлений о залогах является открытым, всякое лицо вправе свободно осуществлять поиск информации в указанной базе¹. Кроме того, Основы законодательства о нотариате устанавливают, что любое заинтересованное лицо вправе обратиться к любому нотариусу на территории Российской Федерации с просьбой подготовить выписку из реестра уведомлений о залоге (ст. 103⁷ Основ). Такая выписка является самым лучшим и достоверным подтверждением того, что на определенную дату в реестре уведомление о залоге отсутствовало либо залог

¹ База размещена по адресу <http://reestr-zalogov.ru>.

был зарегистрирован на определенных условиях, тем самым защищая кредиторов от разного рода неожиданностей.

4.4. Однако здесь есть определенная тонкость, которую следует учитывать лицам, осуществляющим поиск информации в реестре.

Дело в том, что поиск по базе уведомлений может быть осуществлен по двум параметрам: по объекту (предмету залога) и по субъекту (залогодателю).

Поиск по объекту возможен либо по уникальному номеру автомобиля (*VIN*), либо иному буквенно-цифровому идентификационному номеру. Однако далеко не все движимые вещи (а уж тем более иные, нематериальные объекты, залог которых также может фиксироваться в реестре уведомлений) имеют такие номера; следовательно, в этом случае поиск в реестре по объекту будет просто невозможен.

Но это не означает, что информацию о таком залоге нельзя будет обнаружить в реестре, ведь в распоряжении заинтересованных лиц имеется и другая опция поиска: по залогодателю. Для этого необходимо в соответствующие поля карточки поиска внести информацию о физическом или юридическом лице – потенциальном контрагенте. Система покажет уведомления, которые были зарегистрированы в отношении соответствующего залогодателя.

Однако именно здесь и кроется определенная специфика, связанная с регистрацией уведомлений о залоге неидентифицируемого имущества¹. Представим себе, что компания А заложила банку Б некоторую движимую вещь, которая не имеет идентификационного номера. Компания А впоследствии отчуждает эту вещь покупателю В. Тот не интересуется, свободно ли имущество от залогов и не обращается к данным реестра уведомлений о залоге (а если бы обратился, он бы легко обнаружил информацию о залоге путем поиска по залогодателю). Спустя какое-то время покупатель В отчуждает эту вещь следующему покупателю – Д. Тот, однако, проявляет осмотрительность и изучает данные реестра залоговых уведомлений. Но в его распоряжении, напомним, только опция поиска по залогодателю. Компании Д известен только ее контрагент – компания В, которого как залогодателя в реестре уведомлений, разумеется, нет. Получается, что по общему правилу компания Д не знала и не могла знать о том, что она приобретает заложенное имущество. В соответствии со ст. 352 ГК РФ в описанной ситуации залог прекратится, так как вещь будет приобретена добросовестным приобретателем.

Легко заметить, что залог, зарегистрированный «в привязке» только к залогодателю, живет ровно «один шаг» – от залогодателя к первому приобретателю. В дальнейшем его судьба фактически предрешена: возможность эффективного поиска уведомления в базе отсутствует, следовательно, вероятность приобретения предмета залога лицом, которое не знало об обременении, становится чрезвычайно высокой.

4.5. Кстати, точно такая же судьба ждет и имущество, которое попало в так называемый тотальный залог («залог всего имущества», см. абз. 2 п. 2 ст. 339 ГК РФ и комментарий к нему): залог будет эффективен против первого контрагента залогодателя по тотальному залогу, последующие же приобретатели просто не смогут осуществлять эффективный поиск по реестру уведомлений.

¹ К такому имуществу (помимо собственно объектов, не имеющих идентификационных номеров) относятся совокупности движимых вещей (например, «все имущество», «все торговое оборудование», «товары в обороте»).

4.6. Дата регистрации уведомления влияет на старшинство залоговых прав. Это следует из последнего абзаца п. 4 ст. 339¹ ГК РФ: последующие и предшествующие залогодержатели являются третьими лицами, упоминаемыми в этой норме, поэтому и старшинство залогов, учитываемых в реестре уведомлений, исчисляется не с даты заключения договора залога, а с даты регистрации соответствующего уведомления. Недвусмысленное указание на это есть в п. 10 ст. 342¹ ГК РФ¹. Но здесь, видимо, следует учитывать, что согласно абз. 3 п. 4 ст. 339¹ ГК РФ залогодержатель может противопоставить свой залог третьим лицам и без регистрации, если докажет, что соответствующее третье лицо знало или должно было знать о таком залоге. Соответственно, если последующий залогодержатель знал или должен был знать о предшествующем по времени, но не раскрытом в реестре залоге, он окажется младшим залогодержателем.

4.7. В случае если содержание залогового обременения изменяется (например, при увеличении суммы долга, размера процентов, срока залога), то в реестр уведомлений должны быть внесены соответствующие сведения: «В случае изменения... залога, в отношении которого зарегистрировано уведомление о залоге, залогодержатель обязан направить в порядке, установленном законодательством о нотариате, уведомление об изменении залога или об исключении сведений о залоге в течение трех рабочих дней с момента, когда он узнал или должен был узнать об изменении или о прекращении залога» (абз. 2 п. 4 ст. 339¹ ГК РФ).

Несмотря на то что законодатель использует выражение «залогодержатель обязан», его не следует понимать буквально. Дело в том, что в адекватном отражении в реестре действительного состояния залогового обременения в первую очередь заинтересован сам залогодержатель (ведь в противном случае он не сможет осуществлять свое залоговое право против третьих лиц). Строго говоря, единственным последствием неисполнения обязанности по внесению изменений в уведомление для залогодержателя является невозможность (в отношениях с третьими добросовестными лицами) для него ссылаться на то, что содержание залогового обременения отличается от того, как оно было описано в реестре, но не более того. При невнесении изменений в уведомление залог не прекращается, а продолжает существовать на первоначальных условиях.

4.8. При прекращении залога у залогодержателя также есть обязанность обратиться с заявлением о внесении соответствующей записи в реестр уведомлений. В случае если он нарушает эту обязанность, то залогодатель вправе обратиться в суд с требованием к залогодержателю о регистрации прекращения залога; в случае удовлетворения иска нотариус вносит соответствующие изменения в реестр на основании судебного акта. Кроме того, залогодатель вправе требовать взыскания с залогодержателя убытков, причиненных уклонением залогодержателя от исполнения обязанности по погашению записи о залоге.

¹ «В случаях, если заложенное имущество, в отношении которого ведется учет залогов в соответствии с пунктом 4 статьи 339¹ настоящего Кодекса, является предметом нескольких залогов, требования залогодержателя, обеспеченные залогом, запись об учете которого совершена ранее, удовлетворяются преимущественно перед требованиями залогодержателя, обеспеченными залогом того же имущества, запись об учете которого не совершена в установленном законом порядке или совершена позднее, независимо от того, какой залог возник ранее. Иной порядок удовлетворения требований залогодержателей может быть предусмотрен в соответствии с законами о ценных бумагах».

4.9. Интересным является вопрос о том, может ли приобретатель требования, обеспеченного залогом, который в действительности прекратился, но запись об этом в реестр внесена не была, рассматривать себя в качестве залогодержателя, ссылаясь на собственную добросовестность (ведь информация в реестре залогов по-прежнему подтверждает существование залога). Представляется, ответ на этот вопрос должен быть отрицательным.

В отличие от реестра прав на недвижимое имущество, который обладает качеством как отрицательной достоверности (чего нет в реестре, того нет в праве¹), так и положительной достоверности (что внесено в реестр, то существует), учетный характер реестра уведомлений о залогах препятствует признанию наличия у него положительной достоверности.

4.10. В логической связи с прокомментированными нормами находится новое основание прекращения залога – подп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ: «Залог прекращается... если заложенное имущество возмездно приобретено лицом, которое не знало и не должно было знать, что это имущество является предметом залога».

Эта норма поставила точку в старом споре ВС РФ и ВАС РФ о том, каково влияние добросовестности покупателя заложенной вещи на судьбу залога.

ВС РФ довольно последовательно отстаивал точку зрения о том, что залог при приобретении предмета залога добросовестным приобретателем, не знавшим и не имевшим оснований знать о залоге, не прекращается (определения КГД ВС РФ от 10 апреля 2007 г. № 11В07-12; от 12 июля 2011 г. № 74-В11-4; от 20 марта 2012 г. № 16-В11-24; от 9 октября 2012 г. № 18-КГ12-39). ВАС РФ же, в свою очередь, в п. 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10 исходил из того, что в этом случае взыскание не может быть обращено на предмет залога. Даже Конституционный Суд устранился в свое время от разрешения этого спора (определения Конституционного Суда РФ от 20 марта 2007 г. № 215-О-О; от 15 апреля 2008 г. № 323-О-О; от 15 июля 2010 г. № 942-О-О; от 22 марта 2012 г. № 498-О-О; от 22 апреля 2014 г. № 754-О; от 5 июня 2014 г. № 1142-О). В настоящее же время можно констатировать, что проблема решена в пользу подхода, занятого в свое время ВАС РФ (подробнее см. комментарий к ст. 352 ГК РФ).

Однако в п. 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10 содержался довольно тонкий аспект, связанный с добросовестным покупателем заложенного имущества, которое находилось в залоге в форме заклада, т.е. во владении залогодержателя. Так, Суд разъяснил, что, если предмет залога в соответствии с договором залога находился во владении залогодержателя, но выбыл из владения помимо его воли, *иск об обращении взыскания на заложенное имущество подлежит удовлетворению вне зависимости от того, что покупатель не знал и не должен был знать о том, что приобретаемое им имущество находится в залоге*. Здесь мы имеем дело со своеобразной «проекцией» концепции ст. 302 ГК РФ на сферу приобретения предмета залога. Напомним, что в соответствии со ст. 302 ГК РФ добросовестный приобретатель не защищен от виндикационного иска собственника в случае, если собственник утратил владение вещью не по своей воле.

¹ Этот парафраз знаменитой формулы из вексельного права (*quod non est in cambio non est in mundo*) кажется здесь особенно уместным.

Нечто аналогичное было предложено и Пленумом ВАС РФ в указанном постановлении. Если залогодержатель утратил внешний знак залога (владение предметом залога) не по своей воле, «непубличность» залога вряд ли можно поставить ему в упрек. Следовательно, обстоятельства выбытия предмета залога извиняют залогодержателя. А с точки зрения «концепции наименьшего зла» (которая тоже, кстати, была разработана применительно к виндикационному процессу против добросовестного приобретателя¹) в подобной ситуации интересы действительного обладателя права (в рассматриваемом случае — права залога) в большей степени заслуживают защиты, чем интересы приобретателя.

Если же «спроецировать» этот подход на систему регистрации уведомлений о залоге имущества, введенную в ходе реформы ГК РФ, то можно прийти к следующему выводу: если в реестре было зарегистрировано уведомление о прекращении залога, которое было направлено нотариусу помимо воли залогодержателя, то добросовестный покупатель предмета залога не должен получать защиту — залог сохранится, и взыскание должно быть обращено.

4.11. Здесь следует обратить внимание на один важный нюанс. В 2013 г. в Закон о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей была внесена норма, согласно которой юридические лица обязаны сообщать в Федеральный реестр сведений о фактах информацию об обременении залогом принадлежащего юридическому лицу движимого имущества (п. 7 ст. 7¹ Закона). Такие сообщения публикуются в открытом доступе на сайте www.fedresurs.ru. Последствия отсутствия такого сообщения для залоговых правоотношений в законодательстве не определены. С учетом того что ст. 339¹ ГК РФ была принята позднее, в 2014 г., и никакого упоминания про публикацию сообщений о залоге движимости в данном реестре не содержит, вводя нормы об учете залога в нотариальном реестре уведомлений о залоге и связывая возможность противопоставления залоговых прав добросовестным третьим лицам с публикацией именно в последнем реестре, положения п. 7 ст. 7¹ Закона о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей о публикации сообщений о залоге в Федеральном реестре сведений о фактах, по сути, не работают и не имеют никакого отношения к судьбе залоговых прав. Если публикация о залоге сделана в Федеральном реестре сведений о фактах, но не сделана в нотариальном реестре уведомлений о залоге согласно положениям п. 4 ст. 339¹ ГК РФ, соответствующий залогодержатель в своих отношениях с добросовестными третьими лицами (последующими залогодержателями, приобретателями предмета залога и т.п.) не может ссылаться на свои права залога. При этом в стандарт добросовестного поведения такого третьего лица, на наш взгляд, не входит проверка данных о возможном залоге в указанном Федеральном реестре сведений о фактах. Третьим лицам достаточно удостовериться в отсутствии записи о залоге в нотариальном реестре, о котором и говорит п. 4 ст. 339¹ ГК РФ. Иное толкование повышало бы трансакционные издержки за счет умножения возможных реестров, которые третьему лицу, приобретающему или устанавливающему право залога на имущество должника, необходимо проверить.

¹ Суть концепции заключается в поиске лица, отказ в иске которому будет наименьшим злом с точки зрения распределения рисков в обороте и учета добросовестного поведения.

В целом положения п. 7 ст. 7¹ Закона о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей о публикации сведений о залоге в указанном Федеральном реестре сведений о фактах заслуживают скорейшей отмены.

Статья 340. Стоимость предмета залога

1. Стоимость предмета залога определяется по соглашению сторон, если иное не предусмотрено законом.

2. Если иное не предусмотрено законом или договором, изменение рыночной стоимости предмета залога после заключения договора залога или возникновения залога в силу закона не является основанием для изменения или прекращения залога.

Условия договора, которые предусматривают в связи с последующим уменьшением рыночной стоимости предмета залога, обеспечивающего обязательство гражданина по возврату потребительского или ипотечного кредита, распространение залога на иное имущество, досрочный возврат кредита или иные неблагоприятные для залогодателя последствия, ничтожны.

3. Если иное не предусмотрено законом, соглашением сторон или решением суда об обращении взыскания на заложенное имущество, согласованная сторонами стоимость предмета залога признается ценой реализации (начальной продажной ценой) предмета залога при обращении на него взыскания.

Комментарий

1. До 1 июля 2014 г. условие о стоимости предмета залога (оценка предмета залога) в силу ст. 339 ГК РФ было существенным условием договора залога. Соответственно, в отсутствие такового договор залога не мог считаться заключенным. Теоретически залогодержатель и залогодатель, включая в договор залога условие о стоимости заложенного имущества, стремятся к тому, чтобы указать цифру, близкую к рыночной стоимости, так как это соответствует и интересам залогодержателя, и интересам залогодателя. Реформа залогового права исключила из п. 1 ст. 339 ГК РФ соответствующее положение, и в настоящее время условие о стоимости предмета залога не относится к числу существенных. Поэтому указание в комментируемом пункте на то, что стоимость предмета залога определяется по соглашению сторон, не должна толковаться как указание на существенное условие договора залога, без которого такой договор не будет считаться заключенным.

1.1. Условие о стоимости предмета залога, если стороны решили ее указать в договоре, выполняет следующую функцию: стоимость, согласованная сторонами в договоре, является, как правило, начальной продажной ценой при реализации предмета залога (п. 3 ст. 340, п. 7 ст. 349 ГК РФ). Однако в связи с тем, что стоимость предмета залога может изменяться с течением времени, соответственно, между залогодателем и залогодержателем возможны споры о начальной продажной цене. Например, в случае если предмет залога подешевел, интерес залогодержателя заключается в том, чтобы начальная продажная цена была ниже стоимости предмета залога, согласованной сторонами в договоре (иначе высокая начальная цена отпугнет покупателей, и никто не явится на торги); обратное утверждение тоже верно: если

предмет залога подорожал, то залогодатель заинтересован в том, чтобы начальная продажная цена была выше, чем стоимость заложенной вещи; это лучше защитит его интересы в случае, если торги не состоятся.

В целом же судебная практика свидетельствует о том, что споры между залогодателем и залогодержателем относительно начальной продажной стоимости достаточно частые, следовательно, всерьез полагать, что стоимость предмета залога, заранее согласованная сторонами в договоре, может, во-первых, претендовать на то, чтобы быть объективной, и, во-вторых, способствовать снижению споров между залогодателем и залогодержателем по меньшей мере наивно.

Именно поэтому законодатель принял решение отказаться от стоимости предмета залога как существенного условия договора залога. Вместе с тем, разумеется, это положение не исключает права сторон установить стоимость предмета залога в договоре, а также создать более сложные правила относительно определения изменений этой стоимости для целей определения начальной продажной цены при реализации предмета залога.

В случае если в договоре отсутствует стоимость предмета залога, то ее определяет залогодержатель (на основании, например, отчета оценщика) и указывает в иске об обращении взыскания на заложенное имущество (если взыскание на предмет залога обращается в судебном порядке; при внесудебном порядке обращения взыскания начальная продажная стоимость, определенная залогодержателем, должна содержаться в уведомлении об обращении взыскания, направляемом залогодателю). При наличии спора о начальной продажной стоимости ее величину определяет суд.

1.2. В то же время в ряде случаев специальные нормы закона продолжают предусматривать необходимость определить стоимость заложенного имущества в договоре. Так, например, в силу п. 7 ст. 349 ГК РФ договор залога, содержащий условие о внесудебном порядке обращения взыскания, должен содержать указание на стоимость заложенного имущества или порядок ее определения.

2. Колебания рыночной цены предмета залога сказываются на уровне обеспечения обязательства. Представим, что по долгу в сумме 100 был дан залог, который стоил в момент заключения договора залога 130. Однако с течением времени предмет залога резко упал в цене и теперь стоит 50. Понятно, что в описанной ситуации интерес кредитора в обеспечении обязательства будет подталкивать его к тому, чтобы требовать дополнительное обеспечение. Но закон прямо устанавливает, что по общему правилу залогодержатель таких прав не имеет. Равно как и значительный рост стоимости заложенного имущества не дает залогодателю прав требовать изменения или прекращения залога.

Но договор залога может содержать положения об ином. Например, договор может в качестве последствия снижения стоимости заложенного имущества предоставить кредитору право требовать дополнительного обеспечения в виде нового залога либо личного обеспечения (поручительство или гарантия). Санкцией за непредоставление обеспечения обычно является право кредитора произвести досрочное истребование долга. Кроме того, видимо, стороны могут договориться и об автоматическом возникновении права залога на то или иное ранее не заложенное имущество на случай обесценения предмета изначального залога.

2.1. В пункте содержится правило, которое защищает интересы залогодателя-гражданина, привлеченного под такое обеспечение потребительский или ипотечный кредит: является ничтожным условие такого договора залога о том, что в случае снижения стоимости заложенного имущества право залога возникает в отношении иного имущества залогодателя, залогодатель должен предоставить дополнительное обеспечение, а также об иных негативных для залогодателя последствиях. Таким образом, при кредитовании банками граждан законодатель принудительно перекладывает риск снижения стоимости предмета залога на банк, защищая тем самым слабую сторону этих отношений – гражданина-заемщика, который, как правило, выступает одновременно и залогодателем. При этом при буквальном толковании данной нормы следует прийти к выводу, что подобные условия ничтожны и тогда, когда залогодателем, обеспечившим потребительский кредит гражданина, является третье лицо, которым может быть и юридическое лицо. Насколько такое толкование оправдано – вопрос дискуссионный. Законодатель явно имел в виду все-таки ситуации, когда гражданин-заемщик одновременно является и залогодателем.

3. Как уже упоминалось, цель включения в договор залога условия о стоимости – это определение цены, с которой начинаются процедуры по реализации предмета залога. На это указывает п. 3 комментируемой статьи.

3.1. В данной норме указывается, что иное может следовать из судебного решения. Это означает, что суд при обращении взыскания на предмет залога может установить более высокую или более низкую цену, с которой будут стартовать торги. Если, например, к моменту обращения взыскания рыночная стоимость предмета залога сильно упала, суд по просьбе залогодержателя может установить более низкую начальную цену для проведения торгов, чем та стоимость залога, которая была указана в договоре.

3.2. К сожалению, в процессуальных кодексах нет положений, которые разрешали бы спорные вопросы, возникающие в случае, если уже после вынесения судом соответствующего решения в ходе проведения первых торгов по продаже заложенного имущества выясняется, что начальная продажная цена, установленная в договоре залога и судебном решении, является завышенной. При помощи какого механизма залогодержатель вправе пересмотреть цену, с которой начинаются торги?

Ответ на этот вопрос содержится в п. 42 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10. Доминирующая до этого точка зрения, которой придерживалось большинство окружных арбитражных судов, заключалась в том, что требование залогодержателя об изменении начальной продажной цены предмета залога, установленной в решении суда, в порядке изменения способа исполнения судебного акта будет направлено на изменение материально-правового требования, что противоречит АПК РФ, поскольку вне установленной процессуальным законом процедуры арбитражный суд не имеет права переоценивать обстоятельства дела и выводы суда, изложенные во вступившем в законную силу судебном акте. Такой же точки зрения придерживались и суды общей юрисдикции.

С точки зрения процессуальной теории действительно изменение начальной продажной цены является изменением судебного акта, вступившего в законную силу, судом, вынесшим этот акт. Однако вряд ли только это обстоятельство может препятствовать внедрению в судебную практику механизма, при помощи которого залогодержатель

смог бы более эффективно удовлетворять свои требования из стоимости заложенного имущества.

Суть решения, предложенного ВАС РФ, заключается в следующем. После объявления публичных торгов по продаже заложенного имущества несостоявшимися в связи с тем, что на публичные торги явилось менее двух покупателей, либо не была сделана надбавка против начальной продажной цены заложенного имущества, залогодатель или залогодержатель вправе до проведения повторных публичных торгов обратиться в суд, по решению которого обращено взыскание на предмет залога и установлена начальная продажная цена, с заявлением об изменении начальной продажной цены заложенного имущества при его реализации, которое следует рассматривать по правилам ст. 324 АПК РФ.

При этом заявитель должен доказать, что рыночная цена предмета залога значительно уменьшилась после вступления в законную силу решения суда об обращении на него взыскания.

Любопытно, что спустя два года после того, как соответствующий подход был сформирован ВАС РФ, его высказал также и ВС РФ (п. 13 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.).

Статья 341. Возникновение залога

1. Права залогодержателя в отношениях с залогодателем возникают с момента заключения договора залога, если иное не установлено договором, настоящим Кодексом и другими законами.

2. Если предметом залога является имущество, которое будет создано или приобретено залогодателем в будущем, залог возникает у залогодержателя с момента создания или приобретения залогодателем соответствующего имущества, за исключением случая, когда законом или договором предусмотрено, что оно возникает в иной срок.

3. Если основное обязательство, обеспечиваемое залогом, возникнет в будущем после заключения договора залога, залог возникает с момента, определенного договором, но не ранее возникновения этого обязательства. С момента заключения такого договора залога к отношениям сторон применяются положения статей 343 и 346 настоящего Кодекса.

4. Законом в отношении залога недвижимого имущества может быть предусмотрено, что залог считается возникшим, существует и прекращается независимо от возникновения, существования и прекращения обеспеченного обязательства.

Комментарий

1. Уже упомянутая выше квалификация залога как вещного права получила дальнейшее развитие в п. 1 комментируемой статьи. В целом ст. 341 ГК РФ посвящена различным проблемам, связанным с соотношением права залога (как вещного права) и договора залога (как основания для его возникновения).

1.1. Если договор залога заключен, залогодатель в этот момент является собственником заложенного имущества (ст. 335 ГК РФ), а обеспеченное залогом обязательство возникло, то залог как вещное право по общему правилу возникает в момент заключения договора залога. Исключением из этого правила являются

случаи, когда иное следует из закона. Так, например, в ряде случаев для возникновения залога требуется правоустанавливающая регистрация залога (см. п. 1 ст. 339¹ ГК РФ и комментарий к ней). В последнем случае залог возникнет после такой регистрации. Другие примеры более позднего момента возникновения права залога в силу прямого указания в законе см. в комментариях к п. 2–3 настоящей статьи.

Кроме того, закон прямо указывает на право сторон договора отсрочить момент возникновения права залога (например, поставить его под отлагательное условие или увязать с наступлением того или иного срока). Например, видимо, нет препятствий к тому, чтобы стороны могли договориться об автоматическом возникновении права залога на то или иное движимое имущество должника при возникновении тех или иных обстоятельств (например, отпадения иного предоставленного изначально обеспечения).

2. Если предметом залога является имущество, которое будет приобретено (изготовлено) залогодателем в будущем, то момент возникновения залогового права «откладывается» до момента приобретения залогодателем права собственности (или иного вещного права, дающего право на распоряжение вещью) на соответствующее имущество, так как никто не может установить ограниченное вещное право на то, что не принадлежит ему на более полном вещном праве. Разумеется, при этом договор залога, заключенный между залогодателем и залогодержателем, будет действовать и порождать обязательственные отношения.

2.1. Отмена с 1 июля 2014 г. требования о государственной регистрации (под страхом ничтожности) договора ипотеки создала предпосылки для конструкции ипотеки будущей недвижимой вещи, т.е. договора, который порождает обязательство залогодателя приложить усилия для того, чтобы приобрести собственность на некоторую недвижимую вещь (которая у него отсутствует в момент заключения договора) и установить в отношении этой вещи ипотеку в пользу залогодержателя.

3. Залог является акцессорным способом обеспечения, что означает, что он как минимум по общему правилу не может возникнуть как вещное право ранее, чем возникнет обеспеченный долг. Однако нет никаких препятствий для того, чтобы залогодатель и залогодержатель могли заключить договор залога, по которому залог будет обеспечивать будущие требования, что и указано в п. 3 ст. 341 ГК РФ.

3.1. Что же представляет собой будущее требование для целей применения настоящего пункта? Ответ на этот вопрос крайне важен, так как согласно комментируемому пункту право залога в обеспечение будущего требования возникает не в момент заключения договора, а не ранее, чем обеспечиваемое требование возникнет.

Очевидно, что право по еще не заключенному договору, не совершенному деликту и т.п. — однозначно будущее. Соответственно, здесь право залога в обеспечение такого долга возникает не ранее, чем момент возникновения долга.

Право по уже заключенному договору, но до наступления срока исполнения (т.е. неизбежно наступающего обстоятельства) — однозначно существующее, а не будущее. Следовательно, залог возникает по общим правилам (момент заключения договора или правоустанавливающая регистрация).

Самый спорный вопрос — это природа права по заключенному договору, но до наступления отлагательного условия, обуславливающего возникновение этого права. Является ли такое право будущим или существующим? Сюда же относится и вопрос

о том, является ли будущим право требовать возврата кредита после заключения договора кредита, но до его выдачи; право на получение оплаты за еще не поставленный товар (при привязке оплаты к моменту поставки), право на взыскание неустойки или убытков до факта нарушения и т.п. Из-за спорности этого базового вопроса вызывает дискуссию и вопрос о том, когда возникает залог в таких случаях. Представляется более логичным считать, что здесь имеет место будущее требование, и залог возникает в момент возникновения требования (например, в момент выдачи заемщику кредита). Но в целом вопрос пока не имеет однозначного решения.

3.2. Устанавливая правило о том, что залог в случае обеспечения будущих требований возникает не ранее, чем возникает обеспечиваемое требование, п. 3 ст. 341 ГК РФ делает два исключения, ссылаясь на ряд правовых эффектов, которые возникают до появления самого обеспечиваемого требования. Иначе говоря, хотя право залога возникнет в будущем при возникновении обеспечиваемого требования, некоторые правовые эффекты залога возникают сразу же (с момента заключения договора или проведения правоустанавливающей регистрации при ее необходимости). О каких эффектах идет речь? Во-первых, п. 3 ст. 341 ГК РФ ссылается на права и обязанности, закрепленные в ст. 343 ГК РФ (прежде всего обязанности залогодателя обеспечить сохранность предмета залога). Во-вторых, делается отсылка к обязанностям и правам, закрепленным в ст. 346 ГК РФ. Последнее означает, что залогодателю еще до возникновения права залога запрещается производить отчуждение предмета залога третьим лицам без согласия залогодержателя.

И здесь возникает вопрос о том, что происходит, если залогодатель все-таки произвел такое отчуждение в период после заключения договора залога, но до возникновения обеспеченного долга. Будет ли работать принцип следования в силу ст. 353 ГК РФ? Перейдет ли залоговое обременение к приобретателю, знавшему или имевшему основания знать о том, что вещь заложена под будущие требования? Ответ на этот вопрос, видимо, должен быть положительным, так как ст. 346 ГК РФ, на которую ссылается п. 3 ст. 431 ГК РФ, в свою очередь отсылает к ст. 353 ГК РФ и подп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ, из чего недвусмысленно вытекает, что залоговое обременение на заложенное имущество возникает и подчиняется принципу следования еще до возникновения полноценного залога.

Без внимания законодателя остался вопрос о том, что произойдет, если залогодатель еще до возникновения обеспеченного требования и, соответственно, полноценного залогового права решит обременить предмет залога другим залогом в пользу другого кредитора в обеспечение уже существующего долга залогодателя или третьего лица перед этим кредитором. Как будет определяться старшинство залогодержателей в этой ситуации?

Видимо, оно должно определяться не по дате возникновения полноценного залога у первого залогодержателя, а по дате придания публичности первому залогом (пусть и до возникновения полноценного права залога). Так, например, если в описанной ситуации залогодержатель, чье будущее требование было обеспечено залогом, сделает свой залог публичным (зарегистрирует ипотеку, зарегистрирует уведомление о залоге и т.п.), а залогодатель предоставит впоследствии то же имущество в залог другому залогодержателю, который имел все основания знать о первоначальном залоге, старшим залогодержателем будет считаться первый залогодержатель. Косвенно этот вывод следует из положений второго абзаца п. 1 ст. 342¹ ГК РФ.

Тот же вывод будет справедлив и тогда, когда первый залогодержатель не придал залогу, не требующему правоустанавливающей регистрации, публичности путем регистрации уведомления о залоге, но последующий залогодержатель знал или должен был знать, что соответствующее имущество является предметом ранее заключенного договора залога.

Иначе говоря, если взглянуть на возникающую в силу прямого указания в п. 3 ст. 341 ГК РФ ситуацию расщепления залоговых прав, следует прийти к выводу, что большинство ключевых правомочий залогодержателя, за исключением права обратиться взыскание на предмет залога, возникает при залоге в обеспечение будущих требований все-таки в момент заключения договора (или проведения правоустанавливающей регистрации), а не в момент возникновения обеспеченного долга.

3.3. Возникает и другой вопрос. Если требуется правоустанавливающая регистрация залога, то можно ли ее осуществить до возникновения обеспеченного долга? И если да, то не будет ли это случаем исключения из общего правила, указанного в п. 3 ст. 341 ГК РФ, о невозникновении полноценного залога до появления обеспеченного требования?

Закон об ипотеке допускает государственную регистрацию ипотеки до момента возникновения обеспеченного права, устанавливая при этом, что сама ипотека возникнет как обременение лишь с момента возникновения обеспеченного долга (см. второе предложение п. 3 ст. 11 Закона об ипотеке).

Видимо, следует признать, что правоустанавливающая регистрация до возникновения обеспеченного требования вполне возможна, но возникать в связи с такой регистрацией будут только те залоговые права, которые могут существовать до возникновения обеспеченного долга. Те же права, которые связаны с обращением взыскания на предмет залога, возникнут не ранее, чем когда возникнет обеспеченный долг.

3.4. С учетом сказанного выше драматизм неопределенности в вопросе о том, является ли будущим требование заемщика по возврату кредита до его получения или требование об уплате неустойки до ее начисления, значительно снижается. По большому счету от ответа на этот вопрос меняется не так много. В любом случае целый набор залоговых эффектов возникает в момент заключения договора (или проведения правоустанавливающей регистрации), и при любой интерпретации права залогодержателя, связанные с обращением взыскания на залог, ранее возникновения самого обеспеченного долга возникнуть (созреть) не могут.

3.5. Единственная проблема, которую стороны договора залога должны решить, — это указание на обеспеченное обязательство. В связи с тем что договора, из которого возникнет обеспеченное обязательство, еще нет, то указать его путем ссылки на реквизиты (дату, номер) не удастся. Следовательно, необходимо использовать более общие приемы описания такого договора (указание на предмет, стороны, будущие суммы долга).

Впрочем, надо признать, что ситуация обеспечения будущих требований скорее характерна для предпринимательских сделок, а в этой сфере в настоящее время возможна конструкция залога по всем долгам (см. комментарий к ст. 339 ГК РФ).

4. Законодатель упоминает, что законом может быть установлено, что залог будет возникать, существовать и прекращаться вне какой-либо связи с обеспеченным обязательством.

Таким образом, в ГК РФ заложена основа для существования так называемого неакцессорного (независимого) залога. Именно такая модель разработана в настоящее время для ипотеки, но на настоящий момент времени не реализована (в рамках планируемой реформы вещного права ГК РФ).

4.1. Идея независимого вещного обеспечения базируется на предположении о том, что возможно законодательно сконструировать такое обеспечительное право, которое даст его обладателю возможность иметь право на ценность заложенной вещи вне какой-либо юридической связи с обеспеченным долгом (на манер независимого личного обеспечения — независимой гарантии).

Предполагается, что такое обеспечение проще (а стало быть, и дешевле) установить; его можно использовать для сделок секьюритизации; его можно использовать многократно для обеспечения самых различных обязательств как самого обеспечителя, так и третьих лиц. При этом проект реформы вещного права устанавливает, что принудительная реализация предмета независимой ипотеки возможна лишь в случае, если у залогодержателя имеется какое-либо просроченное обязательственное требование к залогодателю (либо третьему лицу, указанному при установлении независимой ипотеки).

Тем самым залогодатель будет защищен от возможных злоупотреблений независимым характером ипотеки, которые теоретически возможны со стороны залогодержателя. Иначе говоря, такая ипотека все-таки будет частично акцессорной (акцессорность обращения взыскания).

4.2. Другой способ ограничить возможность злоупотреблений независимым характером подобного рода обеспечительных конструкций — это сужение круга возможных обеспечителей и обеспеченных кредиторов. Так, проект реформы вещного права исходит из того, что держателем независимой ипотеки может быть только банк, а залогодателем — только коммерческая организация.

Статья 342. Соотношение предшествующего и последующего залогов (старшинство залогов)

1. В случаях, если имущество, находящееся в залоге, становится предметом еще одного залога в обеспечение других требований (последующий залог), требования последующего залогодержателя удовлетворяются из стоимости этого имущества после требований предшествующих залогодержателей.

Старшинство залогов может быть изменено:

соглашением между залогодержателями;

соглашением между одним, несколькими или всеми залогодержателями и залогодателем.

Во всяком случае указанные соглашения не затрагивают права третьих лиц, не являющихся сторонами указанных соглашений.

2. Последующий залог допускается, если иное не установлено законом.

Если предшествующий договор залога предусматривает условия, на которых может быть заключен последующий договор залога, такой договор залога должен быть заключен с соблюдением указанных условий. При нарушении указанных условий предшествующий залогодержатель вправе требовать от залогодателя возмещения причиненных этим убытков.

3. Залогодатель обязан сообщать каждому последующему залогодержателю сведения о всех существующих залогах имущества, предусмотренные пунктом 1 статьи 339 настоящего Кодекса, и отвечает за убытки, причиненные последующим залогодержателям вследствие невыполнения этой обязанности, если не докажет, что залогодержатель знал или должен был знать о предшествующих залогах.

4. Залогодатель, заключивший последующий договор залога, незамедлительно должен уведомить об этом залогодержателей по предшествующим залогам и по их требованию сообщить сведения о последующем залоге, предусмотренные пунктом 1 статьи 339 настоящего Кодекса.

5. Если последующий договор залога заключен с нарушением условий, предусмотренных для него предшествующим договором залога, о чем залогодержатель по последующему договору знал или должен был знать, его требования к залогодателю удовлетворяются с учетом условий предшествующего договора залога.

6. Изменение предшествующего договора залога после заключения последующего договора залога, если последующий договор залога заключен с соблюдением условий, предусмотренных для него предшествующим договором залога, или такие условия не были предусмотрены предшествующим договором залога, не затрагивает права последующего залогодержателя при условии, что такое изменение влечет ухудшение обеспечения его требования и произведено без согласия последующего залогодержателя.

Статья 342¹. Очередность удовлетворения требований залогодержателей

1. Если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или другим законом, очередность удовлетворения требований залогодержателей устанавливается в зависимости от момента возникновения каждого залога.

Независимо от момента возникновения залога, если будет доказано, что залогодержатель на момент заключения договора или на момент возникновения обстоятельств, с которыми закон связывает возникновение залога, знал или должен был знать о наличии предшествующего залогодержателя, требования такого предшествующего залогодержателя удовлетворяются преимущественно.

2. В случае обращения взыскания на заложенное имущество предшествующим залогодержателем последующий залогодержатель вправе потребовать от должника досрочного исполнения обязательства, обеспеченного последующим залогом, и в случае его неисполнения обратиться взыскание на заложенное имущество одновременно с предшествующим залогодержателем. Договором между залогодателем и последующим залогодержателем может быть ограничено право такого залогодержателя потребовать от должника досрочного исполнения обязательства, обеспеченного последующим залогом.

3. Требование, обеспеченное последующим залогом, не подлежит досрочному удовлетворению, если оставшегося после обращения взыскания предшествующим залогодержателем заложенного имущества будет достаточно для удовлетворения требования последующего залогодержателя.

4. Если последующий залогодержатель не воспользовался правом потребовать досрочного исполнения обязательства или данное право было ограничено соглашением в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, последующий залог прекращается, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 3 настоящей статьи.

5. Если в отношении заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам, заключены два и более договора о залоге или совершены иные сделки, повлекшие возникновение залога, и невозможно установить, какая из указанных сделок совершена ранее, требования залогодержателей по таким залогам удовлетворяются пропорционально размерам обеспеченных залогом обязательств.

6. В случае обращения взыскания на заложенное имущество по требованиям, обеспеченным последующим залогом, предшествующий залогодержатель вправе потребовать одновременно досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства и обращения взыскания на это имущество. Если залогодержатель по предшествующему договору залога не воспользовался данным правом, имущество, на которое обращено взыскание по требованиям, обеспеченным последующим залогом, переходит к его приобретателю с обременением предшествующим залогом.

7. До обращения взыскания на имущество, залогом которого обеспечены требования по предшествующему и последующему залогам, залогодержатель, имеющий намерение предъявить свои требования к взысканию, обязан уведомить об этом в письменной форме всех других известных ему залогодержателей этого же имущества.

Залогодатель, к которому предъявлено требование об обращении взыскания на заложенное имущество одним из залогодержателей, обязан уведомить об этом в письменной форме всех других залогодержателей этого же имущества.

8. После распределения сумм, вырученных от реализации заложенного имущества, между всеми залогодержателями реализованного заложенного имущества, заявившими свои требования к взысканию, в порядке очередности распределяются суммы неустойки, убытков и иных штрафных санкций, подлежащих уплате залогодержателю в соответствии с условиями обеспеченного обязательства. Иная очередность распределения сумм неустойки, убытков и иных штрафных санкций может быть предусмотрена в соответствии с законами о ценных бумагах.

9. Правила, установленные настоящей статьей, не применяются, если залогодержателем по предшествующему и последующему залогам является одно и то же лицо. В этом случае требования, обеспеченные каждым из залогов, удовлетворяются в порядке очередности, соответствующей срокам исполнения обеспеченных залогом обязательств, если законом или соглашением сторон не предусмотрено иное.

10. В случаях, если заложенное имущество, в отношении которого ведется учет залогов в соответствии с пунктом 4 статьи 339¹ настоящего Кодекса, является предметом нескольких залогов, требования залогодержателя, обеспеченные залогом, запись об учете которого совершена ранее, удовлетворяются преимущественно перед требованиями залогодержателя, обеспеченными залогом того же имущества, запись об учете которого не совершена в установленном законом порядке или совершена позднее, независимо от того, какой залог возник ранее. Иной порядок удовлетворения требований залогодержателей может быть предусмотрен в соответствии с законами о ценных бумагах.

Комментарий к статьям 342–342¹ ГК РФ

(а) Множественность залогодержателей может быть не только горизонтальной (созалог, ст. 335¹ ГК РФ), но и вертикальной – когда залогом ранжируются в зависимости от даты их возникновения, и один из залогов (старший, предшествующий) будет обладать приоритетом по сравнению с другим залогом (младшим, последующим).

Такая множественность залогодержателей обычно именуется ранжированием по старшинству (*priority ranking, Rangordnung, priorité des hypothèques*).

Приоритет, естественным образом основанный на временном старшинстве (*prior tempore, potior iure*), заключается в том, что в случае обращения взыскания на предмет залога старший залогодержатель имеет право преимущественно перед младшим залогодержателем удовлетворить свои требования из стоимости предмета залога.

Иными словами, чем выше ранг (старшинство), тем вероятнее для залогодержателя полное удовлетворение своих требований из предмета залога.

Следует приветствовать появление в ГК РФ термина «залоговое старшинство» (ст. 335¹, 342, 345 ГК РФ), которым в классическом залоговом праве принято обозначать приоритет одного залога над другим. Однако законодатель пока не отказался и от терминов «последующий» и «предшествующий» залог. Эта терминология хороша для ситуаций, когда залога всего два; но если их будет три, четыре и т.д.? Каким термином, например, обозначать второй залог: ведь по отношению к первому он будет последующим, по отношению к третьему – предшествующим? Поэтому далее, когда мы подчеркиваем соотношение залогов во времени, используются термины «последующий/предшествующий залог», а там, где необходимо подчеркнуть приоритет одного залога перед другим, идет речь о старшем и младшем залогах.

(б) Сама по себе идея возможности установления второго, третьего и так далее залоговых обременений на имущество основывается на довольно простой идее о том, что первый залог, будучи ограниченным вещным правом, которое слабее собственности, не может совершенно исключить возможность собственника распорядиться «оставшейся» ценностью своей вещи (например, имущество стоит 100 руб., оно заложено по обязательству суммой 30 руб., «оставшаяся» незаложенная ценность – 70 руб.) для целей обеспечения новых обязательств.

Более того, считается, что развитое залоговое право как раз должно позволять собственникам дорогостоящих активов (как правило, недвижимости, хотя это утверждение верно и для дорогостоящих пакетов акций и иных видов имущества) максимально использовать их стоимость для обеспечения своих обязательств (в первую очередь кредитных). Это связано с тем, что экономическая ценность активов должна постоянно «работать»: если не для прямого извлечения прибыли, то хотя бы для целей обеспечения кредита, получение которого будет способствовать развитию бизнеса и максимизации возможной прибыли их обладателя. То есть опять же ценность имущества косвенно способствует получению прибыли.

Кроме того, свобода в установлении младших залогов открывает широкие возможности по рефинансированию ранее полученных должником кредитов. Это означает, что должник всегда сможет взять новый кредит для погашения ранее выданного кредита (например, в ситуации, когда первый кредит был получен по более высокой процентной ставке, а впоследствии изменившаяся экономическая ситуация удешевила кредит). Такое положение дел в сфере рефинансирования должно, по идее, подталкивать банки к большей клиентоориентированности и конкуренции между собой в части установления платы за кредит.

(в) В ГК РФ были внесены изменения, установившие критерии определения залогового старшинства.

По общему правилу, старшинство определяется моментом возникновения залога (предл. 1 п. 1 ст. 342¹ ГК РФ), который, в свою очередь, определяется по правилам ст. 339¹ ГК РФ в зависимости от вида заложенного имущества. Но это положение о сугубо временном критерии не должно сбивать с толку. В реальности старшинство по дате возникновения права залога будет определяться лишь в случае залога, подлежащего правоустанавливающей регистрации.

(в1) Для недвижимости, бездокументарных ценных бумаг, исключительных прав (подлежащих регистрации) и долей в уставных капиталах обществ с ограниченной ответственностью установлен принцип обязательности внесения записи о залоге (принцип внесения, *Antragsprinzip* – (нем.)), т.е. само залоговое право возникнет в момент совершения соответствующей записи (п. 1 ст. 339¹ ГК РФ). Соответственно, здесь момент возникновения залога и момент кристаллизации залогового старшинства совпадают.

(в2) Для прочих объектов, как указано в ст. 341 ГК РФ, момент возникновения залога определяется в зависимости от обстоятельств либо: (а) моментом заключения договора залога (залог наличного имущества) или более поздним моментом при отсроченном возникновении залога, либо (б) моментом поступления в собственность предмета залога (при залоге будущего имущества), либо (в) моментом возникновения обеспеченного обязательства (при залоге по будущим требованиям). Однако соответствующие правила применяются для целей разрешения вопроса о существовании залога в отношениях между залогодержателем и залогодателем. Таким образом, для определения старшинства (т.е. для отношений между залогодержателями) эти нормы применены быть не могут.

В соответствии с абз. 3 п. 4 ст. 339¹ ГК РФ залогодержатель по такому залогу, не подлежащему правоустанавливающей регистрации, вправе в отношении с третьими лицами (а другие залогодержатели также относятся к их числу) ссылаться на наличие залога лишь с момента совершения записи об учете залога в нотариальном реестре уведомлений о залоге имущества.

Таким образом, старшинство залога будет определяться по дате регистрации уведомления о залоге, а не по дате возникновения самого залогового права. А как уже отмечалось, регистрация уведомления о залоге может быть осуществлена и до возникновения полноценного права залога (например, при обеспечении залогом будущего требования).

Данный вывод не только следует из толкования абз. 3 п. 4 ст. 339¹ ГК РФ, но и прямо указан в п. 10 ст. 342¹ ГК РФ в специальной норме определения старшинства при залоге имущества, публичность которого обеспечивается за счет регистрации уведомления о залоге по правилам п. 4 ст. 339¹ ГК РФ.

В то же время в редакции п. 10 ст. 342¹ ГК РФ наблюдается очевидное противоречие. Дело в том, что в абз. 3 п. 4 ст. 339¹ ГК РФ есть одно важнейшее исключение: залогодержатель даже без регистрации уведомления о залоге может противопоставить свой залог третьим лицам, если будет доказано, что третье лицо знало или должно было знать о таком залоге. В контексте проблемы столкновения залогодержателей это означает, что последующий по времени залогодержатель может оказаться младшим не только тогда, когда информация о предшествующем залоге раскрыта путем публикации в реестре уведомлений о залоге, но и тогда, когда доказано, что последующий залогодержатель знал или должен был знать о предшествующем залоге. Это же следует и из нормы абз. 2 п. 1 ст. 342¹ ГК РФ.

В то же время в п. 10 ст. 342¹ ГК РФ этот фактор добросовестности последующего залогодержателя не упоминается. Данную очевидную коллизию следует разрешать в пользу положений абз. 2 п. 1 ст. 342¹ и абз. 3 п. 4 ст. 339 ГК РФ: фактор добросовестности последующего залогодержателя игнорировать нельзя. Если залог не был раскрыт в реестре уведомлений о залоге, но последующий залогодержатель знал или должен был знать о предшествующем залоге, последующий залогодержатель не может получить старшинство.

(в3) Иначе говоря, отличие этой модели определения старшинства от той, которая существует для недвижимости, долей в ООО, бездокументарных ценных бумаг и регистрируемых исключительных прав, заключается в том, что в последнем случае старшинство определяется исключительно по записи (незаписанная ипотека, например, вообще не имеет никаких последствий, она просто не возникла). В случае же залога, не подлежащего правоустанавливающей регистрации, отсутствие регистрации уведомления о залоге не имеет значения для ситуаций, когда другие залогодержатели были, например, уведомлены залогодателем о ранее установленном, но не учтенном в реестре уведомлений залоге.

(в4) Может ли сложиться ситуация, когда заключены два конкурирующих договора залога, оба залогодержателя не знали друг о друге в момент заключения договоров и использовать критерии, указанные выше, для определения старшинства невозможно? В случае с залогом, подлежащим правоустанавливающей регистрации, это вряд ли возможно. В случае с залогом, который опубликован посредством регистрации уведомления о залоге, видимо, тоже. Тем не менее законодатель в п. 5 ст. 342¹ ГК РФ посчитал нужным указать, что, если в отношении заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам, заключены два и более договора о залоге или совершены иные сделки, повлекшие возникновение залога, и невозможно установить, какая из указанных сделок совершена ранее, требования залогодержателей по таким залогам удовлетворяются пропорционально размерам обеспеченных залогом обязательств. Иначе говоря, в таком случае де-факто возникает созалог.

(в5) Указанные правила определения старшинства применяются и тогда, когда один из нескольких конкурирующих залогов возникает не на основании договора залога, а на основании закона.

(г) В сфере залога недвижимости, а также залога иных регистрируемых прав, а теперь и в сфере залога иного имущества – после введения системы публичных залоговых извещений о залоге движимости – ситуация, когда последующий залогодержатель не знал и не мог знать о предшествующем залоге, фактически сводятся к случаям неправомерного удаления из соответствующих реестров записей о залоге (погашения записей в правоустанавливающих реестрах или уведомления о залоге в нотариальном реестре) на основании подложных или ошибочных документов (например, поддельных доверенностей от залогодержателя и т.п.). Должен ли в таких случаях предшествующий залогодержатель терять старшинство, а последующий залогодержатель – его приобрести?

Ответ здесь, видимо, должен зависеть от добросовестности последующего залогодержателя и из обстоятельств исчезновения из реестра записи о предшествующем залоге. Общий подход должен быть таким: добросовестный последующий залогодержатель, не знавший и не имевший оснований знать о предшествующем залоге,

полагавшийся на соответствующий реестр и не обнаруживший там записи о залоге, должен быть защищен путем признания за ним того старшинства, на которое он мог рассчитывать исходя из данных реестров. Если, например, запись в реестре была погашена в связи с упущениями или ошибками в работе сотрудников предшествующего залогодержателя, последний теряет старшинство при предоставлении имущества в последующий залог. Исключением из этого правила, по всей видимости, будет только случай, когда записи реестров были изменены на основании подлога, совершенного залогодателем или по его указанию третьим лицом, не имеющим при этом отношения к предшествующему залогодержателю¹.

(д) Старшинством охватываются сумма долга, процентов по нему, расходов по получению исполнения, неустоек и убытков, причиненных кредитору.

Однако законодатель счел не вполне справедливым тот факт, что, например, старший залогодержатель может полностью удовлетворить свое требование из стоимости заложенной вещи, получив, в том числе, полностью или в значительной сумме неустойку по долгу, проценты по ст. 395 ГК РФ или убытки; младшему же залогодержателю в некоторых случаях может просто ничего не достаться.

В связи с этим в ходе реформы было принято решение включить в залоговое право решение, близкое к тому, что принято в конкурсном праве: неустойки, причитающиеся старшему кредитору, проценты по ст. 395 ГК РФ или убытки признаются более «слабыми» требованиями по отношению к основной сумме долга и процентам по займу (кредиту), причитающимся младшему кредитору.

Это правило выражено теперь в п. 8 ст. 342¹ ГК РФ: после распределения сумм, вырученных от реализации заложенного имущества, между всеми залогодержателями реализованного заложенного имущества, заявившими свои требования к взысканию, в порядке очередности распределяются суммы неустойки, убытков и иных штрафных санкций, подлежащих уплате залогодержателю в соответствии с условиями обеспеченного обязательства.

Таким образом был достигнут экономический эффект, позволяющий защищать требование о возврате основной суммы младшего долга (по сравнению со старшей неустойкой) как требование, имеющее более серьезное экономическое основание. Это, с одной стороны, сделало более привлекательным сам механизм установления последующего залога (ведь ситуации, когда неустойки и иные штрафные санкции по требованию старшего залогодержателя «съедают» всю вырученную от продажи

¹ ВАС РФ был близок к этому выводу в Постановлении Президиума от 15 октября 2013 г. № 8094/13, в котором поднимался вопрос о соотношении неправомерно погашенной старшей ипотеки и младшей ипотеки, установленной в пользу залогодержателя, который не знал и не мог знать о наличии старшей неправомерно погашенной ипотеки. К сожалению, в этом деле Президиум ВАС РФ ответа на этот вопрос не дал.

Как представляется, необходимо учитывать следующие обстоятельства. Если предшествующая ипотека была погашена ошибочно, но заявление о ее погашении было подано сотрудником банка либо иным лицом, имевшим полномочия на это, то добросовестный последующий залогодержатель должен быть защищен, признается старшим залогодержателем, а предшествующий залогодержатель после восстановления записи об ипотеке оказывается младшим залогодержателем. Но если же погашение ипотеки было вызвано неправомерными действиями третьих лиц, не имеющих к предшествующему залогодержателю никакого отношения, то защиту должен получить предшествующий залогодержатель (он получает старшинство), а доверие последующего залогодержателя реестру не защищается.

залога сумму, более невозможны). А с другой стороны, комментируемое решение сделало залоговое старшинство легко просчитываемым математически: числовое выражение старшинства – это первоначальная сумма долга и размер процентов на нее, определенный в соответствии с условиями обеспеченного обязательства.

(е) В ст. 342¹ ГК РФ были введены положения, направленные на разрешение коллизий между старшим и младшим залогодержателями при обращении взыскания на предмет залога по требованию старшего залогодержателя.

Во-первых, в п. 2 ст. 342¹ ГК РФ установлено право младшего залогодержателя потребовать досрочного исполнения обеспеченного долга и обращения взыскания на предмет залога при обращении взыскания на него старшим залогодержателем. Иными словами, законодатель дает возможность «стянуть» все требования залогодержателей в одно исполнительное производство (либо в один акт продажи при внесудебном обращении взыскания), в ходе которого будут удовлетворены все залогодержатели с учетом имеющегося у них старшинства. Договор залогодателя с младшим залогодержателем в силу прямого указания в комментируемой норме может запретить такое «стягивание» (т.е. досрочное истребование долга и присоединение к процессу обращения взыскания, инициированного старшим залогодержателем).

При этом закон в п. 3 ст. 342¹ ГК РФ запрещает младшему залогодержателю требовать досрочного погашения обеспеченного долга, если оставшегося после обращения взыскания старшим залогодержателем заложенного имущества будет достаточно для удовлетворения требования младшего залогодержателя.

Во-вторых, для того чтобы стимулировать младших залогодержателей обращать взыскание одновременно со старшим залогодержателем, законодатель ввел очень важное правило: младшие залогодержатели, не обратившие взыскание и не присоединившиеся для удовлетворения своих требований к исполнительному производству, возбужденному старшим залогодержателем, утрачивают залоговые права (п. 4 ст. 342¹, подп. 8 п. 1 ст. 352 ГК РФ). Это в силу прямого указания в п. 4 ст. 432¹ ГК РФ будет происходить и тогда, когда младший залогодержатель не присоединился в силу запрета на стягивание, установленного в договоре между ним и залогодателем. То есть законодатель довольно радикально решил упомянутую выше проблему «якоря», когда сохранявшийся младший залог дисконтировал стоимость заложенного имущества, на которое обратил взыскание старший залогодержатель. Теперь же этого не случится, так как младший залогодержатель, не присоединившийся к старшему кредитору в процедуре обращения взыскания, попросту утратит залог.

В то же время в законе установлено одно существенное исключение. В силу прямого указания в п. 4 ст. 342¹ ГК РФ неприсоединившийся младший залогодержатель не теряет залог, если размер его требования, обеспеченного залогом, таков, что даже после удовлетворения требования старшего залогодержателя стоимость предмета залога будет достаточна, чтобы покрыть требование младшего залогодержателя. В таком случае предмет залога будет продаваться с торгов по требованию старшего залогодержателя обремененным младшим залогом. Дисконтирование стоимости предмета залога в такой ситуации не должно в теории умалять права старшего залогодержателя, так как даже с учетом такого дисконта предмет залога должен покрыть его притязания.

Но перспективы практического применения данного правила пока несколько туманны. Проблема в том, что до процесса продажи предмета залога с торгов узнать, какую стоимость удастся извлечь из него, нередко достаточно затруднительно.

В-третьих, в п. 6 ст. 342¹ ГК РФ установлено, что при обращении взыскания на заложенное имущество по требованиям, обеспеченным младшим залогом, старший залогодержатель вправе потребовать одновременно досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства и обращения взыскания на это имущество. Иначе говоря, здесь также предусматривается возможность стягивания притязаний залогодержателей. Но в отличие от ситуации с инициацией обращения взыскания старшим залогодержателем в данном случае бездействие старшего залогодержателя, не присоединившегося к процессу, инициированному младшим, предмет залога при обращении на него взыскания переходит к его приобретателю с обременением в виде сохраняющегося старшего залога.

(ж) Пункты 3 и 4 ст. 342 ГК РФ установили ряд информационных обязанностей залогодателя, устанавливающего младший залог.

Во-первых, залогодатель обязан сообщать каждому последующему залогодержателю сведения обо всех существующих залогах имущества.

Во-вторых, он, заключив последующий договор залога, незамедлительно должен уведомить об этом старших залогодержателей и по их требованию сообщить сведения о последующем залоге.

При этом в указанных нормах устанавливается обязанность сообщить как последующему, так и предшествующему залогодержателям лишь те сведения об ином залоге, которые содержатся в п. 1 ст. 339 ГК РФ (т.е. информацию о содержании существенных условий договора залога). Иначе говоря, передавать информацию об иных условиях договора залога залогодатель, установивший младший залог, не обязан.

(з) У залогодержателей и залогодателей возникает ряд информационных обязанностей и на этапе обращения взыскания на предмет залога.

Во-первых, в силу п. 7 ст. 342¹ ГК РФ как младший, так и старший залогодержатели до обращения взыскания на предмет залога обязаны уведомить об этом в письменной форме всех других известных им залогодержателей о намерении обратиться взыскание.

Во-вторых, залогодатель, к которому предъявлено требование об обращении взыскания на заложенное имущество одним из залогодержателей, обязан уведомить об этом в письменной форме всех других залогодержателей этого же имущества.

Данные положения представляются достаточно логичными и в целом очевидными.

(и) Разрешив проблему конфликта старшего и младшего залогодержателей, законодатель был вполне волен ввести принцип свободы последующего залога вне зависимости от согласия старшего залогодержателя, признав, что ограничение этого принципа возможно исключительно законом.

Недавняя российская залоговая практика свидетельствовала о том, что вертикальная множественность залогов фактически не встречалась, единственные редкие случаи, когда на одну и ту же вещь устанавливалось несколько залогов — это залого с разным старшинством, установленные в пользу одного и того же залогодержателя

в обеспечение возврата разных кредитов (в ситуациях, когда по какой-то причине стороны предпочитали не вносить изменения в уже существующий кредитный договор, а заключать новый).

Дело в том, что прежнее законодательство о залоге содержало норму, в соответствии с которой последующий залог допускался, если он не был запрещен законом или договором (см. положения ст. 342 ГК РФ в прежней редакции).

Практика залоговых сделок свидетельствовала о том, что последующий залог запрещался предшествующим залогодержателем фактически в 100% случаев, что объяснялось законодательным пробелом в вопросах регулирования стечения старших и младших залогов на одну вещь. В частности, было совершенно не ясно, что происходит с младшим залогом в случае, если по старшему залогоу будет обращено взыскание на заложенное имущество, а младший залогодержатель не пожелает этим правом воспользоваться. Исходя из общего принципа следования залога за вещь, такой залог должен был бы сохраниться (как сохраняется обычный залог при продаже вещи залогодателем третьему лицу), каких-либо изъятий для случаев множественности залогов в ГК РФ установлено не было.

Очевидно, что в такой ситуации любой нормальный залогодержатель ни при каких обстоятельствах не допустит ухудшения своей позиции путем установления залогодателем последующего залога. Именно поэтому договорная практика банков и придерживалась крайне жесткой линии, направленной на договорное блокирование последующих залогов, благо соответствующие нормы и ГК РФ, и Закона об ипотеке позволяли это делать.

В рамках реформы залогового права 2014 г. из ст. 342 ГК РФ были изъяты положения о возможности установления в договоре предшествующего залога блокировки в той или иной форме (в форме прямого запрета или же установления необходимости согласия залогодержателя) старшим залогодержателем младших залогов.

Такой подход в общем соответствует теоретическому представлению о распорядительных возможностях всякого собственника: передача имущества в залог, т.е. *распоряжение* им, может быть ограничено только законом (см. п. 2 ст. 209, п. 2 новой редакции ст. 342 ГК РФ)¹. Соответственно, возможность блокирования в договоре залога права залогодателя обременить заложенное имущество последующим (младшим) залогом теперь ограничена.

(и1) Довольно долгое время вопрос о последствиях нарушения такого договорного запрета разрешался крайне жестко и прямолинейно: последующие залого, установленные с нарушением запрета (либо без согласия залогодержателя) объявлялись судами ничтожными по ст. 168 ГК РФ, так как они якобы нарушают предписание закона. Логика судов была такова: раз право закрепить в договоре залога такой запрет последующего залога установлено законом, то и нарушение этого включенного в договор залога запрета будет посягать на законодательную норму; стало быть, сделка, совершенная в нарушение такого запрета, будет ничтожной именно по ст. 168 ГК РФ.

Вся абсурдность такого подхода проявила себя в Постановлении Президиума ВАС РФ от 8 декабря 2009 г. № 10683/09, в котором обсуждался вопрос о действи-

¹ О возможности залогодателя принять на себя *обязательство* перед старшим залогодержателем не закладывать вещь еще раз см. далее.

тельности договора последующего залога, заключенного в нарушение запрета, установленного в договоре с предшествующим залогодержателем. Президиум ВАС РФ отказался поддерживать мнение о ничтожности младшего залога, заключенного в нарушение запрета. В данном деле аргументация Суда заключалась в том, что Суд хотя и признал, что младший залог, установленный в нарушение старшего залога, *нарушает закон*, но, воспользовавшись оговоркой ст. 168 ГК РФ об «иных последствиях нарушения закона» и обнаружив в ст. 351 ГК РФ те самые «иные последствия» в виде права старшего залогодержателя на досрочное обращение взыскания на предмет залога, Президиум ВАС РФ пришел в итоге к выводу о том, что младший залог является *действительным*.

Однако теперь (п. 2 ст. 342 ГК РФ) законодатель дает понять, что не связывает силу младшего залога с наличием или отсутствием соответствующего запрета в договоре со старшим залогодержателем.

(и2) Однако представляется, что должна быть признана возможность включения в договор залога обязательства залогодателя не устанавливать последующий залог без согласия первоначального залогодержателя. Это следует из общего принципа свободы договора «можно все, что не запрещено» (прямо или подразумеваемо): такое ограничение свободы установления младшего залога не запрещено законом ни явно, ни подразумеваемо; следовательно, оно допустимо.

Разумеется, условие о необходимости получения залогодателем согласия на младший залог будет не отказом от осуществления права, а обязательством с негативным содержанием (ст. 397 ГК РФ), ограниченным по времени и достаточно определенным по содержанию и обусловленным имущественным предоставлением в виде кредита: «пока действует этот залог, обязуюсь не заключать другой договор залога без согласия старшего залогодержателя».

Следовательно, принятие залогодателем обязательства вообще не заключать другой договор залога или же не заключать его иначе, чем с согласия старшего залогодержателя, не противоречит закону, оно вполне допустимо.

(и3) Однако самые интересные вопросы возникают в случае, если это обязательство будет залогодателем нарушено.

Самый главный вопрос: может ли старший залогодержатель требовать признания недействительным младшего залога, установленного в пользу недобросовестного младшего залогодержателя с нарушением соответствующего запрета либо без согласия старшего залогодержателя.

По общему правилу ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Это связано со следующими обстоятельствами.

Во-первых, изменения, которые претерпела ст. 342 ГК РФ, теперь совершенно точно исключают саму возможность обсуждения применения ст. 168 ГК РФ к последующему залому, установленному в нарушение соответствующего запрета или ограничения, так как, совершая такое действие, залогодатель нарушает не закон, а обязательство, данное им своему контрагенту — старшему залогодержателю.

Во-вторых, не применимы к отношениям сторон и положения новой ст. 173¹ ГК РФ («Недействительность сделки, совершенной без согласия»), так как в ней речь идет о случаях нарушения правил о согласовании сделки, когда необходимость такого согласия предусмотрена *законом*. В рассматриваемом случае необходимость получения согласия на последующий залог устанавливается *договором*.

В-третьих, старший залогодержатель в случае столкновения с нарушением залогодателем своего обязательства воздержаться от установления младших залогов довольно серьезно защищен другим инструментарием собственно залогового права. У него есть право потребовать досрочного обращения взыскания на предмет залога. При этом, напомним, будет действовать новое правило ГК РФ о том, что младший залогодержатель либо должен присоединиться к старшему залогодержателю в процедуре обращения взыскания и удовлетвориться в соответствии с принадлежащим ему залоговым старшинством, либо он утратит залог. Следовательно, более не актуальной для старшего залогодержателя является упомянутая выше угроза «якоря» в виде последующего залога, который может существенно дисконтировать стоимость заложенного имущества.

В-четвертых, наконец, залогодержатель вполне может в договоре предшествующего залога установить санкции за нарушение правил о согласовании последующих залогов в виде штрафов, которые также подлежат взысканию с залогодателя. Равным образом взысканию подлежат и убытки, причиненные нарушением залогодателем обязательства согласовывать со старшим залогодержателем младшие залого.

Единственное «оружие», приводящее к недействительности младшего залога, которое может быть доступно старшему залогодержателю для разрешения конфликта с залогодателем и младшим залогодержателем, – это ссылка на ст. 10 ГК РФ и доказывание того факта, что залогодатель и младший залогодержатель, заключая договор последующего залога, злоупотребили правом и пошли на откровенный сговор.

Как определить, что вторжение младшего залогодержателя в договорные отношения залогодателя и старшего залогодержателя и провоцирование таким вторжением нарушения обязательства не устанавливает младшие залого является недобросовестным и заслуживает такой санкции, как признание недействительным младшего залога? Этот вопрос пока не имеет общепризнанного решения в силу слабой разработанности доктрины недобросовестного вторжения в чужие договорные отношения. Какова та степень упречности поведения младшего залогодержателя, при которой последующий залог может быть признан недействительным?

Если последующий залогодержатель признается младшим, следовательно, право исходит из того, что он знал или должен был знать о предшествующем залоге. Но достаточен ли сам факт того, что информация о старшем залоге была доступна младшему залогодержателю, для того чтобы вменить тому обязанность проверить, а нет ли в старшем залоге условия, запрещающего либо обуславливающего младший залог согласием старшего залогодержателя? Если ответить на этот вопрос утвердительно, то де-факто разница между обязательством не устанавливать младшие залого и блокировкой права их устанавливать исчезает, и старший залогодержатель в большинстве случаев, как и раньше, будет иметь возможность настаивать на аннуляции младшего залога.

Возможно, более разумным и соответствующим целям реформы является следующий подход. Для того чтобы младший залог был признан недействительным, по п. 4 ст. 1, ст. 10 ГК РФ необходимо, чтобы: (а) было доказано, что младший залогодержатель не просто должен был знать, но именно точно знал или заведомо не мог не знать о наличии в условиях старшего залога запрета на установление младших залогов (в том числе положения о необходимости получения согласия старшего залогодержателя).

теля) и (б) установление младшего залога причиняло существенный вред старшему залогодержателю. Например, когда обязательства, обеспечиваемые старшим залогом, в значительной степени направлены на покрытие убытков, с учетом правила п. 8 ст. 342¹ ГК РФ появление младшего залога может действительно лишить старшего залогодержателя приоритета в отношении таких требований и оказаться крайне болезненным. В этом случае, по всей видимости, только и можно ставить вопрос о защите старшего залогодержателя путем признания младшего залога недействительным. Эти условия, разумеется, строже, чем простое предположение «знал или мог знать», и это, на наш взгляд, верно: ведь ничтожность младшего залога должна быть санкцией за намеренное и недобросовестное вторжение в чужие договорные отношения, причинившее существенный вред добросовестной стороне.

Вопрос о ничтожности или оспоримости младшего залога в таких случаях может обсуждаться и пока в российском праве не прояснен.

(к) Также надо обратить внимание на то, что в ГК РФ упоминается, что старший залогодержатель может установить «условия, на которых может быть заключен последующий договор залога», и тогда «такой договор залога должен быть заключен с соблюдением указанных условий. При нарушении указанных условий предшествующий залогодержатель вправе требовать от залогодателя возмещения причиненных этим убытков» (абз. 2 п. 2 ст. 342 ГК РФ). Из этой нормы совершенно недвусмысленно следует, что младший залог, установленный в нарушение выговоренных старшим залогодержателем условий, *является в полной мере действительным*, а последствия нарушения условий, предусмотренных старшим залогодержателем, заключаются во взыскании убытков с залогодателя.

(к1) Однако здесь все же не все так просто, так как вышеуказанное правило работает только в случае добросовестности младшего залогодержателя. Дело в том, что в соответствии с п. 5 ст. 342 ГК РФ «если последующий договор залога заключен с нарушением условий, предусмотренных для него предшествующим договором залога, о чем залогодержатель по последующему договору знал или должен был знать, его требования к залогодателю удовлетворяются с учетом условий предшествующего договора залога».

Это означает, что в отношении недобросовестного младшего залогодержателя условия младшего залога, отклоняющиеся от ограничений, установленных старшим залогодержателем, не имеют силы, т.е. они ничтожны. Впрочем, разумеется, если впоследствии старший залогодержатель не будет настаивать на ограничениях либо иным образом будет вести себя так, как будто бы он дал согласие на отклонение младшего залога от этих ограничений, младший залог будет иметь силу в полном объеме (п. 5 ст. 166 ГК РФ).

(к2) Какие это могут быть условия? Такие условия не могут представлять собой скрытого запрета младшего залога. Представляется, что замысел законодателя в данном случае заключается в том, чтобы предоставить старшему залогодержателю возможность установить такие условия для младшего залогодержателя, которые позволят ему (старшему залогодержателю) наиболее комфортно для себя проводить процедуры обращения взыскания на предмет залога. Так, старший залогодержатель может ограничить сумму младшего залогового обременения (например, указав, что младший залог не может предоставлять такому залогодержателю право на удовлетворение

из стоимости вещи в сумме, превышающей определенную величину¹; установив срок существования младшего залога; ограничив возможности младшего залогодержателя выбирать способы обращения взыскания и реализации предмета залога).

Правильность этого вывода подтверждается только что процитированным п. 5 ст. 342 ГК РФ, из которого следует, что условия, устанавливаемые старшим залогодержателем, — это условия *удовлетворения требования младшего залогодержателя*.

(к3) ГК РФ в п. 6 ст. 342 защищает младшего залогодержателя, заключившего свой договор залога с залогодателем в соответствии с требованиями, установленными в старшем договоре залога, от возможного изменения последнего в части содержания таких требований впоследствии.

(л) Раз старшинство является экономической ценностью, просчитываемой математически, то вокруг него неизбежно должны сложиться правила, регулирующие оборот этой ценности. Такими правилами как раз и являются положения о сделках с залоговым старшинством. К числу такого рода сделок можно отнести, во-первых, резервирование старшинства при установлении залога таким образом, что установленный впоследствии залог будет старшим по отношению к установленному ранее, и, во-вторых, обмен старшинством между двумя и более залогодержателями.

Возможность совершения таких сделок с 1 июля 2014 г. прямо признана в ГК РФ: в соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 342 ГК РФ старшинство залогов может быть изменено (а) соглашением между залогодержателями; (б) соглашением между одним, несколькими или всеми залогодержателями и залогодателем. Во всяком случае указанные соглашения не затрагивают права третьих лиц, не являющихся сторонами указанных соглашений.

Впрочем, следует согласиться с тем, что, исходя из общего принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ), возможность совершения таких сделок существовала и до вступления в силу соответствующих новелл залогового права. Однако у нас нет информации о фактах совершения такого рода сделок до 1 июля 2014 г. Кроме того, даже если бы залогодержатели и залогодатель попытались совершить подобную сделку, то они бы столкнулись с непониманием регистрирующего органа — известная российская проблема отсутствия инструкции у чиновника сводила к нулю и не такие смелые правовые начинания.

(л1) Итак, первая из возможных сделок со старшинством — это *резервирование старшинства (Offenhaltung der Stelle)*.

Представим себе следующий казус. Компания А ведет переговоры о заключении кредитных договоров под залог недвижимости с банками B_1 и B_2 . Сумма кредита в каждом случае одинакова — 100. B_1 готов предоставить кредит под 10% годовых, а B_2 — под 11,5% годовых. Условия и первого, и второго кредита устраивают А, которой нужно финансирование в сумме 200. Однако B_1 готов предоставить кредит только в том случае если его требование будет приоритетным по отношению к требованию B_2 ; B_2 не возражает против того, чтобы его требование имело младший ранг.

¹ Разумеется, если, например, старший залогодержатель установит, что младший залог может быть установлен не более чем на 1 рубль, то такое условие может быть в зависимости от контекста заключения договора залога оценено как несправедливое и признано не связывающим залогодателя (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

Однако переговоры между А и Б₂ заканчиваются раньше, и они готовы зарегистрировать ипотеку; переговоры между А и Б₁ еще идут. Исходя из хронологического принципа ипотека Б₂ должна быть старшей, ипотека Б₁ — младшей. Однако все три участника этих сделок — А, Б₁ и Б₂ — не возражают против того, чтобы хронологически первая ипотека Б₂ была юридически младше хронологически второй ипотеки Б₁.

Для того чтобы достичь этого эффекта, в договор ипотеки между А и Б₂ следует включить условие о «резервировании» старшинства в сумме 100; соответствующая запись об ипотеке должна содержать указание на то, что зарегистрированная ипотека не пользуется старшинством в соответствующей сумме¹. В некотором смысле такое условие представляет собой довольно сложную для неискушенного ума фикцию обременения вещи в пользу собственника; можно представить, что собственник как бы «забронировал» для себя некоторую сумму в стоимости своего имущества. Разумеется, такое бронирование необходимо для того, чтобы использовать его в будущем для установления нового обеспечения по новому кредиту, с той суммой и тем старшинством, которые были забронированы.

Догматическим доказательством возможности такой сделки по действующему российскому праву является п. 1 ст. 342 ГК РФ, в соответствии с которым старшинство залогов может быть изменено «соглашением между одним, несколькими или всеми залогодержателями и залогодателем». Таким образом, для достижения эффекта резервирования старшинства достаточно соглашения между первым залогодержателем и залогодателем, в соответствии с которым залогодержатель признал бы младший характер ранга своей ипотеки в определенной сумме. В договоре же со вторым залогодержателем достаточно указания на то, что устанавливаемая в его пользу ипотека пользуется заранее зарезервированным старшинством.

Обращает на себя внимание тот факт, что положения ст. 342 ГК РФ не содержат каких-либо ограничений для резервирования старшинства. В частности, отсутствует известное классическому залоговому праву ограничение существования зарезервированного старшинства определенным периодом времени, которое обычно объясняется необходимостью предотвращать злоупотребления со стороны собственников недвижимости. Однако это довод довольно странный: ведь собственник, зарезервировав старшинство, непременно использует его для целей обеспечения по будущим долгам, в этом кроется сам смысл этого института. Зарезервированное старшинство также не нарушает интересы необеспеченных кредиторов собственника, ведь обязательственные требования к самому себе невозможны, поэтому зарезервированное старшинство, за которым не стоит действительный денежный долг, не будет дисконтировать стоимость недвижимой вещи,

¹ К сожалению, ныне действующее законодательство о государственной регистрации прав прямо не предусматривает возможность такой записи или отметки. Представляется, что до введения специальных правил об этом информация о зарезервированном старшинстве может быть помещена в графу «Сумма» подраздела III-2 ЕГРП. Иногда встречается мнение, что впредь до внесения изменений в регистрационное законодательство такие сделки будут порождать лишь натуральные обязательства. Полагаем, что в этом суждении все же кроется ошибка: даже если автор исходит из того, что отсутствие правил внесения соответствующих записей делает невозможным придание сделкам со старшинством эффекта *erga omnes*, то это вовсе не означает, что соглашения о старшинстве не получают защиту в суде. Без внесения записей в реестр такие соглашения порождают обыкновенные обязательства, т.е. строго личные притязания, которые будут подлежать судебной защите (ст. 421 ГК РФ).

отчуждаемой на торгах¹; в соответствии с предл. 3 п. 1 ст. 342 ГК РФ соглашения о резервировании старшинства «во всяком случае не затрагивают права третьих лиц, не являющихся сторонами указанных соглашений».

На практике уже известны случаи использования новых норм о резервировании старшинства — это ситуация, когда продающий с отсрочкой платежа недвижимость продавец резервирует старшинство для банка, который будет кредитовать соответствующую сделку и потому претендует на то, чтобы иметь хотя и последующий (по дате возникновения), но характеризующийся более высоким рангом залог.

(л2) Другая сделка со старшинством — это мена (или уступка) старшинства (*Vorrangseinräumung*).

Представим себе, что в примере, приведенном выше, банки B_1 и B_2 имеют намерение поменяться залоговым рангами: B_1 согласен на то, чтобы (за вознаграждение) занять место B_2 в реестре (получив, разумеется, кроме младшего ранга и следующие ему особенности — в первую очередь повышенный риск). B_2 , в свою очередь, не против встать на место B_1 , снизив тем самым свои риски невозврата кредита.

Для достижения этого результата стороны могут заключить соответствующее соглашение, именуемое меной старшинством. Исполнение этого соглашения осуществляется путем изменения соответствующих записей в реестре².

Мена старшинством отличается от мены обязательственными правами. Во втором случае следовало бы вести речь о том, что банки B_1 и B_2 просто бы обменялись требованиями по кредитным договорам. Однако в результате мены старшинством (либо уступки необеспеченному кредитору старшинства) кредитор в обеспеченном долге не меняется, изменяется лишь его ранг³.

(л3) Обращает на себя внимание тот факт, что российский законодатель (пока) не вводит каких-либо ограничений для мены или уступки старшинства. Они отсутствуют как во вступивших в силу общих положениях о залоге (см. ст. 342 и 342¹ ГК РФ), так и в проекте реформы вещного права.

Однако некоторые ограничения свободы в распоряжении старшинством известны другим правопорядкам и, как правило, они заключаются в необходимости получить согласие собственника на такую сделку.

Это объясняется тем, что собственник может быть заинтересован в том, чтобы в первую очередь гасились те требования, которые одновременно имеют высокий ранг, и при этом по ним установлена высокая неустойка. Однако это возражение для современного российского залогового права не должно иметь серьезного значения, так

¹ Разумеется, при смене собственника зарезервированное старшинство перейдет к новому собственнику недвижимости, а не сохранится за прежним собственником. Это связано с тем, что новый собственник станет правопреемником прежнего по всем правам, внесенным в реестр.

² Представляется, что даже действующее сегодня в России регистрационное законодательство позволяет регистрировать изменение старшинства путем простого внесения изменений в соответствующий подраздел.

³ Мену старшинством также нельзя рассматривать как две взаимные изолированные уступки залоговых прав (как это иногда предлагается в литературе). Однако все же представляется, что при обмене старшинством едва ли происходит обмен собственно залоговыми правами: стороны такой сделки заключают соглашение лишь об изменении порядка удовлетворения своих требований к залогодателю. Во всем остальном их обеспечительные права не затрагиваются: они остаются держателями тех же обеспечительных прав, которые им принадлежали ранее, с одним лишь изменением — в приоритете их удовлетворения.

как в соответствии с уже упоминавшимися выше новыми нормами п. 8 ст. 342¹ ГК РФ суммы неустойки в пользу старшего залогодержателя старшинством не пользуются.

Другое известное ограничение мены и уступок старшинства — это допущение таких сделок только в отношении вновь устанавливаемых, а не существующих залогов из патерналистских соображений о возможных просчетах и ошибках залогодержателей. Убедительность такой аргументации вызывает сомнения. Сделки со старшинством — это сделки, которые в первую очередь совершают между собой кредитные организации, являющиеся профессиональными участниками финансового рынка. Беспочвенно за сложность такого рода сделок для банков и прочих финансовых институтов законодателю совершенно точно не требуется.

(м) И, наконец, последний вопрос, который хотелось бы обсудить в связи с проблематикой залогового старшинства, — это вопрос о судьбе залоговых рангов при прекращении старшего залога.

Что происходит с младшими (допустим, № 2 и № 3) залогами при погашении старшего залога (№ 1) в связи, скажем, с тем, что заемщик полностью возвратил старшему залогодержателю кредит?

(м1) Здесь возможны два варианта ответа. Первый заключается в том, что младшие залоговые ранги как бы «подрастают» в рангах, становясь залогами соответственно № 1 и № 2 (так называемый принцип скольжения, *Das Prinzip der gleitenden Rangordnung*). Однако такое решение не выгодно для собственника и не очень оправданно экономически.

В самом деле, выходит, что залогодатель после погашения долга старшему залогодержателю и освобождения места в ряду залогов с номером 1 не сможет распоряжаться этим старшинством в результате «скольжения» ипотек с рангами 2 и 3 на места 1 и 2. На деле это будет означать, что залогодатель не сможет получить новый дешевый кредит, так как последнее место в ряду залогов означает повышенные риски для нового кредитора.

С другой стороны, не очень понятно, почему младшие залогодержатели без каких-либо затрат для себя улучшают свои позиции в части снижения рисков невозврата кредита (повышение ранга — повышение уверенности в том, что кредитор удовлетворится в случае продажи заложенной вещи с торгов). Объяснение этого тем, что «так случилось», вряд ли может быть признано хоть сколько-нибудь удовлетворительным.

(м2) Указанных недостатков лишено другое решение: при погашении долга, обеспеченного старшим залогом, залоговые ранги младших залогодержателей не изменяются, а остаются прежними (принцип фиксации, *Fixierungsprinzip*). Высвободившееся старшинство не гасится, а поступает в распоряжение собственника¹.

Теоретическим обоснованием для того либо иного решения являются, соответственно, относительная и абсолютная теории множественности залогов.

(м3) Абсолютная теория залоговой множественности (*Locusprinzip, Prinzip der festen Priorität*) исходит из того, что помимо важнейшей характеристики залогового права — объема ценности, которую залогодержатель может извлечь из заложенной

¹ Ситуация становится в некотором смысле похожей на уже разобранный выше сделку резервирования старшинства.

вещи, – существует еще одна его характеристика – ранг залога, который, будучи один раз установленным, не может изменяться. Объяснение этого такое: залогодатель и залогодержатель, устанавливая залог, своим волеизъявлением охватывают и установление ранга. Таким образом, старшинство залога зависит от воли залогодателя и произвольно изменяться не может. Тем самым залогодатель и залогодержатели как бы разделяют ценность заложенного имущества на части, которые юридически остаются неподвижными; погашение одного из залогов в ряду не изменяет старшинство других.

Относительная же теория, напротив, исходит из того, что залог, установленный даже с указанием определенной суммы¹, обременяет не часть, а всю стоимость заложенной вещи. Этим и объясняется динамика залоговых рангов, которая происходит *eo ipso*: раз у залогодержателя есть право на всю ценность заложенной вещи, то и высвободившееся старшинство также принадлежит ему. Поэтому его залог «скользит» на свободное теперь место старшего залогодержателя.

(м4) Принцип скольжения был характерен для римского залога. Кроме того, он считался доминирующим в европейских юрисдикциях в XIX – начале XX в.

Догматические объяснения и относительной, и абсолютной теории залогового старшинства одинаково искусственные; выбор между ними следует делать, по всей видимости, из общих политико-правовых соображений, по которым допускается залоговый приоритет: это стремление законодателей удешевить кредит и дать возможность собственникам максимально использовать кредитную силу своего имущества. Этой цели, несомненно, достигает принцип фиксации, позволяющий собственнику заложенного имущества использовать высвободившееся старшинство для привлечения нового кредита, который будет дешевле, чем кредит, который бы собственник привлек в случае действия принципа скольжения (ведь в последнем случае новый кредитор получил бы самое последнее место в ряду залогов).

(м5) Осталось лишь выяснить, что же происходит с высвободившимся старшинством по действующему российскому праву.

Положения ГК РФ не содержат никакого регулирования этого вопроса. Равным образом невозможно разрешить эту задачу исходя из норм законодательства о государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Молчит на этот счет и проект реформы вещного права ГК РФ.

Представляется, что при отсутствии положительного упоминания в законе о сохранении залогового старшинства при погашении старшего залога следует считать, что законодатель исходит из принципа скольжения. Это связано с тем, что фиксация залогового ранга и сама возможность поступления высвободившегося залогового старшинства в распоряжение собственника заложенной вещи представляет собой реализацию ослабления принципа акцессорности залога – старший залог как бы продолжает существовать безо всякого долга, «принадлежит» собственнику! Подобные изъятия из действия принципа акцессорности даже при всей их желательности не могут подразумеваться, они должны быть выражены законодательно. Иной подход в значительной степени может сказаться на единообразии толкования всего массива

¹ Спецификация долга (т.е. определение его цифровых границ) является неизбежной вне зависимости от того, указана ли сумма обременения твердым образом или же она определяется фактически на момент обращения взыскания.

законодательных норм в целом, что не очень хорошо для стабильного функционирования этого института вещного обеспечения.

(мб) Однако даже сам по себе тот факт, что действующее российское право исходит из принципа скольжения залоговых рангов, не означает, что это положение невозможно изменить уже сегодня. Дело в том, что формулировка, допускающая сделки с залоговым старшинством, содержащаяся в п. 1 ст. 342 ГК РФ, довольно общая, она провозглашает общий принцип свободы сделок со старшинством. Следовательно, вполне мыслимым является соглашение залогодателя с каждым из залогодержателей о том, что старшинство их залога является фиксированным и что они не будут претендовать на старшинство, высвобождаемое при погашении других, более старших залогов. На основании этого соглашения, результат которого для приобретения им абсолютного эффекта должен, несомненно, быть отражен в реестре¹, вполне возможно стабилизировать старшинство всех залогодержателей. Это позволит собственнику предмета залога привлекать более дешевый кредит под высвобождающееся старшинство.

Статья 343. Содержание и сохранность заложенного имущества

1. Если иное не предусмотрено законом или договором, залогодатель или залогодержатель в зависимости от того, у кого из них находится заложенное имущество (статья 338), обязан:

1) страховать от рисков утраты и повреждения за счет залогодателя заложенное имущество на сумму не ниже размера обеспеченного залогом требования;

2) пользоваться и распоряжаться заложенным имуществом в соответствии с правилами статьи 346 настоящего Кодекса;

3) не совершать действия, которые могут повлечь утрату заложенного имущества или уменьшение его стоимости, и принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности заложенного имущества;

4) принимать меры, необходимые для защиты заложенного имущества от посягательств и требований со стороны третьих лиц;

5) немедленно уведомлять другую сторону о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества, о притязаниях третьих лиц на это имущество, о нарушениях третьими лицами прав на это имущество.

2. Залогодержатель и залогодатель вправе проверять по документам и фактически наличие, количество, состояние и условия хранения заложенного имущества, находящегося у другой стороны, не создавая при этом неоправданных помех для правомерного использования заложенного имущества.

3. При грубом нарушении залогодержателем или залогодателем указанных в пункте 1 настоящей статьи обязанностей, создающем угрозу утраты или повреждения заложенного имущества, залогодатель вправе потребовать досрочного прекращения залога, а залогодержатель — досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом, и в случае его неисполнения — обращения взыскания на заложенное имущество.

¹ В той же графе «Сумма залога» подраздела III-2.

Комментарий

1. Риски и бремя, связанное с предметом залога, распределяются между сторонами залоговой сделки в зависимости от того, у кого находится предмет залога. Разумеется, норма является диспозитивной, и стороны залоговых отношений могут перераспределить риски, бремя и обязанности по содержанию предмета залога как им угодно.

Диспозитивность нормы не означает, в частности, возможность согласования положения о том, что лицо, во владении которого находится предмет залога, имеет право, например, не принимать меры по охране заложенного имущества либо относиться к нему бесхозяйственно. В целом поведение, направленное на обеспечение сохранности заложенного имущества (как в обеспечение интереса залогодержателя – если предмет залога находится у залогодателя, так и в обеспечение интереса залогодателя – если предмет залога находится во владении залогодержателя), вытекает из принципа добросовестности (ст. 1 ГК РФ), действие которого не может быть отменено договором.

1.1. Аналогичным образом из принципа добросовестности вытекают информационные обязанности лица, владеющего предметом залога, довести до сведения своего контрагента информацию об угрозах утраты предмета залога или притязаниях на него третьих лиц.

1.2. Нарушение указанных обязанностей влечет за собой, помимо специальных последствий, указанных в п. 3 комментируемой статьи, обязанность по возмещению убытков и уплате штрафов (если они предусмотрены договором залога).

2. Залогодержатель имеет право инспекции в отношении заложенного имущества, находящегося у залогодателя. Обратное утверждение также является верным: залогодатель имеет право инспекции в отношении предмета заклада, переданного во владение залогодержателя.

Законодатель в п. 3 комментируемой статьи не упоминает, что возможность досрочного обращения взыскания на предмет залога возникнет у залогодержателя и тогда, когда залогодатель будет нарушать право инспекции. Соответствующие положения целесообразно предусмотреть в договоре залога.

Но и в случае отсутствия указаний на последствия нарушения права инспекции положения п. 3 комментируемой статьи о праве досрочного обращения взыскания на предмет залога должны применяться по аналогии закона при существенности соответствующего нарушения.

2.1. В случае если инспекции препятствует залогодержатель, у которого оставлен предмет залога, залогодатель вправе требовать расторжения договора залога, прекращения залога и возврата заложенной вещи в связи с существенным нарушением договора (ст. 450 ГК РФ).

3. Грубое нарушение обязанностей, связанных с обеспечением сохранности вещи и защитой интересов контрагента, влечет за собой либо прекращение залога (если нарушителем является залогодержатель), либо досрочное истребование долга залогодержателем и обращение взыскания на предмет залога (если нарушителем является залогодатель).

3.1. Некоторую особенность имеют последствия распоряжения предметом залога залогодателем в нарушение норм закона либо положений договора залога.

В этом случае залогодержатель в соответствии с положениями ст. 346 и 351 ГК РФ имеет право на досрочное истребование долга. При этом в указанных нормах права залогодержателя не ограничены лишь *грубым* нарушением ограничений, связанных с распоряжением предметом залога; любое нарушение правил об отчуждении предмета залога только по согласованию с залогодержателем влечет за собой возможность досрочного истребования долга и обращения взыскания на заложенное имущество.

Статья 344. Последствия утраты или повреждения заложенного имущества

1. Залогодатель несет риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества, если иное не предусмотрено договором залога.

2. Залогодержатель отвечает перед залогодателем за полную или частичную утрату или повреждение переданного ему предмета залога, если не докажет, что может быть освобожден от ответственности в соответствии со статьей 401 настоящего Кодекса.

Залогодержатель отвечает за утрату предмета залога в размере его рыночной стоимости, а за его повреждение в размере суммы, на которую эта стоимость понизилась, независимо от суммы, в которую был оценен предмет залога по договору залога.

Если в результате повреждения предмета залога он изменился настолько, что не может быть использован по прямому назначению, залогодатель вправе отказаться от него и потребовать от залогодержателя возмещение за его утрату.

Договором может быть предусмотрена обязанность залогодержателя возместить залогодателю и иные убытки, причиненные утратой или повреждением предмета залога.

3. Залогодатель, являющийся должником по обеспеченному залогом обязательству, вправе зачесть требование к залогодержателю о возмещении убытков, причиненных утратой или повреждением предмета залога, в погашение обязательства, обеспеченного залогом, в том числе тогда, когда срок исполнения этого обязательства еще не наступил и досрочное исполнение обязательства не допускается.

Комментарий

1. В связи с тем что по общему правилу предмет залога остается во владении залогодателя, на него же по умолчанию возлагается и риск гибели или повреждения имущества. Это означает, что залогодатель должен нести все неблагоприятные последствия, которые могут возникнуть в связи с повреждением либо полной гибелью предмета залога, включая ситуации, когда такие гибель или повреждение не могут быть вменены в вину залогодателю.

Но из смысла комментируемой нормы, не делающей никаких исключений на случай передачи предмета залога во владение залогодержателю, следует, что залогодатель несет риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества и тогда, когда предмет залога передан во владение залогодержателю (заклад).

1.1. Самое главное последствие, которое возникнет в этом случае, — это право залогодателя требовать замены предмета залога либо потребовать досрочного погашения обеспеченного долга.

1.2. Разумеется, если предмет залога находился во владении залогодержателя и погиб или был поврежден по вине залогодержателя, залогодатель должен быть освобожден от рисков гибели (повреждения) предмета залога.

1.3. Данная норма является диспозитивной и может быть изменена договором залога: стороны могут по-иному распределить риск случайной гибели или случайного повреждения предмета залога.

2. Если предмет залога был передан залогодержателю, то он отвечает перед залогодателем как собственником заложенной вещи за его сохранность и обязан возместить залогодателю убытки в случае гибели или повреждения предмета залога. Эта ответственность тесно связана с основаниями ответственности, установленной ст. 401 ГК РФ. В системном единстве с положением п. 1 комментируемой статьи, устанавливающим, что риск случайной гибели (повреждения) заложенной вещи несет залогодатель, обоснован вывод о том, что залогодержатель освобождается от ответственности, если докажет, что гибель или повреждение предмета залога произошли не по его вине, т.е. носили случайный характер.

2.1. Норма абз. 2 п. 2 ст. 344 ГК РФ подчеркивает, что стоимость предмета залога, указываемая в договоре залога, совершенно не обязательно должна быть равной его рыночной стоимости. В частности, при гибели или повреждении предмета залога ответственность залогодержателя определяется исходя из рыночной стоимости заложенного имущества, а не на основании оценки предмета залога, содержащейся в договоре залога.

Кроме утраты стоимости, залогодержатель в силу прямого указания в договоре может быть обязан к возмещению иных убытков, вызванных гибелью или повреждением предмета залога, в первую очередь — упущенной выгоды. При отсутствии такого условия в договоре обязанность возмещения убытков в дополнение к выплате компенсации в размере рыночной стоимости по смыслу комментируемой нормы исключена.

Реализация залогодателем права отказаться от поврежденного предмета залога в том случае, если повреждения были настолько существенными, что предмет залога не может быть более использован по прямому назначению, влечет за собой обязанность залогодержателя выплатить полную стоимость предмета залога. При этом, по всей видимости, он в результате выплаты (или иного способа компенсации убытков) приобретает право собственности на поврежденный предмет залога.

2.2. Норма п. 2 комментируемой статьи является диспозитивной, так как она не содержит оговорки о запрете сторонам договора залога договариваться иначе, чем это предусмотрено нормой. Однако следует помнить, что норма п. 4 ст. 401 ГК РФ объявляет ничтожными любые соглашения, которые ограничивают ответственность за умысел. Поэтому если залогодержатель повредил переданную ему во владение вещь, являющуюся предметом залога, умышленно, условия об ограничении ответственности залогодержателя не будут иметь силы.

3. Наиболее разумный и рациональный способ возмещения убытков, причиненных залогодателю гибелью или повреждением предмета залога, находившегося во владении залогодержателя, — это засчитывание сумм убытков, причиненных гибелью или повреждением предмета залога, в счет долга должника по обеспеченному залогом обязательству. Естественно, это возможно только в случае, когда

залогодатель и должник по обеспеченному долгу совпадают (в случае если залогодатель является третьим лицом, кредитор по требованию о возмещении убытков, причиненных гибелью предмета залога, и должник по долгу не совпадают, и потому зачет не возможен).

3.1. Тот факт, что срок исполнения требования, которое было обеспечено залогом, еще не наступил, не будет препятствовать зачету. С одной стороны, в соответствии с новой редакцией ст. 410 ГК РФ зачет «несозревших» долгов возможен в случаях, предусмотренных законом (п. 3 комментируемой статьи как раз и составляет такой случай). С другой стороны, в принципе имеются основания исходить из того, что условием допустимости зачета является лишь созревший характер требования стороны, заявляющей зачет; зрелость встречного требования не имеет значения (подробнее см. комментарий к ст. 310 ГК РФ).

Статья 345. Замена и восстановление предмета залога

1. По соглашению залогодателя и залогодержателя предмет залога может быть заменен другим имуществом.

2. Независимо от согласия на это залогодателя или залогодержателя считаются находящимися в залоге:

1) новое имущество, которое принадлежит залогодателю и создано либо возникло в результате переработки или иного изменения заложенного имущества;

2) имущество, предоставленное залогодателю взамен предмета залога в случае его изъятия (выкупа) для государственных или муниципальных нужд, реквизиции или национализации по основаниям и в порядке, которые установлены законом, а также право требовать предоставления имущества взамен предмета залога по указанным основаниям;

3) имущество, за исключением денежных средств, переданное залогодателю-кредитору его должником, в случае залога права (требования);

4) иное имущество в случаях, установленных законом.

3. Если замена предмета залога другим имуществом в случае, предусмотренном подпунктом 1 пункта 2 настоящей статьи, произошла в результате действий залогодателя, совершенных в нарушение договора залога, залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом, а при его неисполнении — обращения взыскания на новый предмет залога.

4. Если предмет залога погиб или поврежден по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает, залогодатель в разумный срок вправе восстановить предмет залога или заменить его другим равноценным имуществом при условии, что договором не предусмотрено иное.

Залогодатель, намеревающийся воспользоваться правом на восстановление или замену предмета залога, незамедлительно обязан уведомить об этом в письменной форме залогодержателя. Залогодержатель вправе отказаться в письменной форме в срок, установленный договором залога, или, если такой срок не установлен, в разумный срок после получения уведомления от восстановления или замены предмета залога при условии, что прежний и новый предметы залога неравноценны.

5. В случаях, указанных в пункте 2 настоящей статьи, имущество, которое заменяет предмет залога, в том числе право (требование), считается находящимся в залоге вместо

прежнего предмета залога с момента возникновения на него прав залогодателя или с момента возникновения права, за исключением случаев, если в соответствии с законом возникновение, переход и обременение прав требуют государственной регистрации.

Условия договора залога, а также иных соглашений, заключенных сторонами в отношении прежнего предмета залога, применяются к правам и обязанностям сторон в отношении нового предмета залога в той мере, в какой они не противоречат существу (свойствам) этого предмета залога.

В случае замены предмета залога старшинство прав залогодержателей, в том числе возникших до предоставления имущества в качестве замены прежнего предмета залога, не изменяется.

6. Вместо замены предмета залога стороны вправе заключить новый договор залога. С момента возникновения у залогодержателя залога на новый предмет залога прежний договор залога прекращается.

7. Договором залога могут быть предусмотрены случаи, в которых залогодатель вправе заменять предмет залога без согласия залогодержателя.

Комментарий

1. Норма п. 1 комментируемой статьи устанавливает очевидное правило о том, что стороны договора залога могут договориться о замене предмета залога. При этом, разумеется, сохраняются те условия договора залога, которые были выговорены сторонами изначально, в отношении прежнего предмета залога, если стороны не согласовали иное или иное не следует из существа нового предмета залога.

1.1. При этом перенос ранее возникшего права залога на новый предмет не может ущемлять право других залогодержателей, получивших ранее право залога на тот же предмет в обеспечение своих требований. Так, например, если должник заложил банку в обеспечение долга свой автомобиль (и по этому залогу банк был старшим залогодержателем), а потом договорился с банком о переносе права залога на свой катер, банк окажется младшим залогодержателем, если до согласования такого переноса этот катер был заложен другому залогодержателю (например, поставщику, предоставившему отсрочку платежа) и банк должен был знать о существовании данного залогового обременения (например, в силу регистрации уведомления о залоге катера).

1.2. В случае если новый предмет залога представляет собой, например, недвижимую вещь, а предыдущий предмет залога относился к движимому имуществу, то для того, чтобы залог продолжал существовать, требуется запись в специальном реестре. То же относится к случаям, когда в качестве нового предмета залога в обеспечение предоставляются подлежащие регистрации исключительные права, бездокументарные ценные бумаги или доли в уставном капитале ООО или иное имущество, залог которого подлежит правоустанавливающей регистрации (см. комментарий к ст. 339¹ ГК РФ).

2. Нормы п. 2 комментируемой статьи продолжают развивать принцип эластичности залога (см. комментарий к п. 2 ст. 334 ГК РФ). В настоящем пункте речь идет о таком проявлении эластичности, как сохранение залога при изменении (в том числе физическом) предмета залога. Собственно, ключевое положение комментируемого пункта – это положение о том, что залог распространяется на любое

имущество, которое было создано в результате любого изменения (в том числе переработки) заложенного имущества. Выражение «иного изменения», использованное в норме, следует понимать максимально широко: например, построенное из заложенных строительных материалов здание должно считаться находящимся в залоге у залогодержателя материалов (разумеется, при соблюдении требования о государственной регистрации ипотеки в отношении возведенного здания). В случае если заложенные акции были конвертированы в другие ценные бумаги или в долю в уставном капитале ООО (при реорганизации акционерного общества в общество с ограниченной ответственностью), то в залоге должны считаться находящимися соответствующие ценные бумаги или доля в уставном капитале ООО.

В качестве еще одного примера можно привести случаи изменения земельного участка (раздел, соединение и проч.), соединения совокупности помещений в одно помещение, равно как разделения или соединения помещений в здании, переработки движимой вещи, реконструкции недвижимой вещи и проч. Во всех перечисленных случаях залог будет сохраняться, обременяя физический «заменитель» первоначального залога. Применение этого проявления идеи эластичности залога в отношении случая перестройки здания, являвшегося предметом ипотеки, см. Определение КГД ВС РФ от 20 сентября 2016 г. № 18-КГ16-125.

При этом в случае изменения предмета залога не возникает новый законный залог на новый предмет, а продолжает сохраняться ранее действующий договорный залог. Из вывода о том, что залог, продолжающий свое существование в силу принципа эластичности, не является законным залогом, следует еще один довольно важный практический вывод: в случае если новым предметом залога станет недвижимая вещь (новый земельный участок взамен разделенного; новое здание взамен ранее заложенных помещений; новые помещения взамен разделенного здания; помещение, переданное по инвестиционному контракту), то регистрация ипотеки в отношении этого имущества будет осуществляться не по правилам Закона об ипотеке о регистрации законной ипотеки (с подачей залогодержателем соответствующего заявления и проч.), а органом по регистрации прав на недвижимость *ex officio*. То есть орган по регистрации прав будет обязан самостоятельно перенести в отношении нового предмета ипотеки все записи об обременениях, которые имелись в реестре в отношении прежних объектов ипотеки (например, на вновь образованный участок следует перенести все обременения, которые лежали на участках, из которых он был образован). Эта обязанность вытекает из норм ГК РФ о сохранении залога при изменении предмета залога.

В то же время в подобной ситуации преобразования имущества, залог которого не подлежал регистрации, в имущество, залог которого подлежит регистрации, возникает вопрос, сохраняется ли залог в период времени между исчезновением прежнего предмета залога и регистрации залога на измененный объект. Видимо, следует признать, что в такой ситуации залог сохраняется, и разрыв в существовании залоговых прав не возникает.

Разумеется, при распространении залога на измененный предмет залога в силу принципа эластичности сохраняются старшинство и все иные условия залога (за исключением, видимо, тех, которые были тесно связаны с прежним правовым режимом предмета залога).

2.1. Положения подп. 1 п. 2 комментируемой статьи помогают разрешить и иную коллизию. Речь идет о ситуации, когда в залог был передан земельный участок, а впо-

следствии на нем были возведены сооружения или здания, права залогодателя на которые зарегистрированы не были. В соответствии со ст. 219 ГК РФ право собственности на вновь возведенное строение возникает с момента государственной регистрации в реестре (так называемый принцип внесения, п. 2 ст. 8¹ ГК РФ). Таким образом, в случае если собственник земельного участка, заложивший его по договору ипотеки, возвел на нем здания или сооружения, то до регистрации прав на эти объекты они должны рассматриваться как составные части земельного участка (ст. 133 ГК РФ), и измененный участок со всеми вновь созданными на нем улучшениями (в виде составных частей) должен считаться находящимся в залоге у залогодержателя как одна вещь.

2.2. Положение о том, что в случае изъятия предмета залога для государственных (муниципальных) нужд в залоге будет считаться находящимся имущество, предоставленное залогодателю взамен изъятых, повторяет правило п. 2 ст. 334 ГК РФ с тем лишь уточнением, что и само требование о выдаче возмещения также считается находящимся в залоге.

При этом в данном случае, видимо, более дискуссионным является вопрос, будет ли распространение права залога на новую переданную в собственность залогодателя вещь продолжением существования старого вещного права залога или здесь возникнет все же новый залог на тех же условиях.

2.3. Отдельное внимание следует обратить также на новое (для ГК РФ, но существовавшее ранее в Законе о залоге 1992 г.) положение о том, что в случае залога имущественного права все то, что будет предоставлено должником по заложенному праву, также считается находящимся в залоге. По сути, о том же говорит и п. 2 ст. 334 ГК РФ. Например, в случае если будет заложено право залогодателя требовать от автосалона передачи автомобиля по договору купли-продажи, то переданный залогодателю в собственность автомобиль будет новым предметом залога (взамен прекратившегося права из договора купли-продажи). При этом, однако, необходимо соблюдение требования о регистрации залога, если залог прав на переданное залогодателю имущество подлежит правоустанавливающей регистрации (например недвижимость).

Также достаточно дискуссионным является вопрос, будет ли распространение залога на полученное имущество новым залогом или продолжением существования старого залога.

Как бы ни был решен этот вопрос, очевидно, что подобный перенос права залога с права требования на вещь повлечет автоматическое существенное изменение содержания залоговых прав, так как регулирование залога обязательственных прав и залога вещей принципиально отличается.

3. Право залога наделяет залогодержателя довольно серьезными управленческими возможностями по отношению к деятельности залогодателя. В частности, он получает контроль над деятельностью залогодателя по изменению (переработке) заложенного имущества (особенно полным такой контроль будет в случае так называемого тотального залога), которое, как это следует из комментируемого пункта, может быть ограничено договором залога. К таким условиям, в частности, могут относиться положения договора залога о необходимости предварительного согласования с залогодержателем тех или иных действий с заложенным имуществом, которые могут изменить его физически (и тем самым изменить стоимость предмета залога, в чем может быть не заинтересован залогодержатель).

3.1. Санкцией за нарушение условий о согласовании изменения и переработки предмета залога, установленного в договоре залога, является возникновение у залогодержателя права на досрочное востребование долга, обеспеченного залогом, и – в случае неисполнения обеспеченного обязательства – право на обращение взыскания на предмет залога.

4. Замена предмета залога может быть осуществлена также путем волеизъявления залогодателя. Это право предоставляется ему в случае, если предмет залога погиб или был поврежден по обстоятельствам, за которые не отвечает залогодержатель. В противном случае залогодатель, являющийся должником по обеспеченному долгу, может осуществить зачет своего долга перед кредитором требованием к залогодержателю о возмещении убытков, причиненных гибелью предмета залога.

Однако неправильно считать такую замену предмета залога односторонним действием залогодателя, так как закон предоставляет залогодержателю право отказаться принимать в залог новое имущество. Такое поведение залогодержателя может быть обусловлено, например, сомнениями в ликвидности или в адекватности стоимости имущества, предлагаемого в залог, размеру обеспеченного обязательства. Однако, разумеется, отказ залогодержателя принять в залог новое имущество может быть оценен и с точки зрения стандарта добросовестного поведения (п. 3 и 4 ст. 1, ст. 10 ГК РФ); последствием признания отказа залогодержателя принять в залог новое имущество будет прекращение залога.

4.1. При замене предмета залога залогодателем условия договора залога сохраняются в отношении нового предмета залога.

В то же время вопрос о том, будет ли здесь иметь место новый залог или сохранится старое вещное право, может вызывать споры (Об этом см. комментарий к п. 1 настоящей статьи).

4.2. В случае если залогодатель не воспользовался своим правом и не предоставил новый предмет залога взамен погибшего (или ухудшившегося), то залогодержатель имеет право досрочно востребовать обеспеченный долг и обратиться взыскание на предмет залога. Однако права требовать предоставления нового предмета залога взамен погибшего залогодержатель не имеет.

5. Положения п. 5 комментируемой статьи предусматривают, что условия договора залога сохраняют силу в отношении нового предмета залога, старшинство залогов сохраняется.

Здесь же законодатель указывает на особенность определения момента, с которого предоставленный новый предмет залога будет считаться обремененным правами залогодержателя: если новый предмет залога уже находится в собственности залогодателя, то он считается заложенным с момента достижения соглашения о замене предмета залога; если предмет залога является будущим имуществом, то он будет обременен с момента возникновения права собственности залогодателя на него (см. также комментарий к ст. 335 ГК РФ). Если же право собственности на предмет залога у залогодателя возникнет лишь после специальной регистрации (например, права на недвижимое имущество), то залог также возникнет не ранее такой регистрации (см. комментарий к ст. 339¹ ГК РФ).

5.1. В отношении последнего случая залогодержатель должен проявлять особую бдительность и активно участвовать в процедуре регистрации прав залогодателя

на новый предмет залога с тем, чтобы в отношении этого имущества была внесена (по заявлению залогодержателя) также и запись об обременении; в противном случае залог не возникнет.

5.2. Условия договора залога, выработанные сторонами в отношении прежнего предмета залога, не будут применяться к новому предмету залога в том случае, если они будут противоречить императивным нормам закона. Например, если вместо заложенного нежилого помещения было передано в залог помещение жилое, являющееся единственным у залогодателя, условие договора залога о внесудебном порядке обращения взыскания на предмет залога не будет подлежать применению (см. п. 3 ст. 349 ГК РФ и комментарий к нему).

6. Пункт 6 комментируемой статьи содержит очевидное правило о том, что вместо замены предмета залога с сохранением в силе всех договоренностей относительно условий залога стороны вправе прекратить свои прежние залоговые отношения и заключить новый договор залога в отношении нового предмета. Это будет целесообразно, например, в ситуации, когда новый предмет залога имеет такие серьезные отличия от предыдущего, что целесообразнее выработать новые условия залога, чем приспособливать прежние положения договора залога к новому предмету залога. Например, в случае если были заложены права по договору участия в долевом строительстве, то после передачи помещения дольщику целесообразнее заключить новый договор ипотеки.

6.1. Условие об обязанности заключить новый договор залога может содержаться в первоначальном договоре залога; в случае уклонения от заключения нового договора залога залогодержатель вправе предъявить соответствующий иск (п. 1 ст. 421 ГК РФ).

7. Диспозитивность положений о замене предмета залога подчеркивается п. 7 комментируемой статьи, указывающим на возможность в договоре залога установить право залогодателя осуществлять замену предмета залога в одностороннем порядке, без согласия залогодержателя.

Это довольно нетипичное положение, противоречащее природе залога как вещного права. Защитой залогодержателя в случае наличия в договоре залога подобного условия будут лишь правила о добросовестности.

Статья 346. Пользование и распоряжение предметом залога

1. Залогодатель, у которого остается предмет залога, вправе пользоваться, если иное не предусмотрено договором и не вытекает из существа залога, предметом залога в соответствии с его назначением, в том числе извлекать из него плоды и доходы.

2. Залогодатель не вправе отчуждать предмет залога без согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено законом или договором и не вытекает из существа залога. В случае отчуждения залогодателем заложенного имущества без согласия залогодержателя применяются правила, установленные подпунктом 3 пункта 2 статьи 351, подпунктом 2 пункта 1 статьи 352, статьей 353 настоящего Кодекса. Залогодатель также обязан возместить убытки, причиненные залогодержателю в результате отчуждения заложенного имущества.

3. Если иное не предусмотрено законом или договором залога, залогодатель, у которого осталось заложенное имущество, вправе передавать без согласия залогодержателя заложенное имущество во временное владение или пользование другим лицам. В этом случае залогодатель не освобождается от исполнения обязанностей по договору залога.

Если для передачи залогодателем заложенного имущества во временное владение или пользование другим лицам необходимо согласие залогодержателя, при нарушении залогодателем этого условия применяются правила, установленные подпунктом 3 пункта 2 статьи 351 настоящего Кодекса.

4. В случае обращения залогодержателем взыскания на заложенное имущество вещные права, право, возникающее из договора аренды, иные права, возникающие из сделок по предоставлению имущества во владение или в пользование, которые предоставлены залогодателем третьим лицам без согласия залогодержателя, прекращаются с момента вступления в законную силу решения суда об обращении взыскания на заложенное имущество или, если требование залогодержателя удовлетворяется без обращения в суд (во внесудебном порядке), с момента возникновения права собственности на заложенное имущество у его приобретателя при условии, что приобретатель не согласится с сохранением указанных прав.

5. Залогодержатель вправе пользоваться переданным ему предметом залога только в случаях, предусмотренных договором, регулярно представляя залогодателю отчет о пользовании. По договору на залогодержателя может быть возложена обязанность извлекать из предмета залога плоды и доходы в целях погашения основного обязательства или в интересах залогодателя.

Комментарий

1. Залогодатель, владеющий предметом залога, извлекает полезные свойства из обладания своей вещью; плоды и доходы принадлежат по общему правилу залогодателю.

1.1. Стороны договора залога могут также установить, что плоды и доходы будут поступать непосредственно в собственность залогодержателя и гасить обеспеченный долг.

1.2. В силу п. 3 ст. 336 ГК РФ в договоре залога может быть предусмотрено, что на полученные в результате использования заложенного имущества плоды, продукцию и доходы распространяется залог. В силу п. 2 ст. 334 ГК РФ причитающиеся залогодателю доходы от использования заложенного имущества третьими лицами (например, арендная плата при залоге недвижимости, поступления по лицензионным договорам при залоге исключительного права) по умолчанию попадают в залог и без указания на то в договоре залога. Подробнее см. комментарии к п. 3 ст. 336 и п. 2 ст. 334 ГК РФ.

2. Залог существенно стесняет свободу отчуждения заложенной вещи ее собственником — залогодателем. Отчуждение предмета залога возможно лишь с согласия залогодержателя. К таким согласиям следует применять положения ст. 157¹ ГК РФ. В частности, залогодержатель может дать предварительное согласие на отчуждение предмета залога.

2.1. Нарушение правила о согласии будет влечь за собой возникновение у залогодержателя права на досрочное обращение взыскания на предмет залога (п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10). Сделка не является ничтожной.

Кроме того, видимо, в данном случае сделка, совершенная без необходимого в силу закона согласия залогодержателя, может быть признана недействительной в силу новой ст. 173¹ ГК РФ, если приобретатель заложенного имущества был недобросовестен и знал либо должен был знать о залоге и отсутствии согласия залогодателя на отчуждение. Соответственно, залогодержатель в случае несанкционированного отчуждения предмета залога может выбирать между способами своего права: оспорить сделку или рассчитывать на следование залога по правилам ст. 353 ГК РФ.

По сути, такой же режим всегда существовал в отношении ипотеки: в соответствии с п. 2 ст. 40 Закона об ипотеке такая сделка может быть оспорена залогодержателем. По всей видимости, подобная ситуация возможна в случае, когда запись об ипотеке была незаконно погашена (хотя ипотека не прекратилась) и впоследствии заложенное недвижимое имущество было отчуждено третьему лицу. Если приобретатель не будет добросовестным, то отчуждение может быть оспорено и имущество возвратится в собственность залогодателя.

2.2. Из существа залога может следовать, что залогодатель вправе свободно распоряжаться предметом залога без согласия залогодержателя путем его отчуждения. К числу таких случаев очевидно относится залог товарной массы (например, как по договору залога товаров в обороте), предназначенной к тому, чтобы оборачиваться. Тот же вывод, видимо, справедлив и в отношении принадлежащих залогодателю товарных остатков, находящихся в постоянном обороте, при тотальном залоге. Иное толкование просто лишало бы залогодателя, согласившегося на тотальный залог, возможности вести обычную хозяйственную деятельность.

2.3. Запрет на распоряжение предметом залога не означает, что на предмет залога не может быть обращено взыскание по долгам залогодателя перед третьими лицами. В Постановлении Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 (п. 68) по данному вопросу говорится следующее: «Судебный пристав-исполнитель может обратиться взыскание на заложенное имущество для удовлетворения требований взыскателя, не являющегося залогодержателем (часть 3 статьи 87 Закона об исполнительном производстве), при отсутствии иного, помимо заложенного, имущества, на которое можно обратиться взыскание. Обращение взыскания в данном случае осуществляется с учетом правил продажи имущества, обремененного правами третьих лиц (пункт 1 статьи 353, статья 460 ГК РФ, статья 38 Закона об ипотеке), в том числе с извещением покупателя о том, что реализуемое имущество находится в залоге, и, соответственно, с сохранением залога при переходе прав на имущество от залогодателя — должника к покупателю». Иначе говоря, заложенная вещь продается с торгов третьим лицам с обременением в виде залога.

3. Залогодатель вправе без согласия залогодержателя передавать предмет залога, которым он владеет, во временное владение или пользование третьим лицам. В этом случае плата за такое владение или пользование будет считаться находящейся в залоге у залогодержателя. Кроме того, стороны договора вправе установить, что уплачиваемая третьим лицом плата будет направляться напрямую кредитору-залогодержателю и гасить долг, обеспеченный залогом. См. подробнее комментарий к п. 2 ст. 334 ГК РФ.

3.1. Положения п. 3 комментируемой статьи являются диспозитивными, и режим свободной передачи предмета залога в пользование третьим лицам может быть

ограничен необходимостью получения согласия залогодержателя. Это более чем целесообразно, так как основные сделки, направленные на пользование чужой вещью (аренда, ссуда), имеют эффект следования (см., например, ст. 617 ГК РФ), т.е. будут иметь эффект против третьих лиц – покупателей предмета залога при обращении на него взыскания. Указанные обстоятельства могут рассматриваться как снижающие ценность предмета залога (например, когда значительная часть арендной платы уже была уплачена вперед залогодателю).

3.2. Законом может быть установлен иной режим передачи предмета залога в пользование третьим лицам. Например, Законом об ипотеке (п. 3 ст. 40 Закона) установлено, что предоставление предмета ипотеки в аренду на срок, превышающий срок исполнения обеспеченного обязательства, возможно только с согласия залогодержателя. Последствием нарушения этого правила будет возможность залогодержателя оспорить соответствующую сделку (см. ст. 157¹, 173¹ ГК РФ).

4. Некоторую защиту интересов залогодержателя в случае заключения сделок с заложенным имуществом без необходимого согласия залогодержателя обеспечивают нормы комментируемого пункта, в соответствии с которыми все права по сделкам, заключенным залогодателем без согласия залогодержателя (если такое требуется в соответствии с договором или законом), прекращаются в момент обращения взыскания (судебного или внесудебного) на предмет залога. Тем самым залогодержатель или третье лицо – приобретатель предмета залога на торгах или иной процедуре реализации предмета залога – освобождается от необходимости обращаться в суд с иском о расторжении договоров о пользовании предметом залога или об оспаривании этих договоров по ст. 173¹ ГК РФ.

4.1. Эта новелла основана на идее, отраженной в Законе об ипотеке (п. 2 ст. 40 Закона в редакции 2008 г.). При этом считается, что права арендаторов и иные подобные права при отчуждении предмета залога в порядке обращения взыскания сохраняются, если только приобретатель предмета залога (например, покупатель имущества на торгах заложенным имуществом, на которое было обращено взыскание) не выразит свою волю, направленную на прекращение таких прав.

Любопытно, что момент обращения взыскания в судебном порядке (вступление в силу решения суда об обращении взыскания) и момент приобретения третьим лицом права собственности на имущество, бывшее предметом залога, могут различаться во времени, причем довольно существенно. По всей видимости, норму ГК РФ о возможности приобретателя не согласиться с сохранением прав третьих лиц в отношении предмета залога следует понимать в том смысле, что права третьих лиц (например арендаторов) в отношении предмета залога, установленные в отсутствие согласия залогодержателя, существуют до тех пор, пока новый собственник предмета залога не отменит в разумный срок их своим односторонним волеизъявлением.

4.2. Процедурные аспекты, связанные с применением комментируемой нормы, можно обнаружить в п. 22 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10, положения которого в отношении ипотеки можно применять по аналогии и к движимости. В частности, при рассмотрении судом требования об обращении взыскания на заложенное имущество арендаторы заложенного имущества и иные лица, обладающие правами, указанными в п. 4 ст. 346 ГК РФ, привлекаются к участию в деле по ходатайству стороны или по инициативе суда в качестве третьих

лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, на стороне ответчика.

В случае обращения взыскания на предмет залога — недвижимое имущество во внесудебном порядке залогодержатель или приобретатель должны приложить к заявлению о государственной регистрации перехода права собственности доказательства, подтверждающие уведомление арендатора (иных правообладателей) о факте обращения взыскания на заложенное имущество и являющиеся основанием для погашения записей о праве аренды и иных правах, названных в ст. 40 Закона об ипотеке. При непредставлении залогодержателем (приобретателем) таких документов ему может быть отказано в погашении записей о правах, указанных в п. 2 ст. 40 Закона об ипотеке.

4.3. Норма п. 4 комментируемой статьи подлежит применению также в случае, если договор аренды (или иной договор о пользовании предметом залога) заключается сторонами во исполнение предварительного договора аренды, заключенного ранее, чем договор залога. Президиум ВАС РФ, разрешая похожий спор, счел, что требование о понуждении к заключению основного договора аренды, предъявленное в суд, не подлежит удовлетворению, если залогодержатель, привлеченный к участию в деле, выразит несогласие с заключением основного договора аренды (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2012 г. № 6616/12).

5. В случае если предметом залога владеет залогодержатель, плоды и доходы, извлекаемые из пользования предметом залога, принадлежат залогодателю (ст. 136 ГК РФ); иное может быть установлено договором или законом. Извлечение плодов и доходов по общему правилу является правом залогодержателя. Полученные плоды и доходы подлежат выдаче залогодателю или их стоимость может быть зачтена в счет долга должника. Подобная конструкция хорошо известна классическому залоговому праву под названием «антихрез».

5.1. Залогодержатель, владеющий предметом залога, может быть в соответствии с условиями договора обязан эксплуатировать предмет залога таким образом, чтобы он приносил плоды и доходы.

В этом случае залогодержатель обязан прилагать усилия, которые приложил бы средний разумный участник оборота для извлечения плодов и доходов. Нарушение этого стандарта поведения будет означать нарушение обязательства, возникающего из договора залога, и влечь за собой ответственность перед залогодателем за причиненные убытки; соответствующая сумма может быть зачтена в счет долга залогодателя — должника по обеспеченному залогом обязательству.

Статья 347. Защита залогодержателем своих прав на предмет залога

1. С момента возникновения залога залогодержатель, у которого находилось или должно было находиться заложенное имущество, вправе истребовать его из чужого незаконного владения, в том числе из владения залогодателя.

2. В случаях, если залогодержателю предоставлено право пользоваться переданным ему предметом залога, он может требовать от других лиц, в том числе от залогодателя, устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения.

Залогодержатель также вправе требовать освобождения заложенного имущества от ареста (исключения его из описи) в связи с обращением на него взыскания в порядке исполнительного производства.

Комментарий

1. Комментируемый пункт, дающий залогодержателю право истребовать заложенную вещь из чужого незаконного владения, подлежит применению к случаям заклада, т.е. к ситуациям, когда в соответствии с договором залога владение вещью было передано или должно быть передано залогодержателю.

Кроме того, эта норма может быть применена и при обычном непосессорном залоге движимости в ситуациях, когда залогодержатель обратил взыскание на предмет залога, тот был ему передан для дальнейшей реализации, но впоследствии предмет залога выбыл из владения залогодержателя (например, был украден или отобран у залогодержателя), либо когда в описанной ситуации вещь, которая должна быть передана залогодержателю в процессе обращения взыскания, оказалась во владении третьих лиц.

1.1. При рассмотрении вопроса об истребовании залогодержателем предмета залога, подлежащего передаче залогодержателю, но неправомерно отчужденного залогодателем третьим лицам, должны применяться положения о защите добросовестного покупателя предмета залога (подп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ), а не нормы о добросовестном приобретателе (например, ст. 302 ГК РФ в отношении виндикации вещей). Это связано с тем, что положения ст. 302 ГК РФ регулируют ситуацию, в которой лицо приобретает имущество от того, кто не является его собственником. В случае же с истребованием имущества, которое находится в залоге, покупатель приобретает имущество от собственника-залогодателя (либо его правопреемника). В то же время если вещь отчуждена не самим залогодателем, а иным лицом (тем, кто украл у залогодателя предмет заклада или получил эту вещь от залогодателя в аренду или на хранение), а также если вещь выбыла из владения залогодержателя, к иску залогодержателя к владельцу предмета применяется ст. 302 ГК РФ.

Иск же об истребовании залогодержателем вещи у самого залогодателя, упомянутый в комментируемой норме, является иском об исполнении обязательства в натуре (ст. 308³ и ст. 398 ГК РФ).

1.2. Право истребовать имущество возникает у залогодержателя с момента возникновения залога (ст. 341 ГК РФ). При этом если речь идет об истребовании предмета залога — движимой вещи, то подлежат учету также положения абз. 3 п. 4 ст. 339¹ ГК РФ о том, что в отношениях с третьими лицами залогодержатель может ссылаться на залоговое право лишь при наличии учетной регистрации залога, за исключением случаев, когда третье лицо знало или должно было знать о существовании залога ранее этого.

1.3. Законом об ипотеке (ст. 33) установлены особые правила, регулирующие защиту права залогодержателя недвижимого имущества. Так, в соответствии с п. 3 указанной статьи он имеет самостоятельное право на истребование предмета залога из незаконного владения третьих лиц для передачи во владение залогодателю. Истребование недвижимости по иску залогодержателя направлено на передачу владения залогодателю, так как залогодержатель недвижимости практически никогда не осуществляет владение предметом залога.

Может ли таким же образом поступить залогодержатель, не претендующий на владение предметом залога и не имеющий основания требовать его передачи для обращения взыскания, при залоге движимости, является вопросом дискуссионным. Из текста комментируемой статьи это не следует.

2. Залогодержателю, владеющему предметом залога, принадлежит также право на заявление негаторного иска.

2.1. Когда предметом залога является недвижимое имущество и владение им осуществляет залогодатель, залогодержатель имеет право либо присоединиться к негаторному иску залогодателя, либо (в случае если залогодатель не предъявляет такой иск) предъявить самостоятельный негаторный иск к нарушителю (п. 1 и 2 ст. 33 Закона об ипотеке). В этом случае тот факт, что залогодержатель не владеет предметом залога, значения не имеет.

2.2. Второй абзац п. 2 комментируемой статьи о праве залогодержателя требовать освобождения предмета залога от ареста должен применяться с учетом положений п. 5 ст. 334 ГК РФ о залоге, возникающем из судебного ареста. Следовательно, если арест был наложен по денежным требованиям других кредиторов залогодателя, то залогодержатель не имеет права требовать исключения предмета залога из ареста. Его интересы обеспечиваются тем, что он будет считаться старшим залогодержателем по отношению к кредиторам, по требованию которых заложенное имущество было впоследствии арестовано.

Если арест наложен по требованиям о передаче вещи на основании ст. 398 ГК РФ или норм гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении, арест тоже не может быть снят в силу того, что отчуждение прав на данную вещь не прекратит права залога в силу ст. 353 ГК РФ.

Где же эта норма может применяться? Представляется, что такая защита залогодержателя возможна только в случае, если арест был наложен в рамках виндикации, реституции или иных подобных исков, основанных на оспаривании права залогодателя на имущество. В силу положений п. 2 ст. 335 ГК РФ о защите добросовестного залогодержателя вполне может оказаться, что залогодатель не являлся собственником заложенного имущества, но залог сохранится даже при виндикации или реституции, если будет доказано, что залогодержатель не знал и не мог знать о том, что залогодатель не обладает правом собственности на заложенное имущество, и оно выбыло из владения собственника не против его воли (см. подробнее комментарий к п. 2 ст. 335 ГК РФ). Залогодержатель может войти в спор собственника и залогодателя и потребовать снятия ареста, если такой арест препятствует ему обратиться взыскание на предмет залога.

Статья 348. Основания обращения взыскания на заложенное имущество

1. Взыскание на заложенное имущество для удовлетворения требований залогодержателя может быть обращено в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства.

2. Обращение взыскания на заложенное имущество не допускается, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоизмерен стоимости

заложенного имущества. Если не доказано иное, предполагается, что нарушение обеспеченного залогом обязательства незначительно и размер требований залогодержателя явно несоразмерен стоимости заложенного имущества при условии, что одновременно соблюдены следующие условия:

1) сумма неисполненного обязательства составляет менее чем пять процентов от размера стоимости заложенного имущества;

2) период просрочки исполнения обязательства, обеспеченного залогом, составляет менее чем три месяца.

3. Если договором залога не предусмотрено иное, обращение взыскания на имущество, заложенное для обеспечения обязательства, исполняемого периодическими платежами, допускается при систематическом нарушении сроков их внесения, то есть при нарушении сроков внесения платежей более чем три раза в течение двенадцати месяцев, предшествующих дате обращения в суд или дате направления уведомления об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке, даже при условии, что каждая просрочка незначительна.

4. Должник и являющийся третьим лицом залогодатель вправе прекратить в любое время до реализации предмета залога обращение на него взыскания и его реализацию, исполнив обеспеченное залогом обязательство или ту его часть, исполнение которой просрочено. Соглашение, ограничивающее это право, ничтожно.

Комментарий

1. Процедура обращения взыскания является первой стадией принудительного удовлетворения залогового кредитора из стоимости заложенного имущества. Она заключается в констатации компетентным лицом (судом, нотариусом или самим кредитором) факта нарушения должником обеспеченного обязательства и наличия у залогодержателя права удовлетвориться из стоимости заложенного имущества при помощи того способа реализации предмета залога, который установлен законом или предусмотрен договором. В зависимости от того, кто имеет право обращать взыскание на предмет залога, выделяют судебную и две внесудебных формы обращения взыскания (кредиторскую и нотариальную).

1.1. По общему правилу взыскание обращается в судебном порядке (п. 1 ст. 349 ГК РФ) при условии, что должник допустил «неисполнение или ненадлежащее исполнение обеспеченного залогом обязательства» (п. 1 ст. 348 ГК РФ).

При этом не требуется, чтобы нарушение было таковым, за которое должник отвечает (см. прежнюю редакцию п. 1 ст. 348 ГК РФ). Иными словами, нет никакой связи между правом залогодержателя обратиться взыскание на залог и изъять обещанную ему стоимость заложенной вещи и наличием оснований для привлечения должника к ответственности (вина, отсутствие непреодолимой силы). Это совершенно верное решение, так как вопрос о вине обсуждается только в случае, когда должник привлекается к гражданско-правовой ответственности (убытки, неустойки и проч.). Залог же в первую очередь обеспечивает договорный долг, который присуждается кредитору вне зависимости от того, виновен или не виновен должник в нарушении обязательства.

В то же время если залог обеспечивал исключительно обязательство по возмещению убытков или уплате неустойки и не обеспечивал основное обязательство (что, впрочем, встречается крайне редко), то при отсутствии вины должника или иных

оснований ответственности по ст. 401 ГК РФ в нарушении основного обязательства не возникает и обязательство по уплате соответствующих штрафных санкций, а следовательно, нет оснований обращаться взыскание на залог.

1.2. Для обращения взыскания на предмет залога нет необходимости иметь подтверждение просрочки должника в виде вынесенного в пользу кредитора, но не исполненного судебного акта.

1.3. Более того, комментируемый пункт не обязывает кредитора предъявлять одновременно иск о взыскании долга и иск об обращении взыскания на предмет залога, причем законодатель не делает исключение для случая, когда должником по обеспеченному обязательству выступает не залогодатель, а иное лицо.

Это означает, что в процессе против залогодателя — третьего лица кредитор должен доказать факт неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства. Спрашивается, может ли залогодатель возражать против этого утверждения истца, опровергать его какими-либо доказательствами? Разумеется, ведь в этом и суть позиции ответчика-залогодателя: доказать, что основания для обращения взыскания на залог отсутствуют. Кроме того, не должно быть особых сомнений в том, что должник все-таки должен участвовать в деле об обращении взыскания в качестве третьего лица (см. второе предложение п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10: «...по ходатайству залогодателя, залогодержателя или по инициативе суда к участию в деле об обращении взыскания на заложенное имущество в качестве третьего лица привлекается должник по обеспеченному залогом обязательству, поскольку удовлетворение требования залогодержателя к должнику за счет имущества залогодателя является основанием для перехода к залогодателю прав кредитора по обеспеченному залогом обязательству (статья 387 ГК РФ)»).

В подавляющем большинстве случаев залогодатель и должник сотрудничают между собой, и потому залогодатель располагает документами и доказательствами, которые позволят ему опровергнуть утверждение залогодержателя о наличии основания для обращения взыскания. Однако вероятна ситуация, когда даже привлеченный к участию в деле в качестве третьего лица должник ведет себя пассивно и не представляет возражения против иска об обращении взыскания. Залогодатель, который исполнил обязательство за должника, имеет возможность, будучи новым кредитором по обязательству, предъявить иск к должнику (см. ст. 387 ГК РФ, применяемую в ситуации залога от третьего лица в силу п. 1 ст. 335 ГК РФ). Возможно ли в такой ситуации представление должником тех возражений, которые он мог выдвинуть против первоначального кредитора?

Представляется, что должник такого права должен быть лишен, так как имеется вступивший в законную силу судебный акт по делу, в котором участвовал должник (пусть и в качестве третьего лица) (ч. 2 ст. 69 АПК РФ), где констатируется просрочка должника.

Более сложной является ситуация, когда по каким-то причинам должник не был привлечен к участию в деле. В таком случае преюдициальным действием судебный акт по спору об обращении взыскания на предмет залога в отношении должника не обладает, следовательно, и он может предъявить залогодателю, исполнившему обязательство, возражения, имевшиеся у него против первоначального кредитора.

Это допускал и ВАС РФ. Во втором предложении абз. 2 п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10 подчеркивается, что обстоятельства,

установленные вступившим в законную силу судебным актом по делу об обращении взыскания, учитываются при рассмотрении судом другого дела, предметом которого являются отношения должника по основному обязательству и залогодателя, к которому на основании ст. 387 ГК РФ перешли права кредитора по обеспеченному залогом обязательству. Если суд придет к иным выводам, нежели содержащиеся в судебном акте по делу об обращении взыскания на предмет залога, он должен указать соответствующие мотивы.

При этом, однако, следует помнить, что в соответствии с п. 1 ст. 335 ГК РФ к отношениям залогодателя и должника могут быть применены правила о поручительстве, в том числе о возражениях должника против требования поручителя, которые не были сообщены должником лицу, предоставившему обеспечение (ст. 366 ГК РФ).

1.4. Одной из причин, по которым залогодержатели отстаивают в судах свое право на предъявление иска об обращении взыскания на предмет залога без возбуждения судебного спора по обязательству, обеспеченному залогом, является (наряду с желанием предъявить иск к залогодателю — юридическому лицу, предоставившему залог в обеспечение долга физического лица, в арбитражный суд, а не в суд общей юрисдикции) желание сэкономить на государственной пошлине.

Понятно, что требование о взыскании по обязательству следует оплачивать как требование имущественного характера. Однако и требование об обращении взыскания на предмет залога по своей сути также является имущественным, оно также подлежит оплате пошлиной как требование имущественного характера. В итоге получится, что кредитор, требующий от государства подтверждения своего притязания и принудительного его удовлетворения, будет вынужден фактически оплатить это требование дважды. Экономически это требование является единым, хотя юридически и распадается на основное (к должнику) и дополнительное (к залогодателю). Для преодоления этой явно несправедливой ситуации Президиум ВАС РФ в Информационном письме от 28 января 2005 г. № 90 (п. 16) сформулировал пусть не безупречную с доктринальной точки зрения, но сбалансированную позицию: если требование о взыскании долга соединяется с требованием об обращении взыскания (либо требование об обращении взыскания предъявляется позже), то первое требование оплачивается как имущественное, а второе — как неимущественное (т.е. пошлина будет крайне незначительная).

В Постановлении Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10, как уже упоминалось, допускается предъявление иска об обращении взыскания на предмет залога вообще без предъявления требования по обязательству. Однако в связи с этим потребовалось и специальное решение вопроса о государственной пошлине по такому иску. В первом предложении абз. 3 п. 9 Постановления подтверждается подход, принятый ранее в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 28 января 2005 г. № 90. Во втором предложении этого же абзаца содержится такой вывод: «Требование залогодержателя об обращении взыскания на предмет залога, предъявляемое до обращения в суд с иском об исполнении основного обязательства, оплачивается государственной пошлиной как заявление имущественного характера. При этом цена иска определяется размером исполнения, на которое претендует залогодержатель за счет заложенного имущества».

2. ГК РФ сохранил нормы о критериях соразмерности стоимости предмета залога размеру долга и периоду просрочки: в п. 2 ст. 348 ГК РФ по-прежнему пре-

дусмотрено, что требование кредитора об обращении взыскания на предмет залога не подлежит удовлетворению как несоразмерное, в случае если сумма долга меньше 5% стоимости предмета залога, а период просрочки — меньше трех месяцев.

Несмотря на то что эти правила довольно грубы, в современных российских условиях они являются скорее полезными, чем вредными. Дело в прежней практике, когда суды отклоняли требования залогодержателей об обращении взыскания на заложенное имущество со ссылкой на несоразмерность обеспечения, хотя зачастую стоимость обеспечения превышала сумму долга незначительно; кроме того, встречались и совсем экзотические отсылки к идее о несоразмерности залога — например, несоразмерность обсуждалась сквозь призму социальной значимости заложенного объекта и т.п. (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 6 сентября 2011 г. № 4836/11).

2.1. Правила о несоразмерности не являются жесткими, они лишь устанавливают презумпции, которые могут быть опровергнуты в суде (см. второе предложение п. 1 ст. 348 ГК РФ: «Если не доказано иное, предполагается, что нарушение обеспеченного залогом обязательства незначительно и размер требований залогодержателя явно несоразмерен стоимости заложенного имущества при условии...»).

2.2. При этом при применении настоящей статьи следует учитывать специфику залога делимого имущества. Если объем заложенного имущества значительно превышает размер обеспеченного долга, это само по себе не должно блокировать право залогодержателя обратиться взыскание не на все заложенное имущество, а на меньшую его часть, которая соответствует размеру долга. Например, если в обеспечение долга заложен небольшой пакет акций публичной компании и к моменту возникновения оснований для обращения взыскания сумма просроченного долга ниже указанного порога (например, 4% от стоимости всего пакета акций), ничто не мешает залогодержателю обратиться взыскание на соответствующую часть заложенных акций.

2.3. Нормы о несоразмерности являются диспозитивными, это следует как из общего смысла соответствующих положений, так и из того соображения, что норма п. 3 ст. 348 ГК РФ, устанавливающая специфику определения несоразмерности для требований, которые исполняются периодическими платежами, прямо названа диспозитивной.

Разумеется, резкое «антизалогодательское» изменение в договоре правил о несоразмерности может быть оценено с точки зрения п. 1 ст. 10 или ст. 428 ГК РФ как злоупотребление свободой договора и несправедливое договорное условие и отвергнуто судом с учетом конкретных обстоятельств заключения договора.

3. В ходе реформы сохранилась и другая норма о принципе соразмерности: по требованию, исполняемому периодическими платежами, залогодержатель вправе обратиться взыскание в случае наличия четырех просрочек в течение предшествующих двенадцати месяцев, даже при условии, что каждая просрочка незначительна (п. 3 ст. 348 ГК РФ).

Законодатель прямо указывает, что норма является диспозитивной и может быть изменена соглашением сторон.

4. Начавшаяся процедура обращения взыскания на предмет залога может быть прекращена в любое время исполнением обеспеченного долга должником либо

залогодателем — третьим лицом. Законодатель устанавливает, что соглашение, ограничивающее это право, является ничтожным. Это подчеркивает императивный характер нормы п. 4 ст. 348 ГК РФ.

4.1 Залогодатель, не согласный с тем, что залогодержатель начал процедуру обращения взыскания (например, в связи с тем, что отсутствует просрочка или в силу нарушения принципа соразмерности), в зависимости от того, какая модель обращения взыскания была заложена в договоре (судебная, нотариальная или кредиторская), вправе либо возражать в суде при рассмотрении дела об обращении взыскания, либо заявить нотариусу о погашении долга (ст. 94³ Основ законодательства о нотариате). В случае если залогодержатель неосновательно обращает взыскание самостоятельно (и предмет залога находится в его владении), то залогодатель вправе предъявить иск о пресечении действий по обращению взыскания и реализации заложенного имущества (абз. 3 ст. 12 ГК РФ, см. также п. 20 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10).

Статья 349. Порядок обращения взыскания на заложенное имущество

1. Обращение взыскания на заложенное имущество осуществляется по решению суда, если соглашением залогодателя и залогодержателя не предусмотрен внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество.

Если соглашением сторон предусмотрен внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество, залогодержатель вправе предъявить в суд требование об обращении взыскания на заложенное имущество. В этом случае дополнительные расходы, связанные с обращением взыскания на заложенное имущество в судебном порядке, возлагаются на залогодержателя, если он не докажет, что обращение взыскания на предмет залога или реализация предмета залога в соответствии с соглашением о внесудебном порядке обращения взыскания не были осуществлены в связи с действиями залогодателя или третьих лиц.

При обращении взыскания и реализации заложенного имущества залогодержателем и иными лицами должны быть приняты меры, необходимые для получения наибольшей выручки от продажи предмета залога. Лицо, которому причинены убытки неисполнением указанной обязанности, вправе потребовать их возмещения.

2. Удовлетворение требования залогодержателя за счет заложенного имущества без обращения в суд (во внесудебном порядке) допускается на основании соглашения залогодателя с залогодержателем, если иное не предусмотрено законом.

3. Взыскание на предмет залога может быть обращено только по решению суда в случаях, если:

предметом залога является единственное жилое помещение, принадлежащее на праве собственности гражданину, за исключением случаев заключения после возникновения оснований для обращения взыскания соглашения об обращении взыскания во внесудебном порядке;

предметом залога является имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества;

залогодатель — физическое лицо в установленном порядке признано безвестно отсутствующим;

заложенное имущество является предметом предшествующего и последующего залогов, при которых применяются разный порядок обращения взыскания на предмет залога или разные способы реализации заложенного имущества, если соглашением между предшествующим и последующим залогодержателями не предусмотрено иное;

имущество заложено в обеспечение исполнения разных обязательств нескольким залогодержателям, за исключением случая, когда соглашением всех созалогодержателей с залогодателем предусмотрен внесудебный порядок обращения взыскания.

Законом могут быть предусмотрены иные случаи, в которых обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке не допускается.

Соглашения, заключенные с нарушением требований настоящего пункта, ничтожны.

4. Стороны вправе включить условие о внесудебном порядке обращения взыскания в договор залога.

5. Соглашение об обращении взыскания во внесудебном порядке на заложенное имущество должно быть заключено в той же форме, что и договор залога этого имущества.

6. Обращение взыскания на предмет залога по исполнительной надписи нотариуса без обращения в суд допускается в порядке, установленном законодательством о нотариате и законодательством Российской Федерации об исполнительном производстве, в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства, если договор залога, содержащий условие об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке, удостоверен нотариально.

7. Соглашение об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке должно содержать указание на один способ или несколько способов реализации заложенного имущества, предусмотренных настоящим Кодексом, а также стоимость (начальную продажную цену) заложенного имущества или порядок ее определения.

В случае, если соглашение об обращении взыскания на заложенное имущество предусматривает несколько способов реализации заложенного имущества, право выбора способа реализации принадлежит залогодержателю при условии, что соглашением не предусмотрено иное.

8. Если обращение взыскания на заложенное имущество осуществляется во внесудебном порядке, залогодержатель или нотариус, который производит обращение взыскания на заложенное имущество в порядке, установленном законодательством о нотариате, обязан направить залогодателю, известным им залогодержателям, а также должнику уведомление о начале обращения взыскания на предмет залога.

Реализация заложенного имущества допускается не ранее чем через десять дней с момента получения залогодателем и должником уведомления залогодержателя или нотариуса, если иной срок не предусмотрен законом, а также если больший срок не предусмотрен соглашением между залогодержателем и залогодателем. В случаях, предусмотренных банковским законодательством, реализация заложенного движимого имущества может быть осуществлена до истечения указанного срока при существенном риске значительного снижения стоимости предмета залога по сравнению с ценой реализации (начальной продажной ценой), указанной в уведомлении.

Комментарий

1. Как уже упоминалось выше, законодатель сохранил три модели обращения взыскания на заложенное имущество: судебную, внесудебную кредиторскую и внесу-

дебную нотариальную. Соответственно, компетентными лицами, имеющими право обращать взыскание¹, являются суд, сам кредитор или нотариус. Если сторонами договора залога не выбран внесудебный порядок обращения взыскания, то будет действовать общий судебный порядок обращения взыскания путем предъявления соответствующего иска залогодержателя к залогодателю.

1.1. Если соглашением сторон предусмотрен внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество, залогодержатель, тем не менее, все же вправе воспользоваться судебным порядком обращения взыскания, т.е. предъявить в суд требование об обращении взыскания на заложенное имущество. Например, это возможно в том случае, если по каким-то причинам нотариус откажет в совершении исполнительной надписи или залогодатель будет уклоняться от выдачи предмета залога для целей его продажи при внесудебной кредиторской модели обращения взыскания.

Однако в этом случае дополнительные расходы, связанные с обращением взыскания на заложенное имущество в судебном порядке, вне зависимости от исхода процесса возлагаются на залогодержателя. Исключение составляет случай, если залогодержатель докажет, что обращение взыскания на предмет залога или реализация предмета залога в соответствии с соглашением о внесудебном порядке обращения взыскания не были осуществлены в связи с действиями залогодателя или третьих лиц (см. абз. 2 п. 1 ст. 349 ГК РФ).

1.2. Еще одна интересная норма содержится в абз. 3 п. 1 ст. 349 ГК РФ: залогодатель устанавливает, что при обращении взыскания и при реализации заложенного имущества залогодержателем и иными лицами должны быть приняты меры, необходимые для получения наибольшей выручки от продажи предмета залога. Лицо, которому причинены убытки неисполнением указанной обязанности, вправе потребовать их возмещения. Эта норма является проявлением общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ), в частности, обязанности действовать добросовестно при реализации гражданских прав².

2. Для того чтобы задействовать одну из двух внесудебных моделей обращения взыскания (кредиторскую или нотариальную), залогодержатель и залогодатель должны достичь специального соглашения об этом.

3. Внесудебное обращение взыскания в силу комментируемого пункта не допускается в следующих случаях:

(а) предметом залога является *единственное* жилое помещение, принадлежащее на праве собственности *гражданину*, за исключением случаев заключения согла-

¹ Необходимо различать залоговое обращение взыскания в том значении, в котором этот термин понимается в залоговом праве, и обращение взыскания в смысле законодательства об исполнительном производстве: последнее под обращением взыскания понимает опись, изъятие и продажу имущества должника.

² См. п. 4 ст. IX-7:103 Модельных правил европейского частного права («Принудительная реализация предмета залога должна быть осуществлена наиболее коммерчески оправданным образом и (если такое возможно) в сотрудничестве с лицом, представившим обеспечение, а также иными вовлеченными третьими лицами») и п. 1 ст. IX-7:112 («Предмет обеспечения должен быть реализован кредитором по коммерчески оправданной цене»).

шения о внесудебном обращении взыскания после возникновения оснований для обращения взыскания¹;

(б) предметом залога является имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества;

(в) залогодатель — физическое лицо в установленном порядке признано безвестно отсутствующим;

(г) заложенное имущество является предметом предшествующего и последующего залогов, при которых применяются разный порядок обращения взыскания на предмет залога или разные способы реализации заложенного имущества, если соглашением между предшествующим и последующим залогодержателями не предусмотрено иное;

(д) имущество заложено в обеспечение исполнения разных обязательств нескольким залогодержателям, за исключением случая, когда соглашением всех созалогодержателей с залогодателем предусмотрен внесудебный порядок обращения взыскания.

3.1. Законом могут быть предусмотрены иные случаи, в которых обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке не допускается. Так, например, такие случаи содержатся в Законе об ипотеке (см. п. 5 ст. 55 Закона об ипотеке) и связаны в первую очередь с публично-правовыми режимами соответствующих земельных участков. Возможные расхождения в деталях этих ограничений (например, Закон об ипотеке полностью запрещает внесудебное обращение взыскания на жилое помещение гражданина, а ГК РФ допускает такое обращение взыскания при условии, что соглашение об этом было заключено после возникновения оснований для обращения взыскания) должны толковаться в пользу норм ГК РФ как закона более позднего (см. подробнее комментарий к п. 4 ст. 334 ГК РФ).

3.2. Все указанные ограничения внесудебного обращения взыскания являются императивными, что подчеркивается оговоркой о ничтожности соглашений, их нарушающих.

3.3. В случае если в момент заключения договора залога оснований для ограничения внесудебного обращения взыскания не было, но они появились впоследствии, то соответствующие положения договора залога о порядке обращения взыскания на предмет залога не применяются и взыскание должно быть обращено судом.

Однако это не исключает возможность применения тех способов реализации предмета залога, которые стороны выбрали в своем соглашении, как способа удовлетворения требований кредитора.

4. Соглашение о внесудебном порядке обращения взыскания может представлять собой одно из условий договора залога.

Однако такое соглашение может существовать и в форме самостоятельного документа. Последнее особенно актуально в случае, если соглашение о внесудебном порядке обращения взыскания на предмет залога заключается залогодателем и залогодержателем по залогу, который возникает в силу закона.

5. В случае если соглашение о внесудебном обращении взыскания заключается в форме отдельного документа, законодатель требует, чтобы была соблюдена та же

¹ Ранее это ограничение было более широким — не допускалось обращение взыскания на любое жилое помещение.

форма, которая установлена для договора залога (например, простая письменная в форме единого документа или нотариальная). Но важное исключение из этого правила содержится в п. 6 комментируемой статьи.

Государственная регистрация не является формой сделки, и, кроме того, закон сейчас не требует государственной регистрации договора залога (будь то ипотека или залог исключительных прав), вместо этого регистрируется право залога как обременение. Из этого следует, что соглашение о внесудебном обращении взыскания само по себе государственной регистрации не подлежит.

6. В случае если стороны желают выбрать нотариальную модель обращения взыскания (преимуществом которой является возможность принудительного исполнения путем учинения нотариусом исполнительной надписи на договоре залога и последующего возбуждения приставом исполнительного производства), то договор залога, содержащий такое условие, должен быть нотариально удостоверен (п. 6 ст. 349 ГК РФ).

Исходя из телеологического толкования нормы, можно прийти к выводу о том, что то же касается случая, когда залогодатель и залогодержатель по залогу, возникающему в силу закона, заключают между собой соглашение о внесудебном порядке обращения взыскания, предусматривающее нотариальное обращение взыскания; такое соглашение также должно быть нотариально удостоверено.

6.1. Если договор залога предусматривает кредиторскую модель обращения взыскания (когда уведомление об обращении взыскания направляет залогодателю сам кредитор), то следует помнить, что принудительная реализация залогодержателем своих прав на удовлетворение из стоимости заложенного имущества будет невозможна, так как исполнительным документом является только исполнительная надпись нотариуса.

Следовательно, залогодержатель без опасений может выбирать эту модель обращения взыскания лишь тогда, когда ему заведомо не понадобится помощь публичной власти в реализации предмета залога, например, в случае заклада (т.е. когда предмет залога находится во владении залогодержателя и ему не нужен пристав для принудительного изъятия заложенной вещи у залогодержателя) либо приравненных к нему ситуаций¹. В остальных случаях сторонам, желающим установить внесудебный порядок обращения взыскания, стоит прибегать к нотариальному удостоверению соглашения и предусматривать в нем обращение взыскания посредством исполнительной надписи нотариуса.

6.2. Порядок учинения исполнительной надписи нотариуса предусмотрен гл. XIV¹ Основ законодательства о нотариате, в которой довольно подробно описаны детали процедуры обращения взыскания нотариусом на предмет залога. Она заключается в представлении залогодержателем нотариусу требования о совершении исполнительной надписи и необходимых документов, его подтверждающих; в предложении нотариусом должнику исполнить обеспеченное обязательство; в совершении исполнительной надписи.

При этом следует обратить внимание на то, что существуют всего лишь два основания для отказа в совершении надписи: (1) представление должником документов,

¹ Судебная практика признала ситуацией, аналогичной по своему эффекту закладу, случай залога бездокументарных акций банку, который одновременно осуществлял для залогодателя депозитарный учет его прав на эти бумаги (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2012 г. № 15085/11).

подтверждающих факт исполнения обеспеченного залогом обязательства, отсутствие оснований для обращения взыскания на заложенное имущество или наличия оснований, по которым обращение взыскания не допускается; (2) представление залогодателем доказательств исполнения обеспеченного залогом обязательства или принятие судом, арбитражным судом обеспечительных мер в отношении заложенного имущества (ст. 94⁴ Основ законодательства о нотариате).

В силу ст. 12 Закона об исполнительном производстве исполнительная надпись нотариуса является документом, который подлежит принудительному исполнению силами ФССП России, т.е. имеет тот же принудительный эффект, что и выданный судом исполнительный лист. На основании такой надписи приставы будут изымать у залогодателя заложенное имущество и обращать на него взыскание.

7. Существенными условиями соглашения об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке являются указание на способ реализации предмета залога (он может быть один, или же стороны могут указать одновременно несколько возможных способов реализации заложенного имущества), а также стоимость (начальную продажную цену) заложенного имущества или порядок ее определения. Последнее условие необходимо для того, чтобы зафиксировать цену, с которой начинаются частные торги заложенным имуществом, либо цену, по которой залогодержатель будет оставлять в собственность предмет залога. Если такие условия в отдельном соглашении о внесудебном порядке обращения взыскания не согласованы, то такое соглашение не заключено (ст. 432 ГК РФ). Если эти параметры не определены в условиях договора залога, то соответствующее положение договора залога о внесудебном порядке обращения взыскания не считается согласованным, и договор действует в остальной части, подчиняясь общим правилам о судебном порядке обращения взыскания.

7.1. Соответственно, несмотря на то что оценка залога более не является существенным условием договора залога (ст. 339 ГК РФ) и ее отсутствие не влечет признание договора незаключенным, указание в договоре залога стоимости заложенного имущества (или порядка ее определения) является необходимым условием для соглашения о внесудебном порядке обращения взыскания.

7.2. В случае если соглашение об обращении взыскания на заложенное имущество предусматривает несколько способов реализации заложенного имущества, право выбора способа реализации принадлежит залогодержателю при условии, что соглашением не предусмотрено иное.

8. Внесудебное обращение взыскания осуществляется путем направления кредитором или нотариусом уведомления залогодателю, должнику (если последний не совпадает с залогодателем), известным иным залогодержателям об обращении взыскания на предмет залога. К этому извещению подлежат применению правила ГК РФ о гражданско-правовых извещениях (ст. 165¹ ГК РФ). После получения извещения должник или залогодатель – третье лицо могут остановить процедуру обращения взыскания, исполнив обеспеченное залогом обязательство.

8.1. По истечении десяти дней (если больший срок не установлен соглашением залогодателя и залогодержателя) после направления уведомления взыскание считается обращенным, и залогодержатель вправе перейти к следующей стадии при-

нудительного удовлетворения из стоимости заложенного имущества — реализации предмета залога.

8.2. Однако из особенностей предмета залога может вытекать право залогодержателя приступить к реализации предмета залога до истечения указанных десяти дней. В первую очередь это касается случая, когда предметом залога является имущество, которое может чрезвычайно быстро ухудшиться. В этом случае быстрая продажа такого имущества будет способствовать защите не только интересов залогодержателя, но опосредованно — и залогодателя. Другой пример — это продажа ценных бумаг в случае, если в течение некоторого времени после обращения взыскания на них наблюдается падение стоимости ценных бумаг или имеются разумные основания предвидеть обвал цен в ближайшие дни, и в целях получения максимальной цены за заложенные бумаги залогодержатель примет решение о продаже их до истечения десятидневного срока.

Статья 350. Реализация заложенного имущества при обращении на него взыскания в судебном порядке

1. Реализация заложенного имущества, на которое взыскание обращено на основании решения суда, осуществляется путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном настоящим Кодексом и процессуальным законодательством, если законом или соглашением между залогодержателем и залогодателем не установлено, что реализация предмета залога осуществляется в порядке, установленном абзацами вторым и третьим пункта 2 статьи 350¹ настоящего Кодекса.

2. При обращении взыскания на заложенное имущество в судебном порядке суд по просьбе залогодателя, являющегося должником по обязательству, при наличии уважительных причин вправе отсрочить продажу заложенного имущества с публичных торгов на срок до одного года.

Отсрочка не освобождает должника от возмещения возросших за время отсрочки убытков кредитора, процентов и неустойки.

Комментарий

1. Реализация предмета залога — это второй этап принудительного удовлетворения залогодержателя из стоимости предмета залога, на котором происходит (по общему правилу) «превращение» предмета залога в денежную сумму, из которой удовлетворяется залогодержатель.

1.1. Каждой модели обращения взыскания на предмет залога соответствует свой способ реализации заложенного имущества. Так, если взыскание было обращено в судебном порядке, то способом реализации предмета залога по общему правилу является продажа его на публичных торгах в порядке, установленном законодательством (п. 1 ст. 350 ГК РФ).

1.2. Если же сторонами выбрана внесудебная нотариальная или кредиторская модель обращения взыскания, то предмет залога может быть реализован одним из следующих способов:

(а) продажа на частных торгах, организуемых залогодержателем либо любыми третьими лицами, указанными в договоре залога;

- (б) оставление залогодержателем предмета залога за собой (*lex commissoria*);
- (в) продажа залогодержателем предмета залога третьему лицу без проведения торгов.

Последние два способа реализации предмета залога возможны, если залогодатель — лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность.

1.3. Кроме того, в обновленном ГК РФ сохранилась одна из важнейших новелл, внесенных в залоговое право в 2012 г.: возможность сторон договора залога включить в него условие о реализации предмета залога, взыскание на которое было обращено судом, путем оставления за собой, продажи на частных торгах или прямой продажи третьему лицу (абз. 2 п. 1 ст. 339).

В этом случае лицом, констатирующим просрочку должника и наличие у залогодержателя права на удовлетворение из стоимости заложенной вещи, является суд, но способом реализации предмета залога будут не публичные торги, а частные торги, прямая продажа или оставление за собой, т.е. способы реализации, которые характерны для внесудебного порядка обращения взыскания. Таким образом, выстраивается любопытная «диагональ», отклоняющаяся от строго «вертикальных» моделей «обращение взыскания — реализация предмета залога».

В целом же соотношение способов обращения взыскания на предмет залога и способов его реализации можно изобразить следующим образом в таблице:

Способ обращения взыскания на залог	Судебное ↓	Внесудебное кредиторское ↓	Внесудебное нотариальное ↓
Способ реализации предмета залога	Публичные торги	Частные торги Прямая продажа Оставление за собой	Частные торги Прямая продажа Оставление за собой

Такая опция может быть полезна для практики. Она предоставляет возможность залогодержателю относительно быстро получить неоспоримое и обладающее возможностью принудительного исполнения (по сравнению с системой кредиторского обращения взыскания) подтверждение своей возможности удовлетвориться из стоимости заложенной вещи (вступившее в законную силу решение суда об обращении взыскания), а само удовлетворение требования к должнику осуществлять комфортными, заранее установленными в договоре залога способами реализации.

2. В п. 2 комментируемой статьи ГК РФ установлена норма, позволяющая суду по просьбе залогодателя, являющегося должником по обязательству, при наличии уважительных причин отсрочить продажу заложенного имущества с публичных торгов на срок до одного года. Такими уважительными причинами могут быть обстоятельства, которые связаны с тем, что по истечении времени предмет залога неизбежно подорожает; должник, используя предмет залога, сможет получить дополнительный доход, который будет направлен на погашение долга перед залогодержателем, и проч.

Отсрочка не освобождает должника от возмещения возросших за время отсрочки убытков кредитора, процентов и неустойки.

Статья 350¹. Реализация заложенного имущества при обращении на него взыскания во внесудебном порядке

1. В случае, если взыскание на заложенное имущество обращается во внесудебном порядке, его реализация осуществляется посредством продажи с торгов, проводимых в соответствии с правилами, предусмотренными настоящим Кодексом или соглашением между залогодателем и залогодержателем.

2. Если залогодателем является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, соглашением между залогодателем и залогодержателем может быть также предусмотрено, что реализация заложенного имущества осуществляется путем:

оставления залогодержателем предмета залога за собой, в том числе посредством поступления предмета залога в собственность залогодержателя, по цене и на иных условиях, которые определены указанным соглашением, но не ниже рыночной стоимости; продажи предмета залога залогодержателем другому лицу по цене не ниже рыночной стоимости с удержанием из вырученных денег суммы обеспеченного залогом обязательства.

В случае, если стоимость оставляемого за залогодержателем или отчуждаемого третьему лицу имущества превышает размер неисполненного обязательства, обеспеченного залогом, разница подлежит выплате залогодателю.

3. Если при обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке доказано нарушение прав залогодателя или наличие существенного риска такого нарушения, суд может прекратить по требованию залогодателя обращение взыскания на предмет залога во внесудебном порядке и вынести решение об обращении взыскания на предмет залога путем продажи заложенного имущества с публичных торгов (статья 350).

4. В целях реализации заложенного имущества залогодержатель вправе совершать необходимые для этого сделки, а также требовать передачи ему заложенного имущества залогодателем.

Если заложенная движимая вещь, оставленная у залогодателя, передана им во владение или в пользование третьему лицу, залогодержатель вправе потребовать от этого лица передачи ему предмета залога.

В случае отказа передать залогодержателю заложенное имущество для целей его реализации предмет залога может быть изъят и передан залогодержателю по исполнительной надписи нотариуса в соответствии с законодательством о нотариате.

5. Если в соответствии с условиями соглашения залогодателя с залогодержателем реализация заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам, осуществляется путем продажи залогодержателем этого имущества другому лицу, залогодержатель обязан направить залогодателю заключенный с таким лицом договор купли-продажи.

Комментарий

1. По общему правилу имущество, на которое было обращено взыскание во внесудебном порядке, реализуется на частных торгах, которые организует сам залогодержатель или нанятое им лицо. Такие торги регулируются положениями ГК РФ о торгах (ст. 447–449 ГК РФ), а также соглашением залогодателя и залогодержателя.

В принципе, в договоре залога может быть простая отсылка к правилам частных торгов, которые установлены профессиональными организаторами торгов. В этом

случае эти правила следует рассматривать как соглашение сторон договора залога о порядке проведения торгов.

Правило о необходимости проведения торгов защищает залогодателя, так как позволяет определить действительную цену заложенного имущества (за счет доступа широкого круга третьих лиц, заинтересованных в приобретении соответствующего имущества, и конкуренции за цену между ними), а также эффективно применить правила о залоговой разнице (абз. 2 п. 3 ст. 334 ГК РФ).

2. Однако в случае если залогодатель является субъектом предпринимательской деятельности, законодатель существенно смягчает правила о способах реализации предмета залога, позволяя сторонам договора залога использовать еще два способа реализации предмета залога: прямая продажа залогодержателем предмета залога третьему лицу и оставление залогодержателем предмета залога в собственность (без проведения торгов или иных процедур, направленных на продажу предмета залога).

2.1. При этом если стоимость оставляемого за залогодержателем или отчуждаемого третьему лицу имущества превышает размер неисполненного обязательства, обеспеченного залогом, разница подлежит выплате залогодателю (абз. 4 п. 2 ст. 350¹ ГК РФ). Данная норма устраняет те опасения, которые долгое время господствовали в литературе и, по сути, блокировали возможность непосредственного присвоения залогодержателем предмета залога без попытки продать его третьим лицам на торгах.

3. Процедура реализации предмета залога указанными способами потенциально опасна для интересов залогодателя, поэтому законодатель ввел новое интересное правило: если при обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке будет доказано нарушение прав залогодателя или наличие существенного риска такого нарушения, суд может прекратить по требованию залогодателя обращение взыскания на предмет залога во внесудебном порядке и вынести решение об обращении взыскания на предмет залога путем продажи заложенного имущества с публичных торгов.

Эта норма довольно любопытна с точки зрения ее процессуального эффекта. Иском по такому иску выступает залогодатель. Предмет его требования – прекращение внесудебного обращения взыскания. Однако вряд ли установление обстоятельств, указанных в п. 3 ст. 350¹ ГК РФ, само по себе является основанием для того, чтобы суд вынес не только решение о прекращении внесудебного обращения взыскания, но и о продаже заложенного имущества с публичных торгов. Все-таки такое решение было бы решением о присуждении, а присуждение в пользу ответчика (а, очевидно, именно ответчиком является залогодержатель в иске о прекращении внесудебного обращения взыскания на предмет залога) – это нонсенс. Следовательно, для того чтобы суд мог передать реализацию предмета залога на публичные торги, нужен встречный иск залогодержателя. При отсутствии встречного иска и обоснованности первоначального иска суд выносит решение о запрете совершения действий по внесудебному обращению взыскания, и залогодержатель вынуждается к инициации судебного процесса об обращении взыскания на предмет залога.

4. Залогодержатель, продающий предмет залога третьим лицам либо оставляющий предмет залога себе в собственность, фактически осуществляет распоряди-

тельную власть над вещью, так как его действия (а не собственника — залогодателя) определяют юридическую судьбу вещи. Это подчеркивается в п. 4 комментируемой статьи фразой о том, что залогодержатель имеет право «совершать все сделки».

Кроме того, разумеется, переход собственности на предмет залога при его реализации подчинен общим правилам вещного права: собственность на движимые вещи переходит в момент передачи, если иное не предусмотрено договором; на недвижимость — в момент внесения записи в реестр и т.п. В связи с этим залогодержатель, обративший взыскание на предмет залога, имеет право совершать соответствующие действия, результатом которых будет переход вещных прав.

4.1. Если для совершения действия, которое влечет переход вещного права, требуется передача вещи приобретателю (речь идет о движимых вещах), но залогодержатель не владеет ею, то он может требовать выдачи вещи от залогодателя либо всякого третьего лица, которому эта вещь была передана залогодателем.

Это требование может быть реализовано принудительно, если имеется исполнительная надпись нотариуса на договоре залога. Иными словами, из этой нормы следует, что залогодержатель, не владеющий предметом залога и заинтересованный во внесудебном нотариальном обращении взыскания на предмет залога, должен озаботиться нотариальным удостоверением договора залога (так как это является обязательным условием для совершения исполнительной надписи, см. п. 6 ст. 349 ГК РФ).

4.2. От чьего имени осуществляется продажа предмета залога залогодержателем? И кто несет ответственность перед покупателем за качество предмета отчуждения? Данные вопросы являются достаточно дискуссионными в российском праве и пока однозначно не решены.

5. Залогодержатель обязан продолжать сотрудничать с залогодателем даже после завершения процедуры обращения взыскания и реализации предмета залога. Это выражается, в частности, в том, что он обязан уведомить залогодателя об условиях продажи предмета залога третьему лицу.

Эта информация необходима залогодателю для того, чтобы получить информацию о том, какая часть долга была погашена за счет средств, вырученных от реализации предмета залога, а также для принятия решения о возможном возбуждении процесса против залогодержателя в связи с продажей предмета залога по неразумно низкой цене.

Статья 350². Порядок проведения торгов при реализации заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам

1. При реализации заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам, с публичных торгов (реализация заложенного имущества с публичных торгов) на основании решения суда судебный пристав — исполнитель обязан направить не позднее чем за десять дней до даты проведения торгов залогодержателю, залогодателю и должнику по основному обязательству уведомление в письменной форме о дате, времени и месте проведения торгов. При реализации заложенного имущества с торгов, проводимых при обращении взыскания на имущество во внесудебном порядке, обязанность по уведомлению залогодателя и должника несет залогодержатель.

2. При реализации заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам, с публичных торгов на основании решения суда или с торгов, проводимых при обращении взыскания на это имущество во внесудебном порядке, организатор торгов объявляет их не состоявшимися в случаях, если:

- 1) на торги явилось менее двух покупателей;
- 2) на торгах не сделана надбавка против начальной продажной цены заложенного имущества;
- 3) лицо, выигравшее торги, не внесло покупную цену в установленный срок. Торги должны быть объявлены несостоявшимися не позднее чем на следующий день после того, как имело место какое-либо из указанных обстоятельств.

3. Залогодержатель и залогодатель вправе выступать участниками торгов, проводимых на основании решения суда или при обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке. В случае, если залогодержатель выиграл торги, подлежащая уплате им покупная цена зачитывается в счет погашения обязательства, обеспеченного залогом.

Правила, предусмотренные абзацем первым настоящего пункта, применяются в случае оставления залогодержателем предмета залога за собой при обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке.

4. В течение десяти дней после объявления торгов несостоявшимися залогодержатель вправе приобрести по соглашению с залогодателем заложенное имущество, не относящееся к недвижимым вещам, и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные залогом. К такому соглашению применяются правила о договоре купли-продажи.

Если соглашение о приобретении имущества залогодержателем, предусмотренное настоящим пунктом, не состоялось, не позднее чем через месяц после первых торгов проводятся повторные торги. Начальная продажная цена заложенного имущества на повторных торгах, если их проведение вызвано причинами, указанными в подпунктах 1 и 2 пункта 2 настоящей статьи, снижается на пятнадцать процентов. При реализации заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам, с торгов, проводимых при обращении взыскания на это имущество во внесудебном порядке, соглашением сторон может быть предусмотрено, что, если торги были объявлены не состоявшимися по указанным причинам, повторные торги проводятся путем последовательного снижения цены от начальной продажной цены на первых торгах.

5. При объявлении несостоявшимися повторных торгов залогодержатель вправе оставить предмет залога за собой с оценкой его в сумме на десять процентов ниже начальной продажной цены на повторных торгах, если более высокая оценка не установлена соглашением сторон.

Залогодержатель считается воспользовавшимся указанным правом, когда в течение месяца со дня объявления повторных торгов несостоявшимися направит залогодателю и организатору торгов или, если обращение взыскания осуществлялось в судебном порядке, залогодателю, организатору торгов и судебному приставу — исполнителю заявление в письменной форме об оставлении имущества за собой.

С момента получения в письменной форме залогодателем заявления залогодержателя об оставлении имущества за собой залогодержатель, которому движимая вещь была передана по договору залога, приобретает право собственности на предмет залога, оставленный им за собой, если законом не установлен иной момент возникновения права собственности на движимые вещи соответствующего вида.

Залогодержатель, оставивший заложенное имущество за собой, вправе требовать передачи ему этого имущества, если оно находится у иного лица.

6. Если залогодержатель не воспользуется правом оставить за собой предмет залога в течение месяца со дня объявления повторных торгов несостоявшимися, договор залога прекращается.

7. Положения настоящего Кодекса о заключении договора на торгах применяются при реализации заложенного имущества с торгов, если иное не установлено настоящей статьей.

Комментарий

1. Порядок реализации предмета залога (за исключением недвижимости, порядок реализации которой предусмотрен Законом об ипотеке) на торгах устанавливается в новой статье ГК РФ – 350².

1.1. При реализации заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам, с публичных торгов на основании решения суда судебный пристав-исполнитель обязан направить не позднее чем за десять дней до даты проведения торгов залогодержателю, залогодателю и должнику по основному обязательству уведомление в письменной форме о дате, времени и месте проведения торгов. Залогодатель и должник могут быть заинтересованы в получении такой информации в связи с тем, что они имеют право принять участие в торгах (см. далее).

1.2. При реализации заложенного имущества с частных торгов, проводимых при обращении взыскания на имущество во внесудебном порядке, аналогичную информационную обязанность по уведомлению залогодателя и должника несет залогодержатель.

2. При реализации заложенного имущества, не относящегося к недвижимым вещам, с публичных торгов на основании решения суда или с торгов, проводимых при обращении взыскания на это имущество во внесудебном порядке, организатор торгов объявляет их не состоявшимися в случаях, если:

(1) на торги явилось менее двух покупателей;

(2) на торгах не сделана надбавка против начальной продажной цены заложенного имущества;

(3) лицо, выигравшее торги, не внесло покупную цену в установленный срок.

Торги должны быть объявлены несостоявшимися не позднее, чем на следующий день после того, как имело место какое-либо из указанных обстоятельств.

3. В п. 3 ст. 350² ГК РФ содержится довольно экзотическая, на первый взгляд, норма, устанавливающая, что залогодержатель и залогодатель вправе выступать участниками торгов, проводимых на основании решения суда или при обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке. В случае если залогодержатель выиграл торги, подлежащая уплате им покупная цена зачитывается в счет погашения обязательства, обеспеченного залогом.

Возникает вопрос: а зачем залогодателю участвовать в торгах, ведь если у него есть деньги, он может просто заплатить залогодержателю? Но это справедливо для случаев, когда залогодатель и должник совпадают. Но если залогодатель – третье лицо,

то для него может быть значительно выгоднее не уплачивать долг кредитору, а участвовать в торгах и заплатить как их победитель за свою же заложенную вещь сумму, которая может быть (с учетом различного рода дисконтов, амортизации имущества и проч.) существенно ниже суммы долга. Равным образом и залогодержатель при определенном раскладе может быть выгодно не оставлять себе заложенную вещь, а участвовать в торгах и приобрести ее с учетом сложившейся на торгах цены.

Но что происходит, если залогодатель выигрывает торги? Неужели с ним заключается договор о продаже ему его же вещи? С точки зрения гражданского права это абсурд. Соответственно, логично исходить из того, что в таком случае такой договор не заключается, и вместо этого залогодатель получает возможность освободить свое имущество от залога, просто уплатив залогодержателю определенную на торгах цену.

3.1. Торги начинаются с цены, указанной в договоре залога или установленной судом (начальной продажной стоимости). Здесь необходимо обратить внимание на то, что законодатель отказался от правила, которое было в Законе о залоге, устанавливавшего 20%-ную скидку с залоговой стоимости при установлении начальной продажной цены (п. 11 ст. 28² Закона о залоге).

4. Если первоначальные торги не состоялись, то залогодержатель может по приглашению с залогодателем приобрести предмет залога с зачетом покупной цены в счет обеспеченного долга (абз. 1 п. 4 комментируемой статьи). Однако эта норма, по всей видимости, должна иначе трактоваться для случаев залога, предоставленного третьим лицом. В этом случае зачет цены будет в счет обеспеченного долга просто невозможен (так как залогодатель не является должником в обеспеченном обязательстве, а для зачета необходима встречность). В этом случае следует считать, что залогодержатель вместо уплаты цены передает залогодателю требование о взыскании долга по обеспеченному залогом обязательству.

4.1. Законодатель установил 15%-ную скидку с цены предмета залога для начальной цены на повторных торгах. Повторные торги должны состояться в течение месяца после проведения первоначальных торгов.

4.2. Крайне любопытная норма абз. 2 п. 4 комментируемой статьи устанавливает возможность сторон договора залога установить, что повторные частные торги могут проводиться не путем повышения цены участниками торгов (что вряд ли широко распространено в торгах при продаже заложенного имущества), а путем последовательного снижения цены (торги на понижение).

5. В ГК РФ установлена 10%-ная скидка (по отношению к цене на повторных торгах) для оставления имущества за собой после признания повторных торгов несостоявшимися. Таким образом, залогодержатель теоретически может оставить себе в собственность предмет залога с достаточно значительной скидкой к его начальной продажной цене.

5.1. Об оставлении имущества за собой после признания повторных торгов несостоявшимися залогодержатель должен сделать соответствующее заявление. Закон устанавливает месячный срок для осуществления этого заявления.

5.2. Если залогодержатель к этому моменту владеет предметом залога — движимой вещью, то он приобретает право собственности на него с момента получения этого уведомления залогодателем. В отношении движимых вещей, находящихся

во владении залогодателя, собственность будет переходить по общим правилам ст. 223 ГК РФ, т.е. с момента получения владения. В случае же с недвижимостью (и иными объектами, права на которые подлежат регистрации) права залогодержателя возникнут с момента такой регистрации.

6. Молчание залогодержателя в течение месяца после признания повторных торгов несостоявшимися будет означать, что залог прекращается. Соответствующие записи о залоге подлежат погашению, а требования залогодержателя к должнику более не являются обеспеченными залогом.

7. Положения ГК РФ о частных и публичных торгах (ст. 447–449¹) подлежат применению и к торгам заложенным имуществом. Изъятия из этих правил устанавливаются настоящей статьей либо специальным законодательством (для публичных торгов – это, в частности, законодательство об исполнительном производстве). Кроме того, следует также иметь в виду, что особенности проведения торгов заложенным недвижимым имуществом могут быть установлены Законом об ипотеке.

Статья 351. Досрочное исполнение обязательства, обеспеченного залогом, и обращение взыскания на заложенное имущество

1. Залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства в случаях:

1) выбытия предмета залога, оставленного у залогодателя, из его владения не в соответствии с условиями договора залога;

2) гибели или утраты предмета залога по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает, если залогодатель не воспользовался правом, предусмотренным пунктом 2 статьи 345 настоящего Кодекса;

3) иных случаях, предусмотренных законом или договором.

2. Поскольку иное не предусмотрено договором, залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства или, если его требование не будет удовлетворено, обратиться взыскание на предмет залога в случаях:

1) нарушения залогодателем правил о последующем залоге (статья 342);

2) невыполнения залогодателем обязанностей, предусмотренных подпунктами 1 и 3 пункта 1 и пунктом 2 статьи 343 настоящего Кодекса;

3) нарушения залогодателем правил об отчуждении заложенного имущества или о предоставлении его во временное владение или пользование третьим лицам (пункты 2 и 4 статьи 346);

4) иных случаях, предусмотренных законом.

Комментарий

1. Досрочное исполнение обязательства, обеспеченного залогом (акселерация долга), представляет собой способ защиты интересов обеспеченного кредитора на случай гибели или ухудшения обеспечения. Смысл правил об акселерации долга заключается в том, чтобы наделить кредитора, оставшегося без обеспечения либо

с ухудшившимся обеспечением, правом получить оперативную защиту путем предоставления ему возможности востребовать весь долг полностью, не дожидаясь просрочки должника. По сути, речь здесь идет о праве на изменение срока исполнения обеспеченного обязательства в одностороннем порядке. Неисполнение решения о взыскании долга будет являться основанием для последующего банкротства должника, т.е. включения процедуры, позволяющей кредитору получить серьезную защиту (оспаривание сделок, субсидиарная ответственность менеджмента и учредителей и проч.).

Первый пункт комментируемой статьи явно регулирует ситуации, в которых залогодержатель полностью утрачивает право залога в ситуации исчезновения предмета залога без переноса права залога на иное имущество в силу принципа эластичности (в отличие от п. 2 этой же статьи, где речь идет не только об акселерации долга, но и о праве обратить взыскание на предмет залога).

1.1. Из систематического толкования п. 1 и 2 комментируемой статьи следует, что норма подп. 1 комментируемого пункта должна применяться лишь в случаях, когда предмет залога выбыл от залогодателя таким образом, что свойство следования, которое присуще залоговому праву, не имело эффекта. Например, таковы случаи продажи предмета залога покупателю, который не знал и не мог знать о залоге. Или ситуация, когда предмет залога был истребован действительным собственником, но залогодержатель не получил защиты по п. 2 ст. 335 ГК РФ.

1.2. Норма подп. 2 комментируемого пункта подлежит применению в случаях, когда предмет погиб или был утрачен таким образом, что не произойдет замена предмета залога в силу указания закона (ст. 334, 345 ГК РФ), т.е. не «сработает» принцип эластичности залога.

1.3. Норма п. 1 комментируемой статьи является диспозитивной, что следует из текста самой нормы.

2. Право на акселерацию долга с одновременным досрочным обращением взыскания на предмет залога возникает у залогодержателя в случаях, указанных в п. 2 комментируемой статьи. Разумеется, процедура досрочного обращения взыскания на предмет залога должна осуществляться в соответствии с той моделью, которая предусмотрена договором залога (либо, если выбор сторонами не сделан, — в судебном порядке).

Статья 352. Прекращение залога

1. Залог прекращается:

- 1) с прекращением обеспеченного залогом обязательства;
- 2) если заложенное имущество возмездно приобретено лицом, которое не знало и не должно было знать, что это имущество является предметом залога;
- 3) в случае гибели заложенной вещи или прекращения заложенного права, если залогодатель не воспользовался правом, предусмотренным пунктом 2 статьи 345 настоящего Кодекса;
- 4) в случае реализации заложенного имущества в целях удовлетворения требований залогодержателя в порядке, установленном законом, в том числе при оставлении зало-

годержателем заложенного имущества за собой, и в случае, если он не воспользовался этим правом (пункт 5 статьи 350²);

5) в случае прекращения договора залога в порядке и по основаниям, которые предусмотрены законом, а также в случае признания договора залога недействительным;

6) по решению суда в случае, предусмотренном пунктом 3 статьи 343 настоящего Кодекса;

7) в случае изъятия заложенного имущества (статьи 167, 327), за исключением случаев, предусмотренных пунктом 1 статьи 353 настоящего Кодекса;

8) в случае реализации заложенного имущества в целях удовлетворения требований предшествующего залогодержателя (пункт 3 статьи 342¹);

9) в случаях, указанных в пункте 2 статьи 354 и статье 355 настоящего Кодекса;

10) в иных случаях, предусмотренных законом или договором.

2. При прекращении залога залогодержатель, у которого находилось заложенное имущество, обязан возвратить его залогодателю или иному управомоченному лицу.

Залогодатель вправе требовать от залогодержателя совершения всех необходимых действий, направленных на внесение записи о прекращении залога (статья 339¹).

Комментарий

1. Залог как вещное право прекращается в соответствии с волеизъявлением сторон в случаях, которые установлены договором залога. Разумеется, залогодержатель вправе отказаться от принадлежащего ему вещного права (как и от всякого другого вещного права, в том числе права собственности, см. ст. 236 ГК РФ) в одностороннем порядке.

Законом установлен целый ряд случаев, когда залог прекращается в связи с наступлением того или иного события.

1.1. Залог прекращается в связи с прекращением обеспеченного залогом обязательства. Это наиболее простое и естественное основание для прекращения залога: залог, будучи обеспечительным вещным правом, является бессмысленным в отсутствие долга, который он призван обеспечивать.

Однако из этой нормы есть несколько важных исключений.

Первое — это случай, когда залог был предоставлен третьим лицом, а обязательство должника прекратилось в связи с его (должника) ликвидацией. В этом случае в силу указания ст. 335 ГК РФ подлежит применению положение п. 1 ст. 367 ГК РФ (нормы о сохранении поручительства при ликвидации должника). При этом с учетом нормы п. 1 ст. 367 ГК РФ залог сохраняется при ликвидации должника, только если залогодержатель успел предъявить в суд или в ином установленном законом порядке требование об обращении взыскания на предмет залога. В обратном случае ликвидация должника, прекращающая обеспеченное обязательство, прекращает и залог, предоставленный третьим лицом. См. также п. 21 Постановления Пленума ВАС РФ 23 июля 2009 г. № 58.

Второе исключение — это так называемый залог по всем долгам (ст. 339 ГК РФ), т.е. специфическая форма залога, при которой в договоре залога не специфицируется обеспеченный долг.

Кроме того, еще одно возможное исключение может составить конструкция независимой ипотеки, которая пока не признана позитивным правом, но предлагается в проекте поправок в разд. II ГК РФ «Вещное право»).

1.2. Наиболее важное основание прекращения залога – приобретение предмета залога добросовестным покупателем.

Эта норма поставила точку в старом расхождении практики ВС РФ и ВАС РФ по вопросу о том, каково влияние добросовестности покупателя заложенной вещи на судьбу залога.

ВС РФ довольно последовательно отстаивал точку зрения о том, что залог в этом случае не прекращается (определения КГД ВС РФ от 10 апреля 2007 г. № 11В07-12; от 12 июля 2011 г. № 74-В11-4; от 20 марта 2012 г. № 16-В11-24; от 9 октября 2012 г. № 18-КГ12-39). ВАС РФ же, в свою очередь, в п. 25 Постановления Пленума от 17 февраля 2011 г. № 10 исходил из того, что в этом случае взыскание не может быть обращено на предмет залога. Даже КС РФ устранился в свое время от разрешения этого спора¹. В настоящее же время можно констатировать, что проблема решена в пользу подхода, занятого в свое время ВАС РФ².

Однако в п. 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10 содержится довольно тонкий аспект, связанный с добросовестным покупателем заложенного имущества, которое находилось в залоге в форме заклада, т.е. во владении залогодержателя, который упущен законодателем.

Так, Суд разъяснил, что, если предмет залога в соответствии с договором залога находился во владении залогодержателя, но выбыл из владения помимо его воли, *иск об обращении взыскания на заложенное имущество подлежит удовлетворению вне зависимости от того, что покупатель не знал и не должен был знать о том, что приобретаемое им имущество находится в залоге*. Здесь наблюдается своеобразная проекция концепции ст. 302 ГК РФ на случай приобретения предмета залога (в соответствии со ст. 302 ГК РФ добросовестный приобретатель не защищен от виндикационного иска собственника в случае, если собственник утратил владение вещью не по своей воле). Если залогодержатель утратил внешний знак залога (владение предметом заклада) не по своей воле, «непубличность» залога вряд ли можно поставить ему в упрек. Следовательно, обстоятельства выбытия предмета залога извиняют залогодержателя. А с точки зрения «концепции наименьшего зла» (которая тоже, кстати, была разработана применительно к виндикационному процессу против добросовестного приобретателя³) в подобной ситуации интересы действительного обладателя права (в рассматриваемом случае – права залога) в большей степени заслуживают защиты, чем интересы приобретателя.

¹ Определения КС РФ от 20 марта 2007 г. № 215-О-О; от 15 апреля 2008 г. № 323-О-О; от 15 июля 2010 г. № 942-О-О; от 22 марта 2012 г. № 498-О-О; от 22 апреля 2014 г. № 754-О; от 5 июня 2014 г. № 1142-О.

² Однако ВС РФ придерживается подхода, в соответствии с которым защита добросовестного покупателя заложенного имущества в России отсутствовала до 1 июля 2014 г. и соответственно, при отчуждении предмета залога до 1 июня 2014 г. залог сохраняется, несмотря на добросовестность приобретателя (Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2015), утв. Президиумом ВС РФ 4 марта 2015 г.), и соглашается применять новое правило ГК РФ только к случаям отчуждения предмета залога после указанной (хотя в Определении КГД ВС РФ от 12 января 2016 г. № 67-КГ15-16 было косвенно признано, что ВС РФ готов предоставлять защиту тем добросовестным покупателям заложенного имущества, которые приобрели его после 17 февраля 2011 г., т.е. после принятия Пленумом ВАС РФ Постановления № 10).

³ Суть концепции заключается в поиске лица, отказ в иске которому будет наименьшим злом с точки зрения распределения рисков в обороте и учета добросовестного поведения.

Этот аспект подлежит учету и в настоящих условиях (применение по аналогии ст. 302 ГК РФ).

Если же спроецировать этот подход на случай обычного непосессорного залога, то можно прийти к следующему выводу: если в реестре было зарегистрировано уведомление о прекращении залога, которое было направлено нотариусу помимо воли залогодержателя, то добросовестный покупатель предмета залога не должен получать защиту — залог сохранится и взыскание должно быть обращено. Тот же подход должен применяться и в случае, когда запись о залоге, подлежащем правоустанавливающей регистрации, неправомерно погашена помимо воли залогодержателя (например, в ЕГРП для целей погашения записи об ипотеке представлены документы, подделанные залогодателем или третьими лицами).

При этом залог должен считаться прекращенным в ситуации, когда запись об ипотеке была незаконно прекращена в результате действий самого залогодержателя (или его сотрудников), а имущество — отчуждено третьему лицу, которое не знало и не могло знать об обстоятельствах прекращения записи об ипотеке.

Добросовестность покупателя определяется исходя из стандарта среднего осмотрительного поведения, присущего среднему разумному участнику оборота. В частности, в такой стандарт входит, как правило, проверка доступной информации о наличии залогов на сайте www.reestr-zalogov.ru, осмотр приобретаемой вещи на предмет наличия знаков о залоге и т.п. (за исключением, пожалуй, лишь потребительских сделок).

1.3. Залог прекратится гибелью заложенной вещи, если только не будут иметься основания для применения принципа эластичности залога (см. комментарий к ст. 334, 345 ГК РФ).

1.4. Залог прекращается в результате реализации предмета залога по требованию залогодержателя как в рамках обычных процедур обращения взыскания, так и в рамках дела о банкротстве (п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58).

Равным образом залог прекратится в том случае, если залогодержатель оставил предмет залога за собой (случай так называемого стечения вещных прав, когда более сильное право — право собственности — поглощает менее сильное вещное право), а также когда он этим правом не воспользовался.

Залог также прекратится в том случае, если залогодержатель вообще не участвовал в деле о банкротстве залогодателя (Определение КГД ВС РФ от 29 июля 2014 г. № 16-КГ14-21).

1.5. В случае признания договора залога недействительным залог прекращается. На первый взгляд может показаться, что здесь мы имеем дело с исключением из общего правила о том, что недействительная сделка не порождает правовых последствий, на которые она была направлена. Ведь прекращение залога действует только на будущее, а недействительность договора залога означает не прекращение длящегося правового эффекта в виде права залога на будущее, а ретроспективную отмену самого факта возникновения залогового права. Но такое противоречащее общим правилам о недействительности сделок толкование этой нормы вряд ли оправдано. Если договор залога признан недействительным (например, по основаниям насилия, угрозы, обмана или в связи с иными пороками воли), он должен считаться не прекращенным, а просто не возникшим. Указание на прекращение залога в дан-

ной норме, видимо, является просто ошибкой законодателя и соответствующим образом и должно толковаться.

Применительно к ситуации, когда договор залога оспаривается в связи с его заключением неуправомоченным залогодателем, см. комментарий к п. 2 ст. 335 ГК РФ.

1.6. Указанное в комментируемой норме прекращение залога по решению суда является санкцией за нарушение залогодержателем обязанностей по бережному отношению к переданному ему во владение предмету залога.

1.7. В случае если имущество было заложено не собственником, и оно впоследствии было изъято у залогодателя, например, в рамках виндикационного иска или иска о применении последствий недействительности сделки (по которой залогодатель приобрел предмет залога), залог прекратится, за исключением случая добросовестности залогодержателя (ст. 335 ГК РФ).

Кроме того, залог должен остаться в силе в случае, если при изъятии имущества, например для государственных нужд, будет иметь место сохранение залога в отношении имущества, предоставленного взамен изъятого (п. 2 ст. 334 ГК РФ).

Упоминание в п. 1 комментируемой статьи случая изъятия заложенной вещи по основаниям, указанным в ст. 327 ГК РФ, является, видимо, опечаткой, так как ст. 327 ГК РФ регулирует вопросы не изъятия имущества у собственника, а исполнения обязательства путем внесения денег или ценных бумаг в депозит нотариуса или суда.

1.8. Последующий залог прекращается в случае, если предшествующий залогодержатель обратил взыскание на предмет залога, а последующий залогодержатель не пожелал присоединиться к процедуре обращения взыскания (см. подробнее об этом комментарий к ст. 342¹ ГК РФ).

1.9. В силу принципа акцессорности следования (означающего, что по общему правилу залогодержателем может быть только кредитор по обеспеченному долгу) передача требования новому кредитору, без передачи ему права залога, повлечет за собой прекращение последнего.

Эту норму следует применять с учетом положений п. 1 ст. 384 ГК РФ, в соответствии с которым переход требования влечет автоматический переход и обеспечительных прав, в том числе и залога. Следовательно, подп. 8 п. 1 комментируемой статьи подлежит применению в том случае, если в договоре уступки новый и прежний кредитор выразили намерение не передавать право залога новому кредитору.

В то же время если залог подлежит правоустанавливающей регистрации (например ипотека), может возникнуть разрыв во времени между уступкой прав по обеспеченному обязательству и переходом залоговых прав. В этом случае право залога переходит к новому кредитору в момент перехода права по обеспеченному долгу без регистрации перехода права залога; при этом распорядительные возможности залогодержателя — право обращать взыскание на предмет залога и проводить процедуру реализации предмета залога — у залогодержателя будут отсутствовать до момента внесения соответствующих записей в реестр (п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10).

Перевод долга, обеспеченного залогом, на другое лицо также прекратит залог, если только залогодатель не даст согласие сохранить залог в качестве обеспечения обязательства нового должника.

1.10. Возможны и иные случаи прекращения залога в силу положений закона. Например, в силу норм п. 6 ст. 367 ГК РФ залог, установленный третьим лицом без указания срока его действия, прекратится, если залогодержатель в течение года с момента просрочки не предъявит иск об обращении взыскания на предмет залога (см. ст. 335 ГК РФ).

2. При прекращении залога в форме залога у залогодержателя отпадает основание для владения предметом залога, и он должен возвратить предмет залога собственнику — залогодателю. При неисполнении этой обязанности залогодатель может предъявить иск об исполнении обязательства по возврату вещи.

2.1. Прекращение залога означает также, что основание для сохранения записи о залоге (как правоустанавливающей, так и правоподтверждающей) отсутствует, и она должна быть погашена. Само по себе наличие записи о залоге в правоустанавливающем реестре не будет означать существование залога в случае, если имеют место обстоятельства, указанные в п. 1 комментируемой статьи, так как залог в перечисленных случаях будет прекращаться в силу закона (см. п. 2 и особенно п. 4 ст. 8¹ ГК РФ). Тем более залог прекращается по указанным основаниям и тогда, когда сохраняется запись о залоге в реестре уведомлений о залоге.

Однако наличие записи о залоге в том или ином реестре будет создавать проблемы для лица, которое, добросовестно полагаясь на наличие записи, приобретает обеспеченное залогом право и при этом исходит из того, что залог по-прежнему существует. Как минимум в тех случаях, когда непогашение соответствующей записи может быть вменено в вину залогодателю, добросовестный новый кредитор должен быть защищен за счет сохранения за ним залоговых прав. Впрочем, вопрос о догматическом объяснении этого феномена воскрешения прекращенного залога в отношении добросовестного нового кредитора заслуживает дополнительного анализа.

Обязанность по погашению записи возложена законом на залогодержателя (см. также п. 1 ст. 25 Закона об ипотеке, ст. 103³ Основ законодательства о нотариате).

Статья 353. Сохранение залога при переходе прав на заложенное имущество к другому лицу

1. В случае перехода прав на заложенное имущество от залогодателя к другому лицу в результате возмездного или безвозмездного отчуждения этого имущества (за исключением случаев, указанных в подпункте 2 пункта 1 статьи 352 и статье 357 настоящего Кодекса) либо в порядке универсального правопреемства залог сохраняется.

Правопреемник залогодателя приобретает права и несет обязанности залогодателя, за исключением прав и обязанностей, которые в силу закона или существа отношений между сторонами связаны с первоначальным залогодателем.

2. Если имущество залогодателя, являющееся предметом залога, перешло в порядке правопреемства к нескольким лицам, каждый из правопреемников (приобретателей имущества) несет вытекающие из залога последствия неисполнения обеспеченного залогом обязательства соразмерно перешедшей к нему части указанного имущества. Однако если предмет залога неделим или по иным основаниям остается в общей собственности правопреемников, они становятся солидарными залогодателями.

Комментарий

1. Свойство следования, присущее залогу как вещному праву, является, как уже упоминалось выше, одним из важнейших свойств залога. В отсутствие следования залог превращается в строго личную, обязательственную связь, содержанием которой является обязанность собственника имущества выдать его кредитору для продажи и удовлетворения кредиторского требования. Именно таковым является залог, в отношении которого не зарегистрировано уведомление о залоге в нотариальном реестре при добросовестности приобретателя; такой же по своей природе конструкцией является лишенный свойства следования (за исключением перехода прав на заложенное имущество в порядке универсального правопреемства) залог товаров в обороте (см. комментарий к ст. 357 ГК РФ).

1.1. Свойство следования проявляется в том, что при любом производном приобретении права на заложенное имущество залог сохраняется. Это касается как универсального (наследование, реорганизация юридического лица), так и сингулярного правопреемства (купля-продажа, дарение, внесение в качестве вклада в уставный капитал и проч.) в праве собственности на вещь.

1.2. Соответственно, принцип следования не будет иметь место в случае, если лицо приобрело право собственности первоначальным образом (приобретательная давность, переработка вещи лицом, не являвшимся собственником перерабатываемой вещи, и проч.). Тем не менее теоретически мыслима и такая ситуация, когда право собственности будет приобретаться первоначальным способом, но залог будет сохранен. Например, некто приобретает недвижимую вещь, обремененную ипотекой, зная и соглашаясь с ипотекой. Впоследствии будет установлено, что недвижимость была приобретена от несобственника, о чем приобретатель не знал и не мог знать и в связи с этим он, добившись отклонения виндикационного иска, приобретет право собственности первоначальным образом. Даже если не будет оснований для применения ст. 335 ГК РФ (защита добросовестного залогодержателя), ипотека все равно должна быть сохранена в связи с тем, что новый собственник выразил согласие с обременением.

1.3. Другой пример сохранения ипотеки при первоначальном приобретении права – приобретение права собственности на объект самовольной реконструкции при ее легализации, когда здание или помещение, подвергшееся реконструкции, было сначала заложено, а потом незаконно реконструировано. Судебная практика окружных судов исходит из того, что ипотека в этом случае должна сохраняться. При ином подходе незаконные действия залогодателя лишали бы залогодержателя права залога, что противоречит принципу недопустимости извлечения выгоды из собственного незаконного поведения.

1.4. Принцип следования означает, что новый собственник предмета залога несет те права и обязанности, которые нес его правопродшественник (абз. 2 п. 1 комментируемой статьи). Это означает, что все условия договора залога сохраняют свое действие в отношении нового собственника предмета залога.

Возникает интересный вопрос: закон в отношении залога, залогодателем по которому является предприниматель, иногда допускает некоторые условия, которые он не допускает в случае залога, предоставленного гражданином. Если вещь перешла в собственность гражданина, сохраняются ли те либеральные элементы режима коммерческого залога, которые были законными при установлении залога? Например,

если залогодатель — коммерсант, закон допускает возможность договориться о праве залогодержателя на присвоение предмета залога при обращении взыскания; если он является гражданином — такое условие договора не допускается (п. 2 ст. 350¹ ГК РФ). Соответственно, встает вопрос о сохранении в силе этого условия при переходе прав на заложенное имущество в пользу гражданина. На эти вопросы, являющиеся проявлением более общей проблематики правопреемства, пока судебная практика не имеет ответов.

2. Комментируемый пункт следует понимать следующим образом: если было заложено несколько объектов в рамках одного договора залога и впоследствии эти объекты перешли к нескольким разным лицам, то каждый из новых собственников имущества является залогодателем применительно к принадлежащей ему вещи.

Если же несколько лиц стали собственниками неделимой вещи, являвшейся предметом залога, то залог вещи не трансформируется в залог долей, а продолжает обременять вещь; ее новые собственники становятся солидарными залогодателями.

2.1. То же происходит и в случае, если общая долевая собственность на предмет залога образуется в результате раздела супружеского имущества, которое было заложено одним из супругов с согласия другого супруга (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № 4254/14).

2.2. Солидарность залогодателей означает, что каждый из залогодателей обязан претерпевать в полной мере обращение взыскания и изъятие предмета залога по требованию залогодержателя. Каждый из залогодателей вправе удовлетворить кредитора и тем самым остановить процедуру обращения взыскания (имея право впоследствии потребовать в порядке регресса возмещение доли, падающей на других залогодателей). Залогодатели в равных долях делят между собой денежные средства, оставшиеся от реализации предмета залога после удовлетворения требований залогодержателя.

Статья 354. Передача прав и обязанностей по договору залога

1. Залогодержатель без согласия залогодателя вправе передать свои права и обязанности по договору залога другому лицу с соблюдением правил, установленных [главой 24](#) настоящего Кодекса.

2. Передача залогодержателем своих прав и обязанностей по договору залога другому лицу допускается при условии одновременной уступки тому же лицу права требования к должнику по основному обязательству, обеспеченному залогом. Если иное не предусмотрено законом, при несоблюдении указанного условия залог прекращается.

Комментарий

1. Право залога является оборотоспособным, оно может быть передано залогодержателем другому лицу. При этом требуется соблюдение положений об акцессорности залога (см. далее комментарий к п. 2 настоящей статьи). Последнее соображение не позволяет считать право залога самостоятельным объектом оборота: невозможно представить себе самостоятельную продажу права залога (в отрыве от обеспеченного требования); обращение взыскания на право залога и проч. Ситуация может изменить-

ся в случае введения в российское право так называемой независимой (неакцессорной) ипотеки, которая в силу своей природы юридически не связана с каким-либо обязательственным правом и потому может выступать самостоятельным объектом оборота.

1.1. Указание законодателя на необходимость соблюдения прежним залогодержателем и новым залогодержателем положений [гл. 24 ГК РФ](#) о перемене лиц в обязательствах следует понимать ограничительно. Залог – вещное право, и его переход не может регулироваться нормами об уступке обязательственных прав. Нормы [гл. 24 ГК РФ](#) применимы к передаче права залога только в части, регулирующей последствия перехода права, обеспеченного залогом. Так, применению подлежат положения п. 1 ст. [384 ГК РФ](#) о том, что при передаче требования к новому кредитору переходят права по обеспечительным сделкам.

Таким образом, выполнение положений [гл. 24 ГК РФ](#) будет связано в первую очередь с необходимостью уступать обязательственное требование, которое обеспечено залогом. По всей видимости, единственный случай, когда может потребоваться применение положений [гл. 24 ГК РФ](#) (например, об уведомлении собственника заложенной вещи – залогодателя), – ситуация, когда уступается требование, которое обеспечено залогом третьего лица. В такой ситуации, разумеется, залогодатель должен иметь возможность знать, что у имущества теперь новый залогодержатель.

1.2. Специфические положения о передаче залогового права содержит Закон об ипотеке на случай, если право ипотеки удостоверено закладной (ст. 48 Закона). Они связаны с тем, что закладная является классической (документарной) ценной бумагой, в которую инкорпорируются два права – право требовать возврата кредита и право ипотеки. В отношении закладной действует принцип «право из бумаги следует за правом на бумагу». Право на бумагу (право на закладную) передается по обычным гражданско-правовым сделкам (купля-продажа ценных бумаг и проч.), но должно сопровождаться специальным действием – отметкой на закладной о ее уступке.

2. Как уже упоминалось, свойство акцессорности, присущее по общему правилу залоговому праву, предполагает, что залог, за рядом исключений (например, залог по всем долгам), не может существовать без существования какого-либо обязательственного требования, исполнение которого он призван обеспечивать. В связи с этим в случае, если залогодержатель передал кому-либо принадлежавшее ему обязательственное право и при этом явно выразил волю на то, чтобы не передавать принадлежавшее ему же право залога, последнее прекратится.

2.1. Особенностью обладает так называемый залог по всем долгам (ст. [339 ГК РФ](#)), в рамках которого возможно, что, уступив имеющиеся в настоящее время требования без передачи права залога, залогодержатель намеревается сохранить за собой право залога для целей обеспечения будущих требований, которые могут возникнуть у должника перед залогодержателем. Прекращение залога в этом случае было бы ошибочным.

Статья 355. Перевод долга по обязательству, обеспеченному залогом

С переводом на другое лицо долга по обязательству, обеспеченному залогом, залог прекращается, если иное не предусмотрено соглашением между кредитором и залогодателем.

Комментарий

(а) Перевод долга, обеспеченного залогом третьего лица, прекратит залог (равно как прекращает перевод долга и поручительство). Это связано с тем, что залогодатель, не являющийся должником, удовлетворивший требование кредитора путем выплаты суммы долга (и тем самым сохранив свое имущество), либо вынужденный выдать предмет залога залогодержателю для целей его реализации, станет на место кредитора в результате суброгации (ст. 387 ГК РФ). Разумеется, в связи с этим для залогодателя вопрос платежеспособности нового должника имеет принципиальное значение. Подробнее обоснование см. в Постановлении Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2012 г. № 5554/12.

Защищая этот интерес залогодателя, ГК РФ устанавливает в комментируемой норме положение о том, что перевод обеспеченного залогом долга на другое лицо по общему правилу прекращает залог. О том же, по сути, говорит и п. 2 ст. 392¹ ГК РФ.

Если залог предоставлен самим должником, то перевод долга, влекущий прекращение долга залогодателя, также прекращает залог. Это следует как из комментируемой нормы, так и из п. 3 ст. 392¹ ГК РФ, согласно которому при переводе долга «освобождение первоначального должника от обязательства распространяется на всякое предоставленное им обеспечение, если только имущество, являющееся предметом обеспечения, не передано им новому должнику». Соответственно, если изначальный должник вместе с переводом долга на нового должника передаст ему предмет залога, залог сохранится. Если предмет залога останется у прежнего должника, залог прекратится. Право не может заставить должника-залогодателя обеспечивать залогом своего имущества долг нового должника перед кредитором.

(б) В отступление от этого общего правила в договоре между залогодержателем и залогодателем может быть согласовано, что при переводе долга старый должник-залогодатель соглашается считать свое имущество обремененным залогом по долгу, перешедшему на нового должника. Если такое условие не включено заранее в договор залога, кредитор может поставить свое согласие на перевод долга, которое по общему правилу требуется в силу ст. 391 ГК РФ, под условие включения в договор залога такого условия о сохранении залога при переводе долга.

Такое же условие может быть включено в договор залога и тогда, когда залог предоставляется третьим лицом.

Однако при наличии в договоре залога заранее установленного согласия залогодателя на сохранение залога при переводе долга подлежат учету также положения п. 3 ст. 367 ГК РФ о том, что такое согласие должно быть явно выраженным и должно позволять установить круг лиц, при переводе долга на которых залог будет сохраняться. Абстрактное согласие отвечать за любого нового должника не будет иметь юридической силы. Это особенно актуально для тех случаев, когда в силу ст. 391 ГК РФ перевод долга осуществляется вовсе без согласия прежнего должника, а также для залога, предоставленного третьим лицом.

(в) Согласие залогодержателя сохранить залог при переводе долга может быть и конкретным, выражаясь в виде отдельного заявления, адресованного кредитору и новому должнику. Указание в комментируемой статье на соглашение между

залогодателем и кредитором вряд ли должно толковаться так, что это исключит возможность сохранения залога в ситуации, когда к моменту перевода долга имеется согласие залогодателя, формально не акцептованное кредитором.

Такое конкретное согласие может быть также последующим, т.е. даваться уже после перевода долга (см. также ст. 157¹ ГК РФ). Залог в этом случае, видимо, восстанавливается. Впрочем, детали этого института восстановления прекращенного в момент перевода долга залога в российском праве не разработаны. Возможно, здесь следует говорить о возникновении нового залога третьего лица.

Статья 356. Договор управления залогом

1. Кредитор (кредиторы) по обеспечиваемому залогом обязательству (обязательствам), исполнение которого связано с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, вправе заключить договор управления залогом с одним из таких кредиторов или третьим лицом (управляющим залогом).

По договору управления залогом управляющий залогом, действуя от имени и в интересах всех кредиторов, заключивших договор, обязуется заключить договор залога с залогодателем и (или) осуществлять все права и обязанности залогодержателя по договору залога, а кредитор (кредиторы) – компенсировать управляющему залогом понесенные им расходы и уплатить ему вознаграждение, если иное не предусмотрено договором.

Если залог возник ранее заключения договора управления залогом, управляющий залогом по соглашению о передаче договора залога (статья 392³) вправе осуществлять в силу договора управления залогом все права и обязанности залогодержателя.

Кредитор (кредиторы) не вправе осуществлять свои права и обязанности залогодержателей до момента прекращения договора управления залогом.

2. Управляющим залогом может быть индивидуальный предприниматель или коммерческая организация.

3. Управляющий залогом обязан осуществлять все права и обязанности залогодержателя по договору залога на наиболее выгодных для кредитора (кредиторов) условиях. Полномочия управляющего залогом определяются договором управления залогом (пункт 4 статьи 185) и могут быть изменены по соглашению сторон договора управления залогом.

Договором управления залогом может быть предусмотрено, что определенные правомочия залогодержателя осуществляются управляющим залогом с предварительного согласия кредитора (кредиторов).

4. Имущество, полученное управляющим залогом в интересах кредиторов, являющихся сторонами договора управления залогом, в том числе в результате обращения взыскания на предмет залога, поступает в долевую собственность указанных кредиторов пропорционально размерам их требований, обеспеченных залогом, если иное не установлено соглашением между кредиторами, и подлежит продаже по требованию любого из кредиторов.

5. Договор управления залогом прекращается вследствие:

- 1) прекращения обеспеченного залогом обязательства;
- 2) расторжения договора по решению кредитора (кредиторов) в одностороннем порядке;
- 3) признания управляющего залогом несостоятельным (банкротом).

6. В части, не урегулированной настоящей статьей, если иное не вытекает из существа обязательств сторон, к обязанностям управляющего по договору управления залогом, не являющегося залогодержателем, применяются правила о договоре поручения, а к правам и обязанностям залогодержателей по отношению друг к другу применяются правила о договоре простого товарищества, заключаемом для осуществления предпринимательской деятельности.

Комментарий

1. Одна из самых интересных новелл последней реформы залогового права — это положения о договоре управления залогом (ст. 356 ГК РФ).

1.1. Потребность в управлении залогом при множественности залогодержателей (горизонтальной или вертикальной), в общем-то, очевидна: под необходимостью управления залогом лежат те же самые экономические предпосылки, что и под возникшим в свое время институтом торговой компании в форме товарищества. При наличии нескольких лиц, преследующих хотя бы и самостоятельные имущественные интересы, но удовлетворение которых возможно только путем объединения усилий, требуется кто-то, кто мог бы сбалансировать эти интересы. Это необходимо для того, чтобы интересы участников гражданско-правового сообщества были достигнуты в форме, максимально эффективной и приемлемой для участников, объединивших свои усилия, и, кроме того, для того, чтобы минимизировать экономические издержки общей деятельности.

Так, например, договор управления залогом нередко заключается при синдицированном кредитовании, когда заемщика под залог того или иного актива кредитует целый пул банков.

Управляющий залогом как раз и нужен для того, чтобы, во-первых, сбалансировать интересы залогодержателей путем совершения действий, максимально направленных на удовлетворение требований, обеспеченных залогом, и, во-вторых, для снижения издержек, которые неизбежно образуются в случае, если залогодержатели будут действовать не общей волей, а как «лебедь, щука и рак».

Такому управляющему могут предоставляться как все, так и некоторые правомочия залогодержателей (как то: инспектирование предмета залога, информационный обмен и иное взаимодействие с залогодержателем, инициация обращения взыскания на предмет залога, сопровождение таких процедур и получение имущества в результате обращения взыскания, согласование тех или иных сделок залогодателя с предметом залога, согласование замены предмета залога и т.п.).

1.2. Согласно комментируемому пункту управляющий залога действует от имени и в интересах кредиторов.

Договор управления залогом может быть заключен в отношении будущего залога, и в этом случае управляющий является лицом, при посредстве которого возникают залоговые права, управление которыми будет осуществляться им впоследствии. Другая модель договора управления залогом — это передача ему в управление залогодержателями уже имеющихся у них залоговых прав (абз. 3 п. 1 ст. 356 ГК РФ).

Предметом договора законодатель называет «осуществление прав и обязанностей залогодержателя по договору залога» (абз. 2 п. 1 ст. 356 ГК РФ), за что залогодержатели обязуются «компенсировать управляющему залогом понесенные им расходы

и уплатить ему вознаграждение». В общем-то, это определение является вполне традиционным для договоров о ведении чужих дел.

1.3. Однако из общей концепции, в которой управляющий рассматривается как лицо, экономически «постороннее» по отношению к передаваемым ему в управление правам (и потому, собственно, и является лицом, ведущим чужие дела), явно выбивается абз. 3 п. 1 ст. 356 ГК РФ, в котором упоминается о том, что «если залог возник ранее заключения договора управления залогом, управляющий залогом по соглашению о передаче договора залога (статья 392³) вправе осуществлять в силу договора управления залогом все права и обязанности залогодержателя». Но ведь передача договора — это, по сути, форма одновременной уступки и перевода долга! То есть в этом случае речь уже точно не будет идти о том, что управляющий управляет чужими залоговыми правами: он будет управлять своими правами.

Как следует толковать данную норму?

Один из возможных вариантов толкования таков: следует констатировать, что в силу прямого указания в законе в такой ситуации происходит разрыв прав кредитора по обеспеченному долгу и прав залогодержателя. Но это вряд ли логично.

Против такого решения говорит то, что, во-первых, такой разрыв по общему правилу невозможен в силу принципа акцессорности. Во-вторых же, достаточно странно, что в случае заключения договора залога через управляющего такой разрыв происходить будет, а при передаче залогодержателю залоговых правомочий в управление — нет.

Соответственно, логично толковать данное положение таким образом: данная норма не вполне корректно говорит не о передаче права по ранее заключенному договору залога (т.е. о правопреемстве), а о предоставлении таких прав в управление, т.е. о предоставлении управляющему правомочий залогодержателей.

1.4. Особенностью обсуждаемой договорной конструкции является то, что по общему правилу кредиторы-залогодержатели не вправе осуществлять самостоятельно свои права и обязанности до момента прекращения договора управления залогом (абз. 4 п. 1 ст. 356 ГК РФ). Такое решение, отступающее от общих правил о представительстве, обычно объясняется природой отношений по управлению залогом: множественность залоговых прав на один и тот же объект не терпит разногласий, в этом случае эффективного обращения взыскания на залог может и не состояться. Однако управление залогом возможно и в случае, когда кредитор является единственным залогодержателем в отношении заложенного объекта. По всей видимости, в данном случае речь будет скорее идти о том, что такого рода договоры управления залогом ожидаемы в ситуации, когда кредитор не является профессиональным залогодержателем, и ему нужна помощь управляющего, искушенного в соответствующих вопросах.

Разумеется, данная норма является диспозитивной (хотя она и не содержит оговорки о возможности установления иного в договоре управления залогом), и ее действие может быть отменено или изменено договором. Это следует как из общего принципа договорной свободы («можно все, что не запрещено»), так и из абз. 2 п. 3 ст. 356 ГК РФ, в соответствии с которым договором управления залогом может быть установлено, что отдельные полномочия управляющий будет осуществлять с предварительного согласия залогодержателя, в чьих интересах он управляет залогом.

2. Управление залогом может осуществлять лишь субъект предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 356 ГК РФ).

3. Управляющий залогом действует не от собственного имени (как, например, действует доверительный управляющий), а от имени залогодержателей, это следует из прямого указания в п. 1 настоящей статьи, из содержащейся в п. 3 ст. 356 ГК РФ ссылки на п. 4 ст. 185 ГК РФ об источнике полномочий представителя, а также из положений п. 6 ст. 356 ГК РФ о том, что в части, не урегулированной положениями ст. 356 ГК РФ, к обязанностям управляющего применяются правила о договоре поручения.

3.1. Сказанное означает, что в отношении управляющего залогом действуют общие требования, которые законодатель предъявляет в отношении лиц, ведущих чужие дела: он должен действовать разумно и осмотрительно в интересах хозяина дела. В п. 3 ст. 356 ГК РФ установлено, что управляющий залогом обязан осуществлять все права и обязанности залогодержателя по договору залога на наиболее выгодных для кредитора (кредиторов) условиях. Нарушение этой обязанности (относящейся к обязательству по приложению усилий) влечет за собой возникновение у залогодержателя права требовать возмещения убытков, причиненных неэффективным осуществлением прав залогодержателя.

4. Одним из возможных правомочий управляющего залогом является аккумуляция средств или иного имущества, получаемых при обращении взыскания на предмет залога или по иным основаниям от залогодателя (должника). Соответственно, встает вопрос о правах на это полученное управляющим имущество. Пункт 4 комментируемой статьи говорит о том, что данное имущество по общему правилу является долевой собственностью залогодержателей. Соответственно, данное имущество, полученное в результате реализации переданных управляющему в управление залоговых прав, не становится собственностью управляющего, и на него не может быть обращено взыскание по его долгам. Естественно, это применимо только к случаям, когда управляющий получил в результате реализации залоговых прав вещи (например, оставил предмет залога за собой по правилам п. 5 ст. 350² ГК РФ).

Если управляющий получил в рамках реализации залога денежные средства, они поступают на его счет и подлежат распределению между залогодержателями пропорционально объему их требований к должнику. С целью исключения обращения взыскания на эти средства по долгам управляющего до их распределения в договоре управления залогом логично устанавливать обязанность управляющего зачислять такие средства на номинальный счет (ст. 860¹–860⁷ ГК РФ).

5. Сам по себе тот факт, что содержащийся в п. 5 ст. 356 ГК РФ перечень оснований прекращения договора управления залогом не содержит указания на то, что иные основания для прекращения этого договора могут быть предусмотрены самим договором, не означает, что эта норма является императивной. Она содержит лишь специфические основания для прекращения договора управления залогом; все остальное (т.е. введение иных оснований прекращения договора) является делом сторон, которые в рамках принципа договорной свободы вправе предусмотреть, что договор прекратится и при наступлении иных обстоятельств.

5.1. Что происходит с договором управления залогом при изменении залогодержателя? ГК РФ не содержит прямого ответа на этот вопрос. Представляется, что договор управления залогом должен прекращаться в отношении данного залогодержателя, уступившего свои права по обеспеченному долгу. При этом договор остается в силе в отношении иных участвующих в нем залогодержателей.

В то же время при уступке прав по обеспеченному долгу цедент и цессионарий могут договориться и о передаче цессионарию прав и обязанностей по договору управления залогом. Для того чтобы этот вариант сработал в договоре управления залогом, все его стороны должны согласиться на возможность такой замены стороны договора. Более того, в договоре управления залогом может быть указано на то, что залогодержатель обязан обеспечить передачу своих прав и обязанностей по договору управления залогом цессионарию (новому залогодержателю) по правилам ст. 392³ ГК РФ.

Кроме того, возможно, в самом договоре залогом может быть предусмотрено, что отчуждение прав по обеспечиваемому требованию и залогом влечет автоматическое включение нового залогодержателя в число сторон договора управления залогом. Цессионарий, приобретающий права по обеспеченному долгу и залогом, имеет возможность ознакомиться с таким условием и принимать осознанное решение о приобретении таких прав и, соответственно, о вступлении в договор управления залогом. Впрочем, эта конструкция принуждения приобретателя права к участию в договоре, заключенном правопродшественником в отношении порядка осуществления этого права с третьими лицами, в российском праве пока не разработана, хотя и встает не только в контексте данной ситуации, но и в ряде иных случаев (например, при продаже одним из акционеров, участвующих в акционерном соглашении, своих акций третьим лицам).

6. Законодатель довольно любопытно урегулировал два типа отношений, возникающих в результате заключения и исполнения договора управления залогом.

6.1. Первый тип отношений — это отношения управляющего залогом и залогодержателей. В этом случае законодатель исходит из того, что это типичные отношения между лицом, ведущим чужое дело, и хозяином дела, и потому к ним подлежат применению нормы ГК РФ об обязанностях поверенного в отношении доверителя. Это положения ст. 973 и 974 ГК РФ (обязанность исполнять данное поручение в соответствии с указаниями доверителя; обязанность уведомить доверителя о допущенных отступлениях от данных указаний; обязанность лично исполнять данное поручение; обязанность сообщать доверителю по его требованию все сведения о ходе исполнения поручения; обязанность передавать доверителю без промедления все полученное по сделкам, совершенным во исполнение поручения; по исполнении поручения или при прекращении договора поручения до его исполнения обязанность без промедления возвратить доверителю доверенность, срок действия которой не истек, и обязанность представить отчет с приложением оправдательных документов).

6.2. Второй тип отношений — это отношения залогодержателей между собой. К взаимным правам и обязанностям залогодержателей применяются правила о договоре простого товарищества. В целом это вполне разумно, так как общей целью залогодержателей является реализация предмета залогом по максимально высокой

цене с последующим разделом вырученной суммы в соответствии с правилами о залоговой множественности.

Так, к договору управления залогом подлежат применению правила ГК РФ о взаимных правах на информацию (ст. 1045 ГК РФ); право на расторжение договора по уважительной причине (ст. 1052 ГК РФ); право на распределение прибыли (ст. 1048 ГК РФ) и обязанность по несению бремени расходов (ст. 1046 ГК РФ); право на отказ от бессрочного договора товарищества (ст. 1051 ГК РФ).

6.3. При этом следует обратить внимание на то, что законодатель включает в комментируемый пункт оговорку о том, что нормы о поручении и товариществе не подлежат применению в случае, если это будет противоречить природе отношений по управлению залогом. В частности, не должны применяться положения о праве доверителя в одностороннем порядке без каких-либо оснований отказаться от договора (ст. 978 ГК РФ) без согласования с другими кредиторами. В противном случае центральная идея управления залогами — связанность всех залогодержателей — оказывается совершенно недостижимой.

В то же время отказ от договора одного из кредиторов по причине нарушения договора управляющим, видимо, вполне возможен.

6.4. Непростой вопрос — характер нормы п. 6 ст. 356 (императивный или диспозитивный). С одной стороны, в норме отсутствует оговорка о ничтожности положений договора управления залогом в случае отступления от положений ГК РФ о поручении и простом товариществе. С другой стороны, сами нормы гл. 49 и 55 ГК РФ могут быть оценены как императивные или диспозитивные. По всей видимости, именно с этой точки зрения и надо подходить к тому, будет ли применение положений о поручении и товариществе в отношении договора управления залогом иметь императивный или диспозитивный характер. Иначе говоря, следует определять природу каждой из соответствующих норм о поручении и простом товариществе, и в зависимости от этого решать вопрос о праве сторон управления залогом отступить от этой нормы.

6.5. Из применения к отношениям управляющего и кредиторов правил о договоре поручения и реализации в ГК РФ представительской модели управления залогом следует один важный вопрос: может ли один из кредиторов отозвать полномочия управляющего? Из самой природы описанной конструкции, видимо, следует, что это невозможно, как минимум тогда, когда на участие в договоре согласились несколько кредиторов. Но для того чтобы соответствующие полномочия носили безотзывный характер, в силу ст. 188¹ ГК РФ доверенность, выдаваемая управляющему, должна быть оформлена нотариально. Следует ли из этого, что договор управления залогом, исключающий возможность произвольного отзыва полномочий управляющего, должен удостоверяться нотариально? Пока данный вопрос в российском праве не разрешен.

6.6. Из представительной модели следует также вывод о том, что в соответствующих правоустанавливающих реестрах залога (например, в ЕГРП, ЕГРЮЛ, частных реестрах акционеров) в качестве залогодержателей будут числиться не управляющий залогом, а кредиторы. Это не вполне удобно, так как при интенсивном обороте обеспеченных залогом обязательственных прав требуется постоянное переоформление соответствующих записей в реестре. Логичное решение этой проблемы пока неочевидно. Его можно было бы найти, если в ГК РФ была бы реализована иная

модель, при которой управляющий действовал в интересах залогодателей от своего имени. Но законодатель в тексте комментируемой нормы явно выбрал иной подход.

2. Отдельные виды залога

Статья 357. Залог товаров в обороте

1. Залогом товаров в обороте признается залог товаров с оставлением их у залогодателя и с предоставлением залогодателю права изменять состав и натуральную форму заложенного имущества (товарных запасов, сырья, материалов, полуфабрикатов, готовой продукции и т.п.) при условии, что их общая стоимость не становится меньше указанной в договоре залога. Предмет залога по договору залога товаров в обороте может быть определен посредством указания родовых признаков соответствующих товаров и мест их нахождения в определенных зданиях, помещениях или на земельных участках.

Уменьшение стоимости заложенных товаров в обороте допускается соразмерно исполненной части обеспеченного залогом обязательства, если иное не предусмотрено договором.

2. Товары в обороте, отчужденные залогодателем, перестают быть предметом залога с момента их перехода в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление приобретателя, а приобретенные залогодателем товары, которые указаны в договоре залога товаров в обороте, становятся предметом залога с момента возникновения у залогодателя на них права собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления.

3. Залогодатель товаров в обороте обязан вести книгу записи залогов, в которую вносятся записи об условиях залога товаров и обо всех операциях, влекущих изменение состава или натуральной формы заложенных товаров, включая их переработку, на день последней операции, если иное не предусмотрено договором залога.

4. При нарушении залогодателем условий залога товаров в обороте залогодержатель вправе приостановить операции с заложенными товарами до устранения нарушения путем наложения на них своих знаков и печатей. В целях различения указанных заложенных товаров и иных вещей может быть нотариально удостоверен факт нахождения заложенных товаров в определенном месте в определенное время.

Комментарий

1. Залог товаров в обороте — довольно необычная обеспечительная конструкция, которая похожа на известную некоторым юрисдикциям конструкцию плавающего обеспечения (*floating charge*) только своим названием, но не содержанием. Залог товаров в обороте представляет собой специфическое российское изобретение. При этом основная задача, которую должен ставить перед собой законодатель при формулировании норм об обеспечении — создание надежного механизма получения кредитором исполнения по обеспеченному долгу, — вряд ли была достигнута как в первоначальной редакции норм о залоге товаров в обороте, так и в обновленных в 2014 г. положениях ст. 357 ГК РФ (впрочем, надо констатировать, что поло-

жения этой статьи не претерпели каких-либо серьезных изменений по сравнению с прежним регулированием).

1.1. Залог товаров в обороте представляет собой договор, в котором устанавливается право кредитора преимущественно перед другими кредиторами удовлетворить свое требование к должнику из стоимости товаров, указанных в договоре. Несмотря на свое название – *залог* товаров в обороте – вряд ли обеспечительная конструкция, описанная в комментируемой статье, может считаться полноценным залогом. Дело в том, что в соответствии с п. 2 комментируемой статьи права кредитора на удовлетворение требования из стоимости товаров, переданных в обеспечение по договору залога товаров в обороте, прекращаются при выбытии товаров в собственность иных лиц (исключение – переход права собственности на заложенные товары в силу реорганизации залогодателя, см. Постановление Президиума ВАС РФ от 6 ноября 2001 г. № 5011/99). А это означает, что залог товаров в обороте не обладает важнейшим качеством залогового права – качеством следования. Таким образом, залог товаров в обороте – это строго личная обеспечительная конструкция. Однако, будучи строго личным, относительным правоотношением, залог товаров в обороте все же при определенных условиях может предоставлять эффект *erga omnes* (против всех). Речь идет о том, что в случае банкротства залогодателя залогодержатель, зарегистрировавший уведомление о залоге товаров в обороте в нотариальном реестре залоговых уведомлений (см. ст. 339¹ ГК РФ и комментарий к ней), будет иметь приоритет при удовлетворении своих требований по отношению к иным кредиторам.

1.2. В отношении залога товаров в обороте не применяется установленный в ст. 339 ГК РФ принцип специалитета, т.е. необходимость индивидуализировать в договоре залога предмет залога. Принцип специалитета или специальности – это еще одно проявление свойства залога как вещного права; вещное право может быть установлено лишь в отношении конкретного имущества (пусть даже и определенного как все имущество залогодателя, как то имеет место при тотальном залоге). Однако комментируемый пункт резко ослабляет требование специальности для договора залога товаров в обороте, устанавливая, что предмет залога описывается в данном случае путем указания на: (а) родовые признаки товара и (б) их местонахождение.

Родовые признаки товаров – это признаки, позволяющие отнести товары к тому или иному множеству, причем в законе нет никаких особых требований к тому, насколько широким или узким может быть это множество. Таким образом, требование закона об описании предмета договора залога товаров в обороте будет соблюдено и тогда, когда в договоре в качестве предмета будут фигурировать «офисные столы», и «офисная мебель», и «мебель», и даже «любые товары».

Другой возможный (слова «может быть определен» следует интерпретировать ограничительно) способ описания предмета договора залога товаров в обороте – местонахождение заложенных товаров. Местонахождение описывается путем указания на здания, помещения или земельные участки, на (или в) которых находятся заложенные товары. В этом случае предметом договора залога товаров в обороте являются товары, определенные родовыми признаками и находящиеся в определенном месте. В случае если в указанном месте товары, соответствующие определенным в договоре признакам, отсутствуют, то это будет означать, что кредитор не сможет обратиться с иском на имущество залогодателя в приоритетном порядке.

Если в договоре точное место нахождения товаров не зафиксировано, то залог будет распространяться на любые товары указанного в договоре рода, где бы они ни находились.

Таким образом, включив соответствующие положения в п. 1 ст. 357 ГК РФ, по сути, законодатель поддержал практику Президиума ВАС РФ, который в одном из дел признал, что в договоре залога товаров в обороте индивидуализации предмета договора не требуется (Постановление Президиума ВАС РФ от 28 мая 2002 г. № 1663/01).

1.3. Другим существенным условием договора залога товаров в обороте является стоимость товаров. Данное условие выполняет важную функцию: у залогодателя есть право заменять состав и натуральную форму (имеется в виду право залогодателя перерабатывать товары; ср. известную российскому праву периода НЭПа конструкцию залога товаров в переработке) до тех пор, пока совокупная стоимость товарной массы не будет меньше обозначенной в договоре денежной суммы.

В случае если долг, обеспеченный залогом товаров в обороте, уменьшается, то пропорционально уменьшается и ценность товарной массы, которую должен поддерживать залогодатель (абз. 2 комментируемого пункта). Закон не регулирует обратную ситуацию (возрастание долга вследствие просрочек должника), однако диспозитивность нормы позволяет установить любое регулирование таких ситуаций в договоре.

1.4. В законе отсутствуют нормы о последствиях снижения стоимости заложенной товарной массы ниже суммы, указанной в договоре. По всей видимости, этот случай следует отнести к «нарушению залогодателем условий залога товаров в обороте» (п. 4 комментируемой статьи), что дает залогодержателю право потребовать приостановления оборота товаров вплоть до устранения нарушений. Если при этом должник по обеспеченному требованию допустит просрочку, то залогодержатель сможет обратиться с иском на товары.

Разумеется, сделки залогодателя, в результате совершения которых произошло снижение стоимости заложенной товарной массы ниже предела, указанного в договоре, будут являться действительными, так как они нарушают лишь двусторонние договоренности залогодателя и залогодержателя, а не предписания закона.

В договоре залога товаров в обороте может быть установлено, что последствием нарушения обязанности залогодателя поддерживать определенную стоимость заложенной товарной массы является обязанность залогодателя уплатить залогодержателю неустойку (например в форме штрафа). Грубое нарушение этой обязанности является основанием для досрочного истребования обеспеченного долга и обращения с иском на заложенное имущество (ст. 343 ГК РФ).

1.5. Залог товаров в обороте может быть установлен как последующий залог. Это будет означать, что младший залогодержатель будет удовлетворять свои требования из стоимости товарной массы только после того, как свои требования удовлетворит старший залогодержатель.

1.6. Чуть более сложный вопрос — о сочетании залога товаров в обороте и залога специфицированного (т.е. залога конкретного, индивидуализированного имущества). Так, автомобиль, который был заложен банку по договору залога с индивидуализацией предмета залога (например, путем указания VIN), одновременно был заложен в составе товарной массы по договору залога товаров в обороте («автомобили на площадке и в автосалоне таком-то»).

В этом случае ранг залога товаров в обороте и специфицированного залога для добросовестных лиц будет определяться в зависимости от времени регистрации уведомления: чье уведомление будет зарегистрировано раньше, тот залогодержатель будет пользоваться старшинством.

Такой подход не соответствует принятым в других юрисдикциях (например в английском праве), в которых специфицированный залог всегда «сильнее» плавающего залога независимо от момента возникновения этих обременений.

1.7. Кроме того, в свете новых норм ГК РФ об определении старшинства (ст. 342¹ ГК РФ) более не актуальна позиция Президиума ВАС РФ, который в одном из дел (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2012 г. № 10292/12) признал, что «...при заключении нескольких договоров залога товаров в обороте для определения первоначального и последующего залогодержателей (ст. 342 ГК РФ) следует исходить из того, что право залога по договору залога товаров в обороте возникает не в момент заключения договора залога, а с момента исполнения залогодержателем (кредитором) обязанности по передаче залогодателю (должнику) денежных средств, обязательство по возврату которых обеспечивается данным залогом». Данное дело было рассмотрено высшей судебной инстанции в период, когда возможность учетной регистрации залогов товаров в обороте отсутствовала.

2. Суть залога товаров в обороте выражается в праве залогодателя свободно отчуждать товары, входящие в заложенную товарную массу.

2.1. Закон не устанавливает, что денежные средства, вырученные от продажи товаров, входящих в состав заложенной товарной массы, попадают в состав заложенного имущества. Исходя из специфики залога товаров в обороте (как права кредитора удовлетворяться из стоимости конкретной товарной массы), к залогам товаров в обороте не будут применяться правила об эластичности залога (см. комментарий к ст. 334, 345 ГК РФ; исключением, пожалуй, будет лишь случай страхования риска гибели всей заложенной товарной массы в целом).

Однако это не препятствует сторонам включить в договор залога товаров в обороте условие о том, что денежные средства за продаваемые товары должны зачисляться на банковский счет, права по которому будут заложены тому же залогодержателю.

2.2. Договором залога товаров в обороте может быть установлено, что залогодатель должен использовать денежные средства, вырученные от продажи товаров, входивших в заложенную товарную массу, для приобретения новых товаров, которые, опять же, должны войти в состав заложенной товарной массы.

Последствием нарушения этой обязанности является право залогодержателя остановить оборот товаров в соответствии с п. 4 комментируемой статьи.

2.3. Отличие залога товаров в обороте от тотального залога (п. 2 ст. 339 ГК РФ) заключается в том, что при залоге товаров в обороте отчуждение заложенных товаров из собственности залогодателя прекращает залог. При тотальном залоге этого не происходит, залог сохраняется и будет следовать за вещью (за исключением случая приобретения заложенного имущества добросовестным приобретателем, ст. 352 ГК РФ).

3. ГК РФ вменяет в обязанность залогодателя вести книгу записей о товарах, которые находятся в залоге, и обо всех операциях (продажа, переработка заложенных товаров и проч.) с ними.

3.1. Хотя закон и не устанавливает обязанности залогодателя предъявлять эту книгу залогодержателю для целей контроля за поддержанием стоимости заложенной товарной массы, но эта обязанность лежит на залогодателе в силу существа соответствующих отношений и принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ). При добросовестности залогодателя книга, фиксирующая операции с заложенными товарами, является важным информационным источником для залогодержателя, который позволяет ему получать информацию о ходе бизнеса залогодателя. Это указывает на правильность известного тезиса о том, что плавающее обеспечение устанавливается в первую очередь ради контроля за бизнесом должника, а не для целей получения серьезного источника возврата долга.

3.2. Книга записи не является правоустанавливающим документом, ее отсутствие никак не влияет на существование и возможность реализации прав залогодержателя по обращению взыскания на заложенные товары. Однако в отсутствие книги записей либо вследствие небрежности ее ведения залогодержателю может быть затруднительно доказать, что находящиеся в определенном помещении (здании) товары являются предметом залога товаров в обороте. Именно такое повышенное значение книги записи в настоящее время сформировалось в практике окружных арбитражных судов.

В связи с этим целесообразным является включение в договор условия об освобождении залогодателя от обязанности по ведению книги записи в договоре залога товаров в обороте с одновременным более четким описанием предмета договора и места нахождения заложенной товарной массы, обязанности залогодателя информировать об изменениях товарной массы и включения в договор залога товаров в обороте права залогодержателя инспектировать место нахождения товаров и документов об обороте товаров.

4. В случае если залогодатель нарушает условия залога товаров в обороте (или допускает просрочку по обеспеченному обязательству — если соответствующее положение имеется в договоре залога товаров в обороте), залогодержатель вправе явиться в место нахождения заложенной товарной массы и остановить операции с заложенными товарами путем наложения своих знаков и печатей.

4.1. В юрисдикциях, которые используют аналоги в виде «плавающего обеспечения», это действие именуется «кристаллизация плавающего обеспечения», которая превращает плавающее обеспечение в «твердое» обеспечение (заложенными в рамках «твердого обеспечения» считаются именно те товары, которые залогодержатель смог обнаружить и зафиксировать свое преимущественное право удовлетвориться из их стоимости); при этом старшинство залога определяется именно по моменту кристаллизации, вне зависимости от того, когда был заключен договор о плавающем обеспечении; уведомление же о плавающем обременении (которое, как правило, регистрируется в реестрах юридических лиц) служит скорее уведомлением всем потенциальным кредиторам, что в случае дефолта имеющиеся активы будут не свободны от обременения.

Однако комментируемая статья таких тонких правовых решений не содержит; по всей видимости, единственная цель процедуры наложения знаков и печатей на заложенные товары заключается лишь в том, чтобы предотвратить их последующую продажу третьим лицам, сохранив возможность кредитора удовлетвориться из их стоимости.

4.2. В ходе реформы залогового права 2014 г. в п. 4 ст. 357 ГК РФ была добавлена новая норма, устанавливающая способ фиксации наличия заложенной товарной массы у залогодателя: «В целях различения указанных заложенных товаров и иных вещей может быть нотариально удостоверен факт нахождения заложенных товаров в определенном месте в определенное время».

По всей видимости, нотариальная фиксация нахождения заложенных товаров необходима в первую очередь не для целей реализации собственно права на обращение взыскания (ведь если залогодатель сотрудничает с залогодержателем и добровольно впоследствии выдаст заложенные товары, то необходимости в составленном нотариальном акте просто не будет), а для целей последующего привлечения к ответственности (материальной, а возможно, и уголовной) должностных лиц залогодателя за утрату предмета залога и причинение тем самым убытков залогодержателю.

4.3. В принципе, достаточно дискуссионным может быть вопрос о том, не следует ли считать, что с момента остановки оборота, а также составления нотариальной или составленной по двустороннему акту описи имеющейся товарной массы залог товаров в обороте преобразуется в обычный специфицированный залог. Соответственно, в случае отчуждения залогодателем описанных товаров право залога последует за товаром при недобросовестности приобретателя, который в момент приобретения товаров мог знать о трансформации залога товаров в обороте в специфицированный залог. Появление фигуры недобросовестного приобретателя, а значит и эффекта следования вполне возможно, если залогодатель после остановки оборота и фиксации товарных остатков регистрирует уведомление о залоге с указанием попавших под специфицированный залог товаров. Представляется, что такое решение как минимум достойно внимания, но пока в российской судебной практике не признано. В любом случае такое решение о возможности трансформации типа залога вполне может быть реализовано на уровне условий договора залога товаров в обороте.

Статья 358. Залог вещей в ломбарде

1. Принятие от граждан в залог движимых вещей, предназначенных для личного потребления, в обеспечение краткосрочных займов может осуществляться в качестве предпринимательской деятельности специализированными организациями — ломбардами.

2. Договор займа оформляется выдачей ломбардом залогового билета.

3. Закладываемые вещи передаются в ломбард.

Ломбард обязан страховать в пользу залогодателя за свой счет принятые в залог вещи в полной сумме их оценки, соответствующей ценам на вещи такого рода и такого качества, обычно устанавливаемым в торговле в момент их принятия в залог.

Ломбард не вправе пользоваться и распоряжаться заложенными вещами.

4. Ломбард несет ответственность за утрату заложенных вещей и их повреждение, если не докажет, что утрата, повреждение произошли вследствие непреодолимой силы.

5. В случае невозвращения в установленный срок суммы займа, обеспеченного залогом вещей в ломбарде, ломбард по истечении льготного месячного срока вправе продать это имущество в порядке, установленном законом о ломбардах. После этого требования ломбарда к залогодателю (должнику) погашаются, даже если сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, недостаточна для их полного удовлетворения.

6. Правила кредитования граждан ломбардами под залог принадлежащих гражданам вещей устанавливаются законом о ломбардах в соответствии с настоящим Кодексом.

7. Условия договора займа, ограничивающие права залогодателя по сравнению с правами, предоставляемыми ему настоящим Кодексом и другими законами, ничтожны. Вместо таких условий применяются соответствующие положения закона.

Комментарий

1. Ломбардный залог — это традиционная залоговая сделка, смысл которой заключается в закладе гражданами личных вещей в обеспечение небольших по своей сумме краткосрочных займов.

1.1. Ломбардные операции оцениваются законодателем как сфера потенциальных злоупотреблений со стороны ломбардов по отношению к гражданам-залогодателям, что связано с особенностями тех жизненных ситуаций, в которых граждане обычно заключают ломбардные сделки (внезапно возникшая необходимость в денежных средствах для решения каких-то срочных проблем и т.п.).

В связи с этим ГК РФ и специальным Законом о ломбардах предусматривается довольно жесткое регулирование деятельности ломбардов по выдаче займов и реализации заложенного им имущества. Например, установлено, что ломбарды могут заключать договоры займа лишь с 8 утра до 20 вечера (ч. 3 ст. 2 указанного Закона), ломбарды обладают специальной правоспособностью, в частности, они могут заключать лишь договоры займа, заклада и хранения, а также оказывать консультационные и информационные услуги (ч. 4 ст. 2 Закона о ломбардах) и т.п.

2. Договор займа и связанный с ним договор заклада заключаются путем оформления залогового билета. Требования к билету и его содержанию установлены в ст. 7 Закона о ломбардах, причем законодатель императивно устанавливает необходимость указания в залоговом билете на ряд прав заемщика (право остановить процедуру реализации предмета заклада путем возврата долга; право на получение положительной разницы между суммой долга и стоимостью предмета заклада и т.п.). Нарушение требований к содержанию билета является основанием для признания ломбардной сделки недействительной (ч. 8 ст. 7 Закона о ломбардах) по иску как заемщика, так и ломбарда. Последнее выглядит особенно странно, с учетом того что именно ломбард является стороной, разрабатывающей бланк залогового билета.

2.1. Особенностью ломбардного заклада является то, что к существенным условиям договора законодатель отнес залоговую стоимость предмета заклада. Это отличает ломбардный заклад от обычного договора залога, в котором залоговая стоимость не является существенным условием договора.

2.2. Договоры займа и заклада считаются заключенными соответственно с момента выдачи суммы займа и передачи ломбарду во владение предмета заклада.

3. Владение предметом залога осуществляет ломбард. До передачи закладываемой вещи залогодержателю договор залога не считается заключенным.

3.1. Закон обязывает ломбард страховать находящиеся у него во владении предметы залога. Последствия нарушения этой обязанности будут исключительно публично-правовыми; ЦБ РФ, контролирующий деятельность ломбардов, будет вправе

принять меры, предусмотренные Законом о ломбардах, вплоть до ликвидации ломбарда.

3.2. Норму комментируемого пункта о запрете ломбарду распоряжаться заложенными ему вещами следует толковать ограничительно: она не касается распоряжения заложенной ломбарду вещью, которое осуществляется ломбардом в ходе процедуры реализации предмета залога.

4. Ответственность ломбарда за сохранность переданных ему вещей строгая (впрочем, как у любого субъекта предпринимательской деятельности): он отвечает за утрату или порчу предмета залога, переданного ему на хранение, которые произошли вследствие любых событий, за исключением непреодолимой силы. Если, например, вещь, переданная ломбарду, погибла по причинам, не относящимся к непреодолимой силе, заемщик может зачесть свой долг перед ломбардом в счет права требовать возмещения убытков с ломбарда.

5. Если заемщик не возвращает выданный ему заем, ломбард может обратиться взыскание на предмет залога. Такое обращение взыскания допускается не ранее истечения месяца с момента наступления срока возврата займа. Обращение взыскания осуществляется по общему правилу в нотариальном порядке путем совершения исполнительной надписи (ч. 3 ст. 12 Закона о ломбардах), однако в договоре займа и залога (т.е. в залоговом билете) стороны вправе договориться о том, что обращение взыскания будет осуществляться без нотариуса (по всей видимости, для этого достаточно простого уведомления залогодателя о начале обращения взыскания). Получается, что данная норма является специальной по отношению к общему правилу о необходимости нотариального удостоверения договора для целей использования при обращении взыскания исполнительной надписи нотариуса (п. 6 ст. 349 ГК РФ). Ни ГК РФ, ни Закон о ломбардах не требуют судебной формы обращения взыскания на предмет залога.

5.1. Реализация предмета залога осуществляется ломбардом самостоятельно либо путем проведения торгов, либо путем прямой продажи предмета залога. Если предмет залога был оценен сторонами в залоговом билете в сумме более чем 30 тыс. руб., то реализация предмета залога осуществляется исключительно путем торгов, проводимых в соответствии с положениями ГК РФ (ст. 447–449 ГК РФ).

5.2. Существенной особенностью ломбардного залога является то, что в случае, если сумма, вырученная ломбардом за заложенную вещь, будет меньше суммы долга, разница не может быть взыскана с заемщика, соответствующий долг прекращается. Таким образом, у ломбарда нет стимула занижать сумму продажи предмета залога. Но побочным следствием этого императивного (в силу п. 7 комментируемой статьи) правила будет заниженная оценка ломбардом предмета залога; ведь в случае, если ломбарду не удастся выручить за эту вещь сумму, равную размеру выданного займа, остаток суммы будет чистым убытком ломбарда. В случае с обычным займом под залог риски кредитора несколько меньше, так как существует возможность взыскать образующуюся разницу с должника на общих основаниях, и это позволяет оценивать предмет залога несколько выше, чем может позволить себе ломбард.

5.3. Однако в случае если при продаже предмета залога образовалась положительная разница (в пользу залогодателя), то соответствующая денежная сумма подлежит выдаче залогодателю, как и в случае с обычным залогом. Срок, установленный

законом для востребования этой суммы, является пресекательным и составляет три года (ч. 5 ст. 13 Закона о ломбардах).

6. К отношениям, связанным с выдачей ломбардами займов гражданам, применяются не только положения ГК РФ о займе, но и Закона о ломбардах и, что важно, Закона о потребительском кредите (ч. 1¹ ст. 2 Закона о ломбардах).

7. Условия договора займа и залога, которые ограничивают права заемщика-закладодателя, по сравнению с нормами ГК РФ о займе и залоге, Закона о ломбардах, Закона о потребительском кредите являются ничтожными. Эта норма крайне важна в условиях действия п. 1 ст. 168 ГК РФ, который устанавливает общий режим оспоримости положений договора, нарушающих императивные нормы закона. Таким образом, в случае если положения залогового билета отклоняются от императивных норм закона либо ухудшают положение заемщика по сравнению с правилом, содержащимся в императивной норме закона, то подлежит применению норма законодательного акта, а не условие залогового билета.

Статья 358¹. Залог обязательственных прав

1. Предметом залога могут быть имущественные права (требования), вытекающие из обязательства залогодателя. Залогодателем права может быть лицо, являющееся кредитором в обязательстве, из которого вытекает закладываемое право (правообладатель).

Если законом или договором залога права не установлено иное, предметом залога являются все принадлежащие залогодателю права, которые вытекают из соответствующего обязательства и могут быть предметом залога.

2. Предметом залога может быть право, которое возникнет в будущем из существующего или будущего обязательства.

3. Если иное не установлено законом или договором либо не следует из существа обязательства, предметом залога могут быть часть требования, отдельное требование или несколько требований, вытекающих из договора или иного обязательства.

4. Предметом залога по одному договору залога может быть совокупность прав (требований), каждое из которых вытекает из самостоятельного обязательства, в том числе совокупность будущих прав, а также совокупность существующих и будущих прав.

5. Если заложенное право прекратилось в связи с окончанием срока его действия до обращения на него взыскания залогодержателем, залогодержатель не вправе требовать досрочного исполнения основного обязательства, исполнение которого было обеспечено залогом этого права.

6. В случаях, установленных законом или договором, при обращении взыскания на заложенное право и реализации заложенного права к его приобретателю вместе с этим правом переходят связанные с ним обязанности.

Комментарий

1. Положения о залоге обязательственных прав являются новеллами залогового права и появились в ГК РФ в 2014 г. До комментируемых изменений единствен-

ное регулирование залога обязательственных прав содержалось в Законе о залоге (ст. 54–58, разд. IV Закона о залоге). Однако это регулирование было с содержательной точки зрения пробельным и неудовлетворительным.

Вместе с тем в развитых экономиках залог обязательственных прав является одним из наиболее популярных способов обеспечения обязательств. Типичный пример таких сделок: кредитование банком производителя товаров под залог тех требований, которые возникают у производителя в отношении покупателей этих товаров.

В § 3 гл. 23 ГК РФ залог обязательственных прав посвящены ст. 358¹–358⁸.

Залог обязательственных прав, очевидно, не является вещным правом в строгом смысле этого слова (так как его объектом является не вещь, а требование одного лица к другому), а представляет собой своеобразную конструкцию права на присвоение заложенной ценности (если залогодатель не исполнит обеспеченное обязательство, то залогодержатель имеет приоритет перед другими кредиторами залогодателя при обращении взыскания на заложенное требование).

1.1. Предметом залога могут быть любые оборотоспособные (см. п. 2 ст. 358² ГК РФ) обязательственные права, которые принадлежат залогодателю как кредитору в отношениях с третьими лицами – должниками. Оборотоспособность права является важнейшим и неотъемлемым качеством предмета залога, так как залог предполагает отчуждение права от залогодателя (в данном случае – кредитора по заложенному праву) в случае обращения взыскания; понятно, что если изменение кредитора по требованию невозможно, то залог этого права является бессмысленным.

1.2. Выражение закона «залогодателем может быть лицо, являющееся кредитором в обязательстве» не следует понимать буквально: закон (см. далее п. 2 ст. 358¹ ГК РФ и комментарий к нему) допускает в том числе залог будущих прав. В этом случае имеет место та же конструкция, которая возникает при залоге будущих вещей (см. п. 2 ст. 335 ГК РФ и комментарий к нему): договор залога может быть заключен и лицом – залогодателем, которое в момент заключения договора залога еще не является кредитором.

1.3. Во избежание сомнений в том, что именно заложено кредитору – только ли право на получение основного долга или также еще и право на получение процентов, и право на получение неустойки, и иные вытекающие из обязательственной связи с должником дополнительные права – законодатель в абз. 2 комментируемого пункта указывает, что заложенными считаются все права, имеющиеся у кредитора в связи с соответствующим обязательством.

2. В комментируемом пункте закон говорит о возможности заложить как права, которые возникнут в будущем из существующего обязательства, так и права по обязательствам, которые сами возникнут в будущем.

2.1. Как уже отмечалось в комментарии к п. 3 ст. 341 ГК РФ, понятие будущего права не порождает каких-либо сложностей, когда речь идет о праве, правовое основание которого (договор, деликт и т.п.) еще не возникло к соответствующему моменту (такое право однозначно является будущим), или о праве из возникшего обязательства, ожидающем наступления срока своего осуществления (здесь однозначно право является не будущим, а существующим). Спорным же является вопрос о будущем или существующем характере права, наступление или осуществление

которого поставлено под то или иное отлагательное условие (включая так называемое условие права). Речь идет, например, о праве требовать возврата кредита до его предоставления, о праве требовать оплаты за еще не поставленный товар в ситуации, когда срок оплаты привязан к моменту поставки, о праве взыскать неустойку или убытки до момента нарушения договора, о праве требовать возмещения потерь до момента их фактического возникновения или выплаты страхового возмещения до момента наступления страхового случая и т.п.

Острота этой проблемы связана с тем, что п. 1 ст. 358⁵ ГК РФ связывает момент возникновения залога будущих требований с моментом их возникновения (см. ниже). В то же время ответа на этот вопрос в судебной практике пока нет.

2.2. Конструкция залога будущих прав порождает те же затруднения, которые порождает конструкция залога будущих вещей: возникает вопрос, с какого момента считается существующим залоговое право?

Законодатель попытался ответить на этот вопрос в п. 1 ст. 358⁵ ГК РФ, установив, что при залоге будущих требований залог считается возникшим с момента возникновения соответствующего права.

2.3. При стечении залогодержателей, которым залогодатель заложил свое будущее право до момента его возникновения, с учетом того что момент возникновения предмета залога для всех таких залогодержателей одинаков, старшинство должно определяться в зависимости от порядка записей в реестре залоговых уведомлений и установления того, знал ли последующий залогодержатель о существовании ранее заключенного, но не учтенного в реестре уведомлений о залоге предыдущего залога того же будущего права.

Впрочем, вряд ли такое регулирование может причинить неудобство добросовестному залогодержателю, проверяющему перед заключением договора реестр уведомлений о залогах. Если в таком реестре при поиске по залогодателю нет соответствующей информации, залогодержатель может быть уверенным, что он будет старшим залогодержателем, даже если впоследствии о себе заявят иные залогодержатели, приобретшие права залога в момент возникновения соответствующего требования.

3. Предметом залога может быть как все обязательство в целом, так и его часть (п. 3 ст. 358¹ ГК РФ) при условии, разумеется, делимости предмета обязательства (деньги, нефть, зерно и проч.). Например, возможен залог части требования о возврате выданного кредита. Это связано с тем, что ГК РФ принципиально допускает «расщепление» обязательства с делимым предметом, в том числе для целей его уступки (см. п. 2 ст. 384 ГК РФ).

3.1. ГК РФ уточняет также, что предметом залога может быть совокупность требований, возникающих из одного договора (например, требование об оплате долга за поставленное оборудование и долга за передачу программного обеспечения, необходимого для его эксплуатации); разумеется, возможен и залог одного требования без залога иных требований, возникших из данного договора (например, залог требования об уплате цены за одну из трех отгруженных партий товара).

Такая детализация норм о предмете договора залога оказалась необходимой в связи с крайне неблагоприятной практикой арбитражных судов, долгое время признававших недействительными договоры уступки и договоры залога требований

в связи с дефектами, по мнению судов, в описании предмета сделок, а также долгое время господствовавшим взглядом о недопустимости уступки части требования (см. подробнее комментарий к [гл. 24 ГК РФ](#)).

По всей видимости, в настоящее время эти проблемы следует считать решенными.

4. Стороны могут установить в договоре залога обязательственных прав, что предметом залога является совокупность обязательственных требований, возникающих из разных договоров. Это могут быть как договоры одного вида (например, несколько договоров поставок (заключенных как с одним и тем же, так и с разными лицами), так и договоры разных видов (поставка, аренда, заём и проч.).

В этом случае предмет залога должен рассматриваться как имущественный комплекс, аналогичный сложной вещи (ст. 134 ГК РФ). Это означает, что в отсутствие волеизъявления залогодержателя или залогодателя обращение взыскания и реализация указанной совокупности прав должны осуществляться в целом, одним лотом (см., например, п. 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. [№ 10](#)). Разумеется, при этом должны учитываться нормы ст. 334 ГК РФ о том, что залогодержатель не может получить из залога сумму, которая будет больше, чем сумма долга.

5. Залог обязательственных прав, принадлежащих залогодателю в отношении третьих лиц, имеет смысл тогда, когда срок исполнения обязательств должников перед залогодателем больше, чем срок исполнения обязательства, обеспеченного залогом. В противном случае к моменту, когда должник, чей долг обеспечен залогом прав, должен будет исполнить долг, кредитор вполне может остаться без обеспечения.

Однако вовсе нет необходимости полностью отрицать саму возможность использовать в качестве обеспечения и требования к третьим лицам, срок исполнения которых меньше срока исполнения обеспеченного долга¹. Ведь в определенных случаях обеспеченный долг может быть истребован досрочно.

5.1. Определенная проблема неизбежно возникнет в связи с тем, что в соответствии с положениями ГК РФ о займе (ст. 813 ГК РФ) отпадение обеспечения является основанием для досрочного востребования всего долга в целом.

Однако разбираемая ситуация будет все же отличаться спецификой: ведь принимая в залог требование со сроком исполнения меньше, чем срок исполнения обеспеченного обязательства, кредитор-залогодержатель неизбежно осознает это и, следовательно, добровольно принимает на себя все риски, связанные с разницей в сроках. В связи с этим законодатель посчитал необходимым установить, что прекращение обеспеченного долга до момента возникновения основания для обращения взыскания (просрочки должника по обеспеченному требованию) не является основанием для акселерации основного долга. При этом в законе указано только на прекращение заложенного права по причине истечения срока

¹ Любопытно, кстати, что в судебной практике долгое время существовала аналогичная позиция в отношении банковской гарантии: суды признавали гарантии со сроком действия меньше срока исполнения обеспеченного обязательства недействительными в связи с отсутствием у таких гарантий «обеспечительной функции». Однако Пленум ВАС РФ решил эту проблему иначе, признав, что обеспечительная функция может заключаться, например, в том, что гарантия будет обеспечивать те права, которые могут возникнуть у кредитора досрочно (см. п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. [№ 14](#)).

его действия. Наличие у обязательства пресекательного срока действия — явление достаточно редкое. Соответственно, сфера действия этого правила очень узкая. В тех же случаях, когда заложенное право прекращается зачетом, предоставлением отступного, новацией, смертью или ликвидацией должника, а также надлежащим исполнением, право залогодержателя требовать досрочного исполнения обеспеченного долга в связи с отпадением обеспечения закон, видимо, допускает.

Эта норма является диспозитивной. Целесообразность ее изменения в договоре существует, например, тогда, когда залогодержатель и залогодатель договариваются о том, что помимо заложенного права залогодатель в будущем должен будет предоставить иное обеспечение; если иное обеспечение не будет предоставлено, а срок существования заложенного права истечет ранее срока исполнения обеспеченного требования, кредитор будет вправе осуществить акселерацию долга.

6. В п. 6 комментируемой статьи рассматривается случай, когда реализация заложенного обязательственного права при обращении на него взыскания в силу прямого указания в законе или договоре возможна одновременно с переводом долга.

При этом не стоит забывать, что такая комплексная передача прав и обязанностей по договору (будь то по договору или в порядке обращения взыскания) возможна по общему правилу с согласия другой стороны договора и при отсутствии такого согласия является ничтожной (п. 2 ст. 391 ГК РФ). Поэтому при обращении взыскания необходимо заручиться согласием соответствующего контрагента залогодателя (например, в отношении случая судебного обращения взыскания на право аренды об этом прямо говорит ч. 10 ст. 89 Закона об исполнительном производстве). К этому же режиму имеют отношение и те случаи, когда закон, не говоря об обращении взыскания прямо, допускает передачу одной стороной договора прав и обязанностей по договору без согласия другой стороны договора (например, п. 9 ст. 22 ЗК РФ устанавливает такую возможность для некоторых видов договоров аренды земли). Если закон допускает передачу прав и обязанностей по таким договорам без согласия другой стороны договора, то и обращение взыскания на права по такому договору, видимо, должно влечь перенос на приобретателя такого права соответствующих обязанностей.

Статья 358². Ограничения залога права

1. Залог права не требует согласия должника правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных законом или соглашением между правообладателем и его должником.

2. В случаях, когда соглашением между правообладателем и его должником уступка права запрещена или невозможность уступки права вытекает из существа обязательства, залог права не допускается, если законом не установлено иное.

3. Залог права допускается только с согласия должника правообладателя в случаях, если:

1) в силу закона или соглашения между правообладателем и его должником для уступки права (требования) необходимо согласие должника;

2) при обращении взыскания на заложенное право и его реализации к приобретателю права должны перейти связанные с заложенным правом обязанности (пункт 6 статьи 358¹).

4. Если иное не предусмотрено законом, нарушение правообладателем указанного в договоре с должником, связанном с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, ограничения по уступке или залогоу права (требования) влечет последствия, предусмотренные пунктом 3 статьи 388 настоящего Кодекса.

Комментарий

1. Как уже отмечалось, для залога требований необходимо, чтобы последние были оборотоспособны. Собственно, эта норма является проявлением известного принципа: «что нельзя продать, то нельзя и заложить». В то же время сама эта норма явно неудачна, так как пытается дублировать нормы, которые содержатся в гл. 24 ГК РФ об ограничениях на уступку (п. 2 ст. 382 и п. 3 ст. 388 ГК РФ), создавая при этом абсолютно ничем не оправданные отличия в регулировании.

1.1. Права, уступка которых или переход которых к третьим лицам по иным основаниям запрещены законом, не могут быть предметом залога, соответствующие сделки будут противоречить закону.

1.2. От случаев, когда уступка и поэтому залог запрещены законом, следует отличать случай, когда уступка (и, соответственно, залог) требования ограничена договором. Это может выражаться либо положением о запрете залога, либо положением о необходимости получения согласия должника для залога требования к нему. При этом такое ограничение должно считаться установленным и тогда, когда в договоре речь идет о запрете или необходимости получения согласия должника не на залог, а на обычную уступку права. Этот вывод косвенно следует из п. 3 комментируемой статьи. Как правило, подобные договорные ограничения включаются в договор по настоянию должников, имеющих сильную переговорную позицию, в связи с их желанием зафиксировать фигуру кредитора и не иметь необходимости сталкиваться с иными лицами по причинам, не связанным с собственно гражданским правом (например, во избежание возможных подозрений в совершении сделок с так называемыми фирмами-однодневками).

2. Каковы последствия залога прав в нарушение ограничений, установленных в законе или договоре? Пункт 2 комментируемой статьи говорит о том, что залог «не допускается» в случаях, когда запрет вытекает как из закона, так и из договора, но правовые последствия нарушения данного ограничения не устанавливает. Соответственно, здесь необходимо обратиться к иным нормам ГК РФ.

Если залог установлен в отношении прав, уступка которых прямо запрещена законом (например, уступка права на получение алиментных выплат), соответствующий залог является ничтожным (п. 1 ст. 174¹ ГК РФ).

Последствия нарушения залогодателем договорного запрета на уступку по логике должны были бы определяться по правилам п. 2 ст. 382 и п. 3 ст. 388 ГК РФ (оспоримость договора залога неденежных требований и сохранение в силе залога денежных требований с возмещением залогодателем убытков, возникающих у его контрагента в связи с нарушением договорного запрета на уступку). Но ситуация осложняется наличием в комментируемой статье п. 4, устанавливающего особенности в определении последствий заключения договора залога обязательственных

прав в нарушение ограничений, согласованных в сугубо предпринимательском договоре. Подробнее см. комментарий к п. 4.

3. Пункт 3 комментируемой статьи повторяет и без того очевидную истину о том, что залог обязательственных прав в нарушение положений закона или соглашения сторон о необходимости получения согласия должника на уступку без такого согласия не допускается, опять же не оговаривая последствий нарушения такого законодательного или договорного ограничения.

Если в силу закона уступка возможна только с согласия должника по обязательству, залог, установленный без такого согласия, может быть оспорен по правилам ст. 173¹ ГК РФ. Если же необходимость получения такого согласия установлена в договоре с должником, то последствия залога прав без такого согласия определяются по правилам п. 2 ст. 382 и п. 3 ст. 388 ГК РФ с учетом специфики, определенной в п. 4 комментируемой статьи.

3.1. Другой случай, когда в силу комментируемого пункта для залога права требуется согласие должника – это ситуации, когда одновременно с переходом прав к новому кредитору одновременно перейдут и обязанности прежнего кредитора – залогодателя. Как уже упоминалось, главным из таких случаев является залог прав, возникших из договора аренды.

Защита интересов арендодателя требует, чтобы залог таких прав осуществлялся с его согласия.

Однако исключения из этого правила могут быть установлены законом. Например, в п. 9 ст. 22 ЗК РФ установлено, что права арендатора по договору аренды земельного участка, заключенному на срок более пяти лет, могут свободно передаваться третьим лицам в порядке перенайма; при этом требуется лишь простое уведомление арендодателя о совершаемых сделках. Очевидно, что эта же норма должна применяться и к залогам.

4. Как уже отмечалось, в случае если договор содержит ограничение на свободную уступку или на залог прав, то нарушение этого ограничения не приводит к ничтожности сделки.

Применение общих положений ГК РФ об уступке приводило бы к следующим выводам. При нарушении договорного ограничения уступки (залога) в силу п. 2 ст. 382 ГК РФ сделка уступки (залога) может быть признана недействительной, если будет доказано, что цессионарий (залогодержатель) знал или должен был знать о договорном ограничении. Но это положение в силу наличия специальной нормы п. 3 ст. 388 ГК РФ применяется только к уступке (а значит и к залогам) неденежных требований. Там же, где речь идет о денежных требованиях, в силу п. 3 ст. 388 ГК РФ уступка (а значит и залог) прав будет действительна вне зависимости от того, знал или не знал залогодержатель права об ограничениях, но cedent (залогодатель) будет нести ответственность перед своим должником за нарушение договорного запрета на уступку (возмещение убытков, уплата неустойки и т.п.).

Ситуация осложняется тем, что законодатель зачем-то решил урегулировать этот вопрос отдельно применительно к залогам, не синхронизируя это регулирование с общими правилами ГК РФ об уступке.

В силу комментируемого пункта то решение, которое закреплено в п. 3 ст. 388 ГК РФ в качестве последствия нарушения договорного запрета на уступку денежных

требований (а именно невозможность оспорить уступку или залог), распространяется на залог любых (не только денежных) обязательственных прав, вытекающих из сугубо предпринимательского договора.

Следует ли из текста комментируемой нормы делать вывод, что залог денежных требований, вытекающих из иных договоров, может быть оспорен по правилам п. 2 ст. 382 ГК РФ? Думается, что нет. В таких ситуациях вполне может применяться норма п. 3 ст. 388 ГК РФ. Соответственно, положение комментируемого пункта можно толковать как расширение сферы применения правила из п. 3 ст. 388 ГК РФ: правило о невозможности оспорить уступку, совершенную в нарушение договорного запрета, переносится на залог как денежных, так и неденежных требований.

Получается, что уступка права на получение недвижимости по результатам реализации инвестиционного контракта в нарушение договорного запрета на такую уступку может быть оспорена, в то время как залог того же права (влекущий, по сути, тот же эффект перехода права в результате обращения на него взыскания) в нарушение аналогичного запрета оспорен быть не может. Достаточно очевидно, что никакой логики в такой пестроте регулирования нет.

В связи с этим неудачное положение п. 4 комментируемой статьи следует толковать ограничительно, и во имя обеспечения согласованности этой нормы и п. 3 ст. 388 ГК РФ данное положение следует применять только к залогоу денежных требований.

Статья 358³. Содержание договора залога права

1. В договоре залога права наряду с условиями, предусмотренными статьей 339 настоящего Кодекса, должны быть указаны обязательство, из которого вытекает закладываемое право, сведения о должнике залогодателя и сторона договора залога, у которой находятся подлинники документов, удостоверяющих закладываемое право.

В случае, если предметом залога является принадлежащее залогодателю право требовать уплаты денежной суммы, в договоре залога может быть указан размер этой суммы или порядок ее определения.

Если в договоре залога не указано, что подлинники документов, удостоверяющих закладываемое право, остаются у залогодателя или передаются нотариусу на хранение, залогодатель обязан передать такие подлинники в срок, указанный в договоре залога, или, если договором указан срок не установлен, в разумный срок залогодержателю по его требованию, предъявленному в письменной форме. Соглашением между залогодателем и залогодержателем может быть предусмотрено, что документы передаются на хранение третьему лицу.

При залоге права, если иное не предусмотрено законом или договором, обязанности, предусмотренные статьей 343 настоящего Кодекса, возлагаются на сторону договора залога, у которой находятся подлинники документов, удостоверяющих заложенное право.

2. В случаях, если предметом залога является совокупность прав (требований) или будущее право (пункты 2 и 4 статьи 358¹), сведения об обязательстве, из которого

вытекает закладываемое право, и о должнике залогодателя могут быть указаны в договоре общим образом, то есть посредством данных, позволяющих индивидуализировать закладываемые права и определить лиц, которые являются или на момент обращения взыскания на предмет залога будут являться должниками по этим правам.

Комментарий

1. Содержание договора залога обязательственных прав устанавливается ст. 358³ ГК РФ.

1.1. Дополнительным требованием к содержанию договора залога по сравнению с обычным залогом является указание на должника по заложенному праву; указание на то, у кого находятся подлинники документов, из которых вытекает заложенное право. Если закладывается денежное требование, то в договоре залога должен быть указан также размер обременяемого залогом требования либо порядок его определения.

1.2. Довольно важным вопросом является судьба подлинников документов, подтверждающих закладываемое право. Главный риск залогодержателя права — это уступка права кредитором другому лицу, которое не знало о залоге. Разумеется, факт раскрытия информации о залоге в реестре залоговых уведомлений во многом защищает залогодержателя, его залог будет продолжать существовать и в отношении нового цессионария (ср. сохранение залога при продаже заложенной вещи третьему лицу).

Однако интерес залогодержателя, как правило, заключается в том, чтобы вообще не допустить уступку. Для этих целей комментируемый пункт в качестве общего правила устанавливает, что залогодержатель может потребовать передачи ему подлинников документов, свидетельствующих о наличии у залогодателя обязательственного требования по отношению к третьему лицу. Маловероятно, что в отсутствие указанных документов кредитор сможет легко совершить уступку заложенного права в пользу разумного и осмотрительного цессионария. Впрочем, даже в отсутствие подлинных документов, подтверждающих право, кредитор имеет возможность распорядиться им, передав цессионарию. Таким образом, правило о передаче документов залогодержателю может остановить лишь добросовестных потенциальных цессионариев; против недобросовестного поведения cedent-залогодателя права и цессионария оно бессильно.

2. В п. 2 ст. 358³ можно обнаружить норму, которая схожа с нормой ст. 339 ГК РФ о том, что предмет залога может описываться в договоре залога наиболее общим образом: путем указания «данных, позволяющих индивидуализировать закладываемые права и определить лиц, которые являются или на момент обращения взыскания на предмет залога будут являться должниками по этим правам». Таким образом, ГК РФ допускает, в частности, «тотальный залог» не только вещей, которые принадлежат залогодателю, но и имущественных прав¹.

¹ Кстати, по всей видимости, норма п. 2 ст. 358³ ГК РФ является избыточной, потому что в п. 2 ст. 339 ГК РФ речь идет о «тотальном залоге» имущества залогодателя; обязательственные права, как известно, являются разновидностью имущества (ст. 128 ГК РФ).

Статья 358⁴. Уведомление должника

В случае залога прав уведомление должника по обязательству, права по которому закладываются, осуществляется по правилам статьи 385 настоящего Кодекса.

Комментарий

Как уже упоминалось, залог обязательственных прав может быть раскрыт в нотариальном реестре уведомлений о залоге; без этого такой залог не может противопоставляться третьим лицам — другим кредиторам залогодателя, а также новым приобретателям заложенного права, за исключением случаев, когда такие лица знали или должны были знать о залоге из иных источников (п. 4 ст. 339¹, п. 10 ст. 342 ГК РФ).

Однако для того, чтобы еще одно третье лицо — должник по заложенному праву — считалось знающим о залоге права (это крайне важно для реализации прав залогодержателя права, об этом см. ниже), законодатель в комментируемой норме вводит требование направления должнику уведомления о факте залога с применением к такому уведомлению правил ст. 385 ГК РФ об уведомлении должника при уступке.

На первый взгляд может показаться, что никакой логики в этой норме нет, так как в результате обращения взыскания на предмет залога произойдет уступка, а должник должен быть уведомлен о переходе права в силу общей нормы ст. 385 ГК РФ и без всякого напоминания о том в нормах о залоге. Зачем должнику знать о том, что требование к нему заложено, если сам факт заключения договора залога не приводит к перемене лиц в обязательстве? Получается, что должник должен быть уведомлен дважды: сначала о факте заключения договора залога, а затем о факте перехода права.

В то же время в ряде случаев необходимость поставить должника в известность о факте обременения требования к нему залогом может иметь значение (например, с учетом предусмотренного в п. 3 ст. 358⁶ ГК РФ права залогодержателя требовать от должника исполнения напрямую).

Из правил гл. 24 ГК РФ об уведомлении должника об уступке обращает на себя внимание положение п. 1 ст. 385 ГК РФ (которое подлежит применению и к залого обязательственных прав). Применение этого правила приводит к выводу о том, что должник по заложенному праву вправе не исполнять обязательство залогодержателю по правилам п. 3 ст. 358⁶ ГК РФ до представления ему доказательств залога права залогодержателем, либо уведомления о залоге права, направленного ему непосредственным кредитором по заложенному праву, т.е. залогодателем.

Данное правило является важным, так как оно защищает должника по заложенному праву от различного рода злоупотреблений, связанных с возможным направлением ему ложных уведомлений о залоге требований к нему и о необходимости исполнить обязательство не известному ему кредитору, а третьему лицу.

Статья 358⁵. Возникновение залога права

1. Залог права возникает с момента заключения договора залога, а при залоге будущего права с момента возникновения этого права.

2. Если залогом права обеспечено исполнение обязательства, которое возникнет в будущем, залог права возникает с момента возникновения этого обязательства.

Комментарий

1. При залоге права, принадлежащего залогодателю в момент заключения договора, залоговое право возникнет у залогодержателя с момента заключения договора.

Пожалуй, единственными исключениями из этого правила будут случаи, когда предметом залога выступают права по договору участия в долевом строительстве и права по договору долгосрочной (на срок год и более)¹ аренды недвижимости. В этом случае в силу положений п. 5 ст. 5 Закона об ипотеке к соответствующим сделкам подлежат применению нормы Закона об ипотеке, в том числе и правила о моменте возникновения залога – с момента регистрации соответствующих обременений в ЕГРП.

1.1. При залоге будущих прав залоговое право залогодержателя возникает в момент возникновения права, являющегося предметом залога, у залогодателя. В данной норме ГК РФ прослеживается аналогия с правилами о возникновении залога в отношении залога будущих вещей (ср. п. 2 ст. 341 ГК РФ и комментарий к нему).

При этом, разумеется, договор залога будущих прав вступает в силу и действует как обязательственная сделка, порождая права и обязанности между залогодателем и залогодержателем, с момента его подписания.

Подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 358¹ ГК РФ.

2. Залог прав может быть заключен ради обеспечения будущих требований залогодержателя к залогодателю (либо иному должнику).

В этом случае имеет место действие принципа акцессорности возникновения залога. Это означает, что для того, чтобы залоговое право в отношении требований возникло, залогодержатель должен стать кредитором залогодателя (или иного лица).

Комментируемая норма, опять же, по сути, повторяет положения о залоге вещей по будущим требованиям, не оговаривая при этом целый ряд важных деталей, которые имеются в п. 3 ст. 341 ГК РФ. Речь идет о том, что в силу п. 3 ст. 341 ГК РФ множество правовых эффектов залога (включая блокирование распоряжения и т.п.) будут возникать и до появления обеспечиваемого долга – в сам момент заключения договора (см. п. 3 ст. 341 ГК РФ и комментарий к нему). Видимо, отсутствие этих оговорок к комментируемой норме не следует рассматривать как исключение этих общих правил.

Статья 358⁶. Исполнение обязательства должником залогодателя

1. Должник залогодателя, право требования к которому заложено, исполняет соответствующее обязательство залогодателю, если договором залога не предусмотрено иное.

¹ В силу п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 января 2005 г. № 90 права аренды, вытекающие из краткосрочного договора аренды, который не требует государственной регистрации, могут быть предметом залога, но при этом правила об ипотеке к таким договорам не применяются.

Если договором залога предусмотрено право залогодержателя получить исполнение от должника по обязательству, право по которому заложено, должник, уведомленный об этом (статья 358⁴), обязан исполнять свое обязательство залогодержателю или указанному им лицу.

2. Если иное не установлено договором залога, при получении от своего должника в счет исполнения обязательства денежных сумм залогодатель по требованию залогодержателя обязан уплатить ему соответствующие суммы в счет исполнения обязательства, обеспеченного залогом.

Если иное не предусмотрено договором залога, денежные суммы, полученные залогодержателем от должника залогодателя по заложенному праву (требованию), засчитываются в погашение обязательства, в обеспечение исполнения которого заложено соответствующее право.

3. 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, в том числе право на подачу заявлений об исполнении обязательств до востребования, если предметом залога является требование по обязательству до востребования.

4. Законом или договором залога права может быть предусмотрено, что денежные суммы, полученные залогодателем от его должника в счет исполнения обязательства, право (требование) по которому заложено, зачисляются на залоговый счет залогодателя. К такому счету применяются правила о договоре залога прав по договору банковского счета.

Комментарий

1. Должник по заложенному обязательству должен исполнить свои обязанности залогодателю (п. 1 ст. 358⁶ ГК РФ).

1.1. Это законодательное решение не всегда может соответствовать экономической логике. Залогодержатель может быть заинтересован в получении исполнения (причем даже в отсутствие просрочки должника по обеспеченному требованию в рамках погашения кредита, в обеспечение возврата которого был установлен залог прав) от должника по заложенному праву для целей прекращения обеспеченного долга. В связи с этим важно обратить внимание на то, что эта норма является диспозитивной, стороны договора залога вправе установить иное, например, прямое исполнение залогодержателю, что будет погашать долг должника перед ним (абз. 2 п. 2 ст. 358⁶ ГК РФ).

Понятно, что в этом случае залогодатель должен направить должнику по заложенному требованию уведомление о залоге, которое должно содержать распоряжение о переадресации исполнения. Должник по заложенному праву в силу прямого указания в комментируемом пункте связан таким волеизъявлением и обязан осуществить исполнение не в пользу залогодателя, а в пользу залогодержателя права.

Нарушение этой обязанности породит у должника по заложенному праву обязанность возместить все причиненные залогодателю убытки.

1.2. При этом достаточно очевидно, что при наличии такого условия в договоре кредитором по обязательству остается залогодатель, и залогодержатель лишь управомочен на получение исполнения, не приобретая полноценное право требовать исполнения от должника по суду. Последняя возможность предоставляется залогодержателю

в силу п. 3 комментируемой статьи при возникновении оснований для обращения взыскания на заложенное право.

2. Согласно комментируемому пункту, если должник по заложенному праву осуществляет платеж в адрес залогодателя, последний обязан перечислить все поступившие денежные средства залогодержателю.

При этом денежные средства могли бы считаться находящимися в залоге у залогодержателя в силу указания абз. 5 п. 2 ст. 334 ГК РФ. Однако в связи с проблемами, возникающими в рамках толкования и применения норм о залоге денежных средств на банковском счете (о них см. комментарий к ст. 358⁹ ГК РФ), вряд ли это положение будет эффективно защищать интересы залогодержателя, за исключением разве что ситуаций, когда залогодатель откроет залоговый счет и направит уведомление должнику о необходимости перечисления денежных средств именно на этот счет (см. подробнее п. 4 ст. 358⁶ ГК РФ и комментарий к ней). Согласно судебной практике, если полученный от должника платеж был зачислен на обычный банковский счет залогодателя, эти деньги не попадают под залог (Определение КЭС ВС РФ от 17 октября 2016 г. № 305-ЭС16-7885).

2.1. В случае если договор залога требований содержит указание на необходимость перечисления должником по заложенному требованию денежных средств напрямую залогодержателю, такой платеж уменьшает сумму обеспеченного требования. Данная норма является диспозитивной; по всей видимости, стороны договора залога требований могут установить, что исполненное должником по заложенному праву депонируется (например, на отдельном банковском счете) и в случае просрочки должника по обеспеченному обязательству кредитор-залогодержатель может присвоить себе соответствующее исполнение.

Мыслимы также случаи, когда предметом заложенного требования являются не деньги, а иное имущество (ценные бумаги, недвижимость и проч.). В этом случае механизм, описанный в абз. 2 комментируемого пункта, будет работать, лишь если в договоре залога будет установлена денежная оценка неденежных предоставлений, совершаемых должником по заложенному праву в адрес залогодержателя.

3. В комментируемой норме законодатель вводит специфический, присущий только залогу требований способ удовлетворения залогодержателя при нарушении обеспеченного обязательства.

В случае просрочки должника по обеспеченному требованию залогодержатель имеет право требовать исполнения от должника по заложенному требованию в свой адрес. Нарушение этой обязанности влечет для должника по заложенному праву обязанность по возмещению убытков залогодержателю.

3.1. Законодатель ограничивает право требовать платеж пределами размера обеспеченного долга. В случае если залогодержатель получит от должника по заложенному праву сверх долга, то он обязан будет выдать неосновательно полученное залогодателя и уплатить на эту денежную сумму проценты за пользование чужими денежными средствами по правилам о денежном неосновательном обогащении.

3.2. В комментируемом пункте кратко упоминается о том, что залогодержатель приобретает распорядительные возможности, которые есть у кредитора по обязательству, переданному в залог. Так, в норме упоминается право залогодер-

жателя направлять должнику по заложенному праву заявление об исполнении требования, срок которого не определен (долг до востребования). Очевидно, что залогодержателю принадлежат и иные права кредитора: например, определять предмет исполнения при альтернативности обязательства (если выбор предмета предоставлен кредитору); определять, к кому предъявлять требование при солидарности должников в заложенном обязательстве; осуществлять переадресацию исполнения и проч.

3.3. Само возникновение у залогодержателя права требовать исполнения и соответствующих распорядительных правомочий ставит фундаментальный вопрос в отношении природы такого института, от ответа на который зависят ответы на ряд частных вопросов.

Здесь возможны несколько решений данной проблемы, ни на одном из которых российская судебная практика пока не остановилась.

(а) В данной норме закон дает залогодержателю особое секундарное право заявить о присвоении заложенного требования по модели *lex commissoria* (п. 2 ст. 350¹ ГК РФ). Следовательно, если залогодержатель решит вместо реализации предмета залога по правилам ст. 358⁸ ГК РФ присвоить заложенное право себе (т.е. перевести его на себя), он обладает таким правомочием. Для его осуществления, видимо, залогодержателю необходимо довести до залогодателя свою волю. При такой интерпретации залогодатель статус кредитора теряет, и последний переходит к залогодержателю. Должник теряет право исполнить свое обязательство залогодателю (с момента получения извещения о переходе такого права) и приобретает те гарантии, которые закон предоставляет должнику на случай уступки (например, заявлять зачет залогодержателю на основе как своих требований к залогодателю, так и своих встречных требований к залогодержателю, ставшему новым кредитором). Кроме того, право переходит в конкурсную массу залогодержателя, и при банкротстве залогодателя не оказывается в конкурсной массе последнего.

В то же время приходится признать, что такое решение вступает в некоторый логический конфликт с положениями ст. 358⁸ ГК РФ, которые говорят о праве сторон договориться об уступке заложенного права залогодержателю, из чего от обратного следует, что по общему правилу такая уступка не происходит.

(б) В данной норме закон говорит о возникновении на стороне залогодателя и залогодержателя солидаритета в требовании (ст. 326 ГК РФ), т.е. солидаритета на активной стороне в обязательстве. При такой интерпретации объясняется, почему залогодержатель получает право требовать от должника исполнения в свою пользу. Результатом такого решения является то, что должник сохраняет свое право исполнить обязательство залогодателю.

Но здесь, опять же, возникает логическое трение с положениями ст. 358⁸ ГК РФ о порядке реализации заложенного права, хотя, возможно, не такое серьезное, как в случае варианта «а». Если залогодержатель решит вместо прямого истребования долга от должника по правилам п. 3 ст. 358⁶ ГК РФ реализовать заложенное право по правилам ст. 358⁸ ГК РФ, он будет продавать с торгов солидарное притязание, в котором он сам является одним из солидарных кредиторов.

(в) В данной норме закон вводит особую конструкцию наделения залогодержателя правомочиями кредитора без правопреемства. Иначе говоря, право требовать исполнения, а также связанное с ним право востребовать исполнение, установленное

до востребования, не переходит залогодержателю, а возникает у него в силу закона первоначальным образом. При этом залогодатель формально остается кредитором и, соответственно, при его банкротстве заложенное право оказывается в его конкурсной массе.

Такое решение порождает массу вопросов о соотношении правомочий формального кредитора (залогодателя) и залогодержателя и о положении должника. Может ли должник исполнить свое обязательство не залогодержателю, предъявившему ему соответствующее требование об исполнении, а залогодателю? Может ли кредитор (залогодатель) заявить зачет, простить должнику долг, списать долг в безакцептном порядке, требовать исполнения в свою пользу, или все эти правомочия залогодателя блокируются, и его статус кредитора оказывается фикцией? Может ли должник заявить залогодержателю зачет на основе своего встречного требования к залогодержателю, или здесь не будет встречности, так как залогодержатель не стал полноценным кредитором должника? Возможно и множество иных вопросов, связанных с неразработанностью в российском праве института перехода кредиторских правомочий без перехода самого требования.

В то же время такая интерпретация более логично согласуется с правилами ст. 358⁸ ГК РФ. Получается, что залогодержатель при возникновении оснований для обращения взыскания на заложенное право имеет выбор: либо требовать исполнения напрямую от должника, не становясь кредитором и не приобретая само право, либо реализовать заложенное право с торгов, либо в случае наличия специального соглашения с залогодателем требовать перевода на себя заложенного права. По вопросу соотношения п. 1 ст. 358⁸ ГК РФ с переходом кредиторских правомочий к залогодержателю см. также комментарий к п. 1 ст. 358⁸ ГК РФ.

4. Заключение договора залога требований может сопровождаться открытием залогодателем банковского счета, обладающего особым режимом – так называемого залогового счета – для целей зачисления должником по заложенному требованию денежных средств именно на этот счет. Это необходимо для того, чтобы обеспечить сохранение права залога в отношении указанных денежных средств, которое декларируется в абз. 5 п. 2 ст. 334 ГК РФ. В отсутствие такого счета обеспечить приоритет залогодержателя на удовлетворение из указанных денежных средств будет затруднительно.

Разумеется, о факте существования такого счета и обязанности перечисления денежных средств именно на него должен быть уведомлен должник по заложенному праву.

Статья 358⁷. Защита залогодержателя права

1. Если иное не предусмотрено договором, в случае нарушения обязанностей, предусмотренных статьей 358⁶ настоящего Кодекса, залогодержатель вправе требовать от залогодателя досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а при его неисполнении – обратиться взыскание на предмет залога в установленном порядке.

2. Залогодержатель вправе принимать самостоятельно меры, необходимые для защиты заложенного права от нарушений со стороны третьих лиц.

Комментарий

1. Залогодержатель не связан напрямую договорными отношениями с должником по заложенному праву, и потому последний не обязан подчиняться указаниям залогодержателя. Более того, возможны случаи, когда залог требования будет осуществлен залогодателем в нарушение условия договора с должником, запрещающим уступку и залог требований без согласия должника. В последнем случае особенно странно было бы требовать от должника подчиняться указаниям залогодержателя.

В связи с этим законодатель выстраивает защиту залогодержателя права исходя из того, кто именно является контрагентом залогодержателя. Таковым является залогодатель, следовательно, именно залогодатель обязан нести все негативные последствия, которые возникают во взаимоотношениях залогодателя, залогодержателя и должника по заложенному праву.

В случае нарушения должником указаний по перечислению денежных средств залогодержателю последний имеет право на акселерацию долга и обращение взыскания на предмет залога в том порядке, в каком это предусмотрено договором залога требований и законом.

Положение комментируемого пункта о праве залогодержателя требовать *от залогодателя* досрочного исполнения обеспеченного обязательства со всей очевидностью не применяется в случае, если залогодатель не является должником по обеспеченному долгу. Иначе говоря, здесь законодатель допускает неточность, не оговорив в норме указанное ограничение, но оно может быть выведено из телеологического толкования закона.

2. Довольно любопытная норма содержится в п. 2 комментируемой статьи. Она предоставляет залогодержателю права на защиту своего залогового права путем защиты заложенного права от посягательств третьих лиц.

Странность нормы заключается, на первый взгляд, в том, что обязательство (а предметом залога требований может быть, напомним, только обязательственное требование) представляет собой строго личное, относительное правоотношение, поэтому нарушить его может только его сторона — должник.

Однако теоретически мыслимы вторжения третьих лиц в обязательство. Например, некто своими действиями создает условия, в которых заложенное кредитором неденежное обязательство никогда не будет исполнено либо его исполнение станет крайне затруднительным. В этом случае залогодержатель может иметь право на деликтный иск к нарушителю, направленный на устранение либо недопущение такого поведения, которое поставит под угрозу ценность заложенного требования, а также возмещение возникших убытков.

В то же время правовой институт деликта вторжения в чужие обязательственные отношения в российской доктрине пока не разработан, и в частности не ясно, какая степень упречности поведения интервента требуется для возложения на него ответственности (необходимо ли, чтобы интервент знал о наличии залогового права? или ответственность наступает, даже если он и не знал, но имел основания знать о нем? или необходима какая-то особая форма злонамеренности в поведении интервента, граничащая с шиканой?), а также каково соотношение этой деликтной ответственности интервента и договорной ответственности контрагента. В любом случае

наличие этой новой нормы является аргументом в пользу признания самого такого состава деликта, причем не только в залоговом праве, а в универсальном виде.

В связи с тем что комментируемая норма является новой, судебная практика ее применения отсутствует, и поэтому тяжело спрогнозировать варианты судебной интерпретации этой нормы.

Статья 358⁸. Порядок реализации заложенного права

1. Реализация заложенного права осуществляется в порядке, установленном пунктом 1 статьи 350 и пунктом 1 статьи 350¹ настоящего Кодекса.

2. В случае обращения взыскания на заложенное право в судебном порядке стороны могут договориться о том, что его реализация осуществляется посредством перевода по требованию залогодержателя заложенного права на залогодержателя по решению суда.

3. Если взыскание на заложенное право обращается во внесудебном порядке, стороны могут договориться, что реализация заложенного права осуществляется посредством уступки заложенного права залогодателем залогодержателю или указанному залогодержателем третьему лицу. В случае отказа залогодателя уступить заложенное право залогодержатель или третье лицо вправе требовать перевода на себя этого права по решению суда или на основании исполнительной надписи нотариуса и возмещения убытков, причиненных в связи с отказом уступить это право.

4. С момента перехода заложенного права к залогодержателю или указанному им третьему лицу обязательство, исполнение которого обеспечено залогом этого права, прекращается в размере, эквивалентном стоимости (начальной продажной цене) заложенного права (пункт 7 статьи 349).

Правила настоящего пункта применяются, если соглашением залогодателя с залогодержателем, а также с должником по обязательству, обеспеченному залогом права, когда залогодателем является третье лицо, не предусмотрено иное.

Комментарий

1. Реализация заложенного права осуществляется способами, установленными в п. 1 ст. 350 и п. 1 ст. 350¹ ГК РФ, т.е. на публичных или частных торгах.

1.1. Кроме того, особенность залога обязательственных прав, не упомянутая в комментируемой статье, заключается в том, что он предполагает возможность специфического удовлетворения кредитора из ценности заложенного права – прямое обращение залогодержателя к должнику по заложенному праву с требованием об исполнении залогодержателю того, что должник должен был исполнить залогодателю (п. 3 ст. 358⁶) в пределах суммы долга перед залогодержателем.

Соответственно, возникает вопрос о соотношении этого порядка удовлетворения залогодержателя и предусмотренного в настоящей статье порядка реализации заложенного права. Многое зависит от того, какая из моделей объяснения эффекта возникновения кредиторских правомочий у залогодержателя по п. 3 ст. 358⁶ ГК РФ будет поддержана судебной практикой (см. комментарий к п. 3 ст. 358⁶ ГК РФ). Если в итоге утвердится вариант, при котором кредиторские правомочия у залогодержателя будут считаться возникающими первоначально, а не в результате правопреемства,

и с сохранением формального статуса кредитора за залогодателем, то, возможно, решение проблемы может быть следующим. Если срок исполнения по заложенному требованию наступил к моменту возникновения оснований для обращения взыскания на залог и инициацией залогодержателем этой процедуры, залогодержатель приобретает право выбора между реализацией заложенного права по правилам настоящей статьи и требованием исполнения от должника в свою пользу по правилам п. 3 ст. 358⁶ ГК РФ; если же такой срок не наступил, залогодержатель не может предъявить должнику по заложенному праву требование о досрочном исполнении, залогодержатель ограничен возможностью обратиться взыскание на данное право по правилам настоящей статьи.

2. В комментируемом пункте устанавливается, что стороны договора залога обязательственных требований могут договориться о таком способе реализации предмета залога, как уступка заложенного права залогодержателю. Эта возможность признается при обращении взыскания на соответствующее требование в судебном порядке: стороны могут договориться о таком способе реализации предмета залога как в самом договоре залога, так и позднее (например, в ходе рассмотрения спора об обращении взыскания на предмет залога). При этом обеспеченный долг в такой ситуации прекращается в сумме, соответствующей стоимости (начальной продажной цене) заложенного права (п. 4 ст. 358⁸ ГК РФ).

Таким образом, присвоение залогодержателем предмета залога может быть осуществлено и при залоге прав путем перевода заложенного требования на себя.

3. ГК РФ, как известно, прямо допускает возможность договориться о внесудебном порядке обращения взыскания на предмет залога (ст. 349 ГК РФ). Соответственно, такая возможность существует в отношении договора залога обязательственных прав.

Общий порядок реализации предмета залога при внесудебном обращении взыскания урегулирован в ст. 350¹ ГК РФ. В комментируемой норме этот порядок несколько уточняется. Здесь упоминается право сторон договора залога договориться о следующих способах реализации предмета залога по договору залога прав при внесудебном обращении взыскания: перевод заложенного права на залогодержателя и перевод заложенного права на указанное залогодержателем третье лицо. Понятно, что это третье лицо – цессионарий – лицо, выигравшее торги либо заключившее с залогодержателем договор купли-продажи права (по аналогии с прямой продажей предмета залога – вещей – залогодержателем третьему лицу).

Здесь же указано, что при отказе залогодателя уступить право залогодержателю или третьему лицу переход прав происходит на основании исполнительной надписи нотариуса или по суду. Для использования варианта с исполнительной надписью нотариуса необходимо, чтобы сам договор залога прав был нотариально удостоверен (п. 6 ст. 349 ГК РФ).

При этом наблюдается некоторое противоречие между положениями комментируемого пункта и общими правилами ст. 350¹ ГК РФ. Так, в силу п. 2 ст. 350¹ ГК РФ такие способы реализации предмета залога, как оставление его за залогодержателем или прямая продажа предмета залога залогодержателем третьему лицу, могут быть согласованы только в договоре залога, залогодателем по которому является лицо,

осуществляющее предпринимательскую деятельность. Норма комментируемого пункта такого ограничения не содержит, но в силу положений п. 4 ст. 334 ГК РФ это ограничение, видимо, все-таки подлежит применению и к залогоу требований.

4. При оставлении заложенного права за собой или продаже его третьему лицу обеспеченное требование прекратится в той части, которая соответствует стоимости заложенного права. Указанная стоимость либо определяется оценщиком, либо исчисляется исходя из размера заложенного требования.

Все последующие риски, связанные с неисправностью и банкротством должника по заложенному праву, несет залогодержатель, оставивший себе предмет залога. Так, если залогодержатель не сможет получить достаточное удовлетворение от должника по заложенному праву, то его требование к должнику по обеспеченному долгу не восстановится.

Впрочем, регулирование, установленное в комментируемом пункте, является диспозитивным и может быть изменено договором залога требований.

Статья 358⁹. Основные положения о залоге прав по договору банковского счета

1. Предметом залога могут быть права по договору банковского счета при условии открытия банком клиенту залогового счета.

2. Залогодержателем при залоге прав по договору банковского счета может быть, в частности, банк, заключивший с клиентом (залогодателем) договор залогового счета.

3. Залоговый счет может быть открыт банком клиенту независимо от заключения на момент его открытия договора залога прав по договору банковского счета.

4. Договор залога прав по договору банковского счета может быть заключен также при отсутствии на момент его заключения у клиента денежных средств на залоговом счете.

5. Договором залога имущества иного, чем права по договору банковского счета, может быть предусмотрено, что причитающиеся залогодателю денежные суммы (страховое возмещение за утрату или повреждение заложенного имущества, доходы от использования заложенного имущества, денежные суммы, подлежащие уплате залогодателю в счет исполнения обязательства, право (требование) по которому заложено, и т.п.) зачисляются на залоговый счет.

6. Удостоверение обязательства банка по заключенному с клиентом договору об открытии залогового счета выдачей банком ценной бумаги не допускается.

7. Если иное не предусмотрено настоящей статьей и статьями 358¹⁰–358¹⁴ настоящего Кодекса, к договору об открытии залогового счета применяются правила главы 45 настоящего Кодекса.

8. Правила настоящей статьи о залоге прав по договору банковского счета (настоящая статья и статьи 358¹⁰–358¹⁴) соответственно применяются к залогоу прав по договору банковского вклада.

Комментарий

1. Деньги, будучи разновидностью имущества, вполне могут выступать предметом залога. На первый взгляд, экономического смысла в залоге денег нет и быть не мо-

жет: как правило, залог обеспечивает возврат денежного долга; если у должника (который в значительном числе случаев выступает в качестве залогодателя) есть свободные денежные средства, то почему бы ему просто не погасить долг? Зачем нужен залог в такой ситуации?

Однако такой взгляд не учитывает многообразия современной экономической жизни, которая открывает для залога денежных средств интересные перспективы.

Представим, что некто имеет долгосрочный депозит в банке, размещенный под высокий процент некоторое время назад. С течением времени инфляция идет на убыль, и в настоящее время разместить деньги в банк на депозит на таких же условиях невозможно. Лицу, имеющему депозит, в настоящее время необходима некоторая денежная сумма для текущих нужд, которой он не обладает. Разумеется, он может досрочно востребовать деньги с депозита, но это будет означать, что он потеряет весь накопленный и будущий доход. Кроме того, далеко не всегда деньги с депозита можно снять досрочно. Поэтому в некоторых случаях для такого лица будет целесообразнее привлечь краткосрочный кредит, а в обеспечение возврата этого кредита предложить банку денежные средства, находящиеся на депозите.

Другой пример. Представим себе, что имеется заемщик, бизнес которого заключается в производстве и отгрузке товаров, причем его бизнес достаточно масштабен, количество клиентов, постоянно закупающих у него продукцию, велико, и денежная выручка, постоянно поступающая на банковский счет, значительна. В случае если такому заемщику потребуются незначительный краткосрочный кредит, банк охотно предложит его под обеспечение в виде залога имеющихся и поступающих на расчетный счет в будущем денежных средств.

Эти примеры можно умножать, но даже двух приведенных случаев достаточно для того, чтобы показать целесообразность залоговых конструкций, позволяющих передавать в качестве обеспечения имеющиеся либо будущие денежные средства.

При этом речь, конечно же, идет о залоге безналичных денежных средств, точнее, прав кредитора по договору банковского счета.

Иначе говоря, нет никаких причин жестко блокировать залог безналичных денег, так как такие деньги — это, по сути, права требования к банку, а залог обязательственных прав допускается.

1.1. Однако, несмотря на это, в течение длительного времени залог денежных средств по российскому праву представлял собой довольно проблемную сделку. В литературе и в судебной практике господствовала точка зрения, в соответствии с которой залог денежных средств признавался ничтожной сделкой. Суды признавали, что залог денежных средств по российскому праву невозможен, так как продажа денег на торгах является экономически бессмысленной операцией¹ (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 2 июля 1996 г. № 7965/95, п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. № 26).

¹ Что тоже вряд ли верно само по себе, так как продажа дебиторской задолженности (которая представляет собой по большому счету те же денежные средства), осуществляемая со скидкой на платежеспособность должника и срок платежа, — вполне нормальная и известная российскому праву процедура. Кроме того, легко помыслить себе продажу «денег» в такой ситуации: в случае если платежеспособность какого-либо банка вызывает сомнение, то требования владельцев счетов к нему (т.е., по сути, те же самые безналичные денежные средства) могут стать предметом продажи с дисконтом от номинала.

1.2. В 2008 г. ГК РФ признал такой способ реализации предмета залога, как присвоение предмета залога залогодержателем, *lex commissoria*. Кроме того, безналичные деньги на счете — это обычное обязательственное право требования, которое теоретически (например при банкротстве банка) может быть продано с торгов таким же образом, как продается с торгов требование денежного долга в отношении любого иного должника. Отличие лишь в том, что в случае с безналичными деньгами должником по такому требованию является банк, учитывающий свой долг перед кредитором в виде соответствующей записи по банковскому счету.

Однако конструкция залога безналичных денег долгое время не получала развития на практике. По всей видимости, проблема заключается в том, что основные фигуранты схемы залога денежных средств — банк, в котором открыт закладываемый счет, и банк, принимающий такое обеспечение. При этом общеизвестно, что в силу целого ряда причин (в первую очередь обусловленных жестким надзором со стороны ЦБ РФ) банки являются крайне консервативными игроками, следующими модели «можно только то, что прямо предусмотрено законом» даже в частноправовых сделках. До недавнего времени норм, регулирующих залог денежных средств, не было вообще, что, вероятно, не позволяло банкам активно участвовать в соответствующих операциях. А без участия банка залог денежных средств на счете, разумеется, невозможен (залог наличных денежных средств — это, как правило, большая редкость).

В ходе реформы залогового права ГК РФ 2014 г. было принято решение ввести более-менее подробное регулирование залога средств на банковском счете, чтобы устранить соответствующие регуляторные пробелы.

При этом, разумеется, отсутствие прямого указания на возможность передачи в обеспечение наличных денежных средств не означает, что такие сделки невозможны. Представляется, тем не менее, что договоры, в рамках которых некоторая сумма наличных денежных средств передается кредитору для того, чтобы он в случае просрочки должника получил удовлетворение из нее, должна квалифицироваться не как залог, а как соглашение об обеспечительном платеже (см. комментарий к соответствующему параграфу [гл. 23](#) ГК РФ ниже).

1.3. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает, что залог денежных средств возможен в случае открытия залогодателем банком залогового счета.

Эта норма может быть истолкована двояко. При узком толковании нормы следует прийти к выводу о том, что залог денежных средств допускается исключительно лишь в случае, если залогодатель открыл в банке особый счет, называемый залоговым, зачислил туда денежные средства, и в отношении этих денежных средств был установлен залог. Именно из такого понимания этой нормы сегодня исходит ЦБ РФ (см. п. 2.8 Инструкции ЦБ РФ от 30 мая 2014 г. № 153-И «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам), депозитных счетов»). Такое узкое толкование оправдывается тем, что банку, который имеет дело с ведением счетов, требуются предельно ясные инструкции относительно того, когда и какие операции может совершать владелец счета с остатком денежных средств на нем.

Очевидным недостатком такой интерпретации является то, что она во многом лишает стороны договора залога необходимой гибкости. В частности, без сотрудничества банка, в котором залогодателем открыт депозит, владелец счета не сможет реализовать описанный ранее один из наиболее актуальных вариантов залога

денежных средств на счете (оперативно привлечь кредит под залог срочного депозита, досрочное снятие которого невозможно либо сопряжено с риском потери всех накопленных процентов на депозит). По сути, залог денег на счете становится возможным только тогда, когда залогодатель намеревается заложить будущие денежные поступления и заранее открывает специальный залоговый счет для фиксации и обременения таковых.

Другое толкование заключается в том, что залоговый счет — это не самостоятельный вид счета, а особый режим любого банковского счета, который как бы «накидывается» поверх обычного правового режима соответствующего счета. Такое толкование позволяет заключать договоры залога в отношении любых денежных средств на любых счетах. Например, при такой интерпретации возможно дополнительное «включение» режима залогового счета в отношении денежных средств на банковском вкладе, размещенном под проценты (при узком толковании залогодатель должен будет закрыть досрочно депозит и перевести деньги на залоговый счет, потеряв при этом накопленные и будущие проценты, или каким-то образом трансформировать режим обычного депозитного счета в залоговый). Разумеется, второе толкование несколько не вписывается в буквальный смысл комментируемой статьи, но его преимущество состоит в большей гибкости.

В то же время очевиден и явный недостаток такого подхода: он состоит в формировании условий для злоупотреблений, когда не очень добросовестные банки по сговору с владельцем счета могут «накидывать» залоговый режим на любые счета задним числом в пользу конкретных кредиторов (или в свою пользу), тем самым формируя условия для нарушения интересов остальных кредиторов при банкротстве залогодателя. Этот риск достаточно существенен, так как ст. 339¹ ГК РФ не предусматривает применение механизма регистрации уведомления о залоге для случаев залога денежных средств на счете, и такой залог оказывается противопоставим другим кредиторам залогодателя с момента получения банком уведомления о заключении договора залога средств на банковском счете (ст. 358¹¹ ГК РФ). Иначе говоря, требование открытия именно специального залогового счета может восприниматься как элемент обеспечения публичности залоговых прав наряду с регистрацией уведомления о залоге, регистрации ипотеки, учета залога акций в реестре акционеров и т.п. Если бы залоговый режим мог «накидываться» на обычные счета залогодателя, третьи лица (например, приобретатели прав по договору банковского счета, взыскатели, налоговые органы и т.п.) имели бы сложности в оценке наличия залоговых прав в отношении средств на соответствующем счете. Факт открытия и наличие такого особого, залогового счета отражается не только во внутренних документах банка, но и в уведомлениях об открытых счетах, направляемых налоговому органу. Датировать такое уведомление «задним числом» невозможно.

Соответственно, для передачи средств, размещенных во вкладе в банке, в залог в рамках такой интерпретации требуется перевод банком этих средств на особый залоговый счет с сохранением условий договора вклада (о процентах, сроке и т.п.).

У каждого из описанных вариантов интерпретации имеются свои преимущества и недостатки. В настоящее время судебная практика ВС РФ начала склоняться к узкой интерпретации, предполагающей обязательность открытия залогового счета для возникновения залога денежных средств (Определение КЭС ВС РФ от 17 октября 2016 г. № 305-ЭС16-7885).

Дальнейший текст комментария исходит из буквального толкования выражения «открытие залогового счета»; однако если в итоге судебная практика признает, что возможен залог денежных средств на любом счете, это будет лишь означать, что под «открытием счета» следует понимать уведомление банка, ведущего счет, о «включении» залогового режима, а соответствующие нормы ГК РФ о залоге денежных средств на банковском счете следует интерпретировать с учетом этого понимания п. 1 комментируемой статьи.

2. Залог денежных средств на счете может устанавливаться как обеспечение, например, требований поставщиков по оплате отгруженной продукции или требований заказчика о возврате неотработанного аванса. Однако нет никаких препятствий к тому, чтобы залог денежных средств на счете устанавливался в обеспечение возврата кредита (о ситуациях, в которых заемщику будет выгодно привлечь кредит, несмотря на наличие у него денежных средств во вкладе — см. ранее), в том числе выданного и тем банком, в котором открыт залоговый счет. В случае невозврата кредита банк в целях удовлетворения своих требований спишет преимущественно перед другими кредиторами денежные средства, заблокированные на залоговом счете.

Тот факт, что банк, в котором открыт залоговый счет, является стороной по договору банковского счета и в силу этого договора обязан осуществлять операции по счету в соответствии с указаниями клиента-владельца счета, не препятствует тому, чтобы этот же банк одновременно являлся залогодержателем денежных средств на счете.

Такая ситуация будет в чем-то схожа со случаем, когда банк одновременно является и залогодержателем ценных бумаг, и депозитарием, на счетах которого отражается принадлежность этих же ценных бумаг.

3. Залоговый счет юридически никак не связан с договором залога, это всего лишь инструмент, при помощи которого осуществляется блокировка закладываемых денежных средств и последующее их списание в пользу кредитора.

В связи с этим законодатель установил, что открытие залогового счета никак юридически не связано с заключением договора залога денежных средств.

Открытие счета не предполагает предоставление банку информации о том, кто будет залогодержателем денежных средств, поступающих на счет; каково обеспеченное обязательство и проч. Иными словами, залоговый счет может быть открыт «на будущее», под будущие залоговые сделки.

3.1. В случае если лицо открыло залоговый счет в банке и на нем имеются денежные средства, то залогодатель вправе свободно распоряжаться ими. Это связано с тем, что ограничения по распоряжению денежными средствами на счете вводятся договором залога (п. 1 ст. 358¹² ГК РФ); соответственно, пока он не заключен, деньги на залоговом счете могут свободно обращаться. По сути, правовой режим залогового счета приобретает специфику только после и при условии заключения договора залога.

4. Аналогичным образом решен вопрос по поводу возможности заключения договора залога денежных средств до момента поступления на открытый залоговый счет средств: заключение такого договора возможно, однако в отсутствие механизма реализации собственно залога денежных средств — денег на залоговом счете — такой

договор будет иметь строго обязательственное значение для его сторон: он может устанавливать обязанность залогодателя перечислить на него определенную денежную сумму; выдать банку те или иные распоряжения относительно счета и операций по нему.

5. Открытие залогового счета и залог денежных средств на нем удачно сочетаются с другими залоговыми сделками, если залогодержатель предполагает, что заложенная вещь может приносить денежный доход или каким-либо образом может «превратиться» в денежное выражение самого себя. Например, это может произойти вследствие изъятия земельного участка для государственных нужд, гибели застрахованного предмета залога, исполнения заложенного денежного требования и проч.

Для того чтобы залогодержатель смог сохранить залоговый приоритет в отношении поступающих от (или взамен) заложенной вещи денежных средств, в договоре залога целесообразно установить, что соответствующие денежные средства должны поступать на залоговый счет, который будет открыт залогодателем. Кроме того, соответствующие уведомления (о том, что денежные средства должны перечисляться на залоговый счет) должны быть направлены также потенциальным плательщикам (например, арендаторам, страховой компании и проч.). Теоретически проблемы могут возникнуть в том случае, если платеж залогодателю должен быть совершен третьим лицом в ситуации, когда это третье лицо на момент заключения договора залога не известно либо сама возможность возникновения обязанности совершить такой платеж на момент заключения договора была крайне маловероятна. Речь идет в первую очередь о платеже в связи с изъятием имущества для государственных (муниципальных) нужд.

Залогодатель, разумеется, может одновременно с договором залога открыть залоговый счет, однако заблаговременное (т.е. до принятия решения об изъятии имущества для государственных нужд) уведомление государственного органа о том, что на случай изъятия компенсацию следует вносить именно на этот счет, выглядит довольно нелепо. По всей видимости, залогодержателю только и остается, что следить за решениями об изъятии имущества залогодателя для государственных нужд и в случае принятия соответствующих решений потребовать от залогодателя уведомлять публичный орган о том, что залогодатель просит перечислить соответствующую компенсацию на залоговый счет.

6. Норма комментируемого пункта запрещает инкорпорировать права по залоговому счету в ценную бумагу, обязанным лицом по которой являлся бы банк (такая ценная бумага была бы чем-то похожа на залоговое складское свидетельство). Политико-правовым основанием запрета является, по всей видимости, противодействие легализации денежных средств и принцип банковского права «знай своего клиента».

Однако данная норма является излишней, так как в соответствии со ст. 142 ГК РФ ценные бумаги — это документы, которые законом квалифицированы как ценные бумаги (так называемый принцип легалитета ценных бумаг); по российскому праву стороны не могут создавать ценные бумаги своей волей.

7. К залоговому счету применяются нормы гл. 45 ГК РФ, посвященной банковским счетам за теми изъятиями, которые установлены положениями ГК РФ о залоговом

счете. Например, самое очевидное изъятие из правил о счете — это то, что к нему не применяются правила о последовательности списания денежных средств по требованиям кредиторов (ст. 855 ГК РФ). Другой пример: в соответствии с п. 2 ст. 859 ГК РФ банк вправе потребовать расторжения договора банковского счета, если в течение года по нему не было совершено каких-либо операций. Однако в соответствии со ст. 358¹³ ГК РФ банк не вправе совершать действия, направленные на прекращение залогового счета без согласия залогодержателя.

8. Норма, которая свидетельствует в пользу подхода, в соответствии с которым залоговый счет — это не особый банковский счет, а лишь специальный режим, накладываемый «поверх» обычного счета, содержится в п. 8 комментируемой статьи. В соответствии с ней «нормы о залоге прав по договору банковского счета применяются к залогоу прав по договору банковского вклада».

Если отечественное право продолжит придерживаться подхода, при котором залоговый счет рассматривается как особый вид банковского счета, следует исходить из того, что для залога денежных средств во вкладе залогодателю необходимо заключить с банком соглашение об изменении режима счета, на котором учитываются средства, размещенные во вкладе, с обычного на залоговый.

Статья 358¹⁰. Содержание договора залога прав по договору банковского счета

1. В договоре залога прав по договору банковского счета должны быть указаны банковские реквизиты залогового счета, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом прав по договору банковского счета.

2. Если иное не предусмотрено договором залога прав по договору банковского счета, договор считается заключенным с условием о залоге прав в отношении всей денежной суммы, находящейся на залоговом счете в любой момент в течение времени действия договора.

3. Договором залога прав по договору банковского счета может быть предусмотрено, что предметом залога являются права залогодателя по договору банковского счета в отношении твердой денежной суммы, размер которой указан в договоре залога. В этом случае размер денежных средств на счете залогодателя в любой момент в течение времени действия договора залога не должен быть ниже определенной договором суммы.

Если иное не предусмотрено договором залога, уменьшение размера твердой денежной суммы, в отношении которой заложены права залогодателя по договору банковского счета, соразмерно исполненной части обеспеченного залогом обязательства не допускается.

Комментарий

1. Согласно не очень удачной норме п. 1 комментируемой статьи в договоре залога денежных средств на банковском счете должно содержаться указание на залоговый счет и существо, размер и срок исполнения обеспеченного долга.

1.1. Вызывает вопросы указание в комментируемом пункте на то, что в договоре залога прав по банковскому счету должны быть указаны реквизиты такого счета.

Это положение препятствует заключению договора залога до открытия залогового счета, что вряд ли целесообразно. Стороны должны иметь право заключить договор залога, согласно которому залогодатель обязуется открыть залоговый счет и сообщить залогодержателю его реквизиты. Возможно, имеет смысл толковать данное требование к содержанию договора залога ограничительно и применять его только к случаям, когда залоговый счет уже открыт к моменту заключения договора залога.

1.2. Что же до конкретизации обеспечиваемого долга с указанием на его размер и срок исполнения, следует заметить, что этот элемент является действительно принципиальным. Но здесь следует иметь в виду несколько важных уточнений. Во-первых, в силу п. 4 ст. 334 ГК РФ к залогу денежных средств на счете должна применяться норма второго предложения абз. 1 п. 1 ст. 339 ГК РФ о том, что обеспеченное обязательство считается описанным должным образом, если в договоре залога имеется отсылка к договору, из которого возник обеспеченный долг. Во-вторых, равным образом залог денежных средств на счете может быть установлен залогодателем – субъектом предпринимательской деятельности – в обеспечение всех обязательств должника в пределах определенной суммы. Данная норма п. 2 ст. 339 ГК РФ является общей, ее действие не отменено для залога денежных средств на счете. Дублирование же этой нормы в положениях о залоге денег на банковском счете нарушило бы логику п. 4 ст. 334 ГК РФ.

2. Предмет залога денег на счете определяется по общему правилу как все денежные средства, которые имеются на счете в момент заключения договора залога и которые попадут в будущем на этот счет. Вся денежная сумма в целом, находящаяся на счете в момент обращения взыскания, будет являться предметом залога.

2.1. Тот факт, что эта сумма может быть существенно больше суммы долга, не должен иметь какого-либо решающего значения. Дело в том, что положения ст. 348 ГК РФ о соразмерности стоимости предмета залога и суммы просроченного долга в случае с залогом денежных средств работать не должны. Это связано с тем, что правила о сверхобеспечении, запрещающие обращать взыскание на дорогостоящее имущество по незначительным (по сумме или сроку просрочки) долгам, защищают залогодателей от неизбежных финансовых потерь, образующихся в результате дисконтирования стоимости имущества на торгах. В случае же с залогом денежных средств никакого дисконтирования при реализации предмета залога нет (если не брать сценарий банкротства банка, в котором открыт залоговый счет), так как деньгами обеспечивается денежный долг. Именно поэтому залогодержатель во всяком случае должен при обращении взыскания сразу же получить причитающиеся ему денежные средства в сумме долга.

2.2. По общему правилу погашение части долга не будет влечь за собой высвобождение пропорциональной части денежных средств из-под залога. Прямого указания на это в комментируемой норме нет. Но, во-первых, похожее правило содержится в п. 3 комментируемой статьи (см. ниже) и, во-вторых, оно вытекает из существа залога. Разумеется, стороны могут установить в договоре залога, что выплата части долга будет влечь за собой высвобождение пропорциональной части заложенных денежных средств.

3. В случае если сумма долга, который обеспечивается залогом денежных средств на счете, заранее известна и она является твердой, а также если счет активно используется залогодателем для повседневных операций, залогодержателю целесообразно установить залог денежных средств на счете таким образом, чтобы на счете постоянно имелся неснижаемый остаток (который, собственно, и является предметом залога), а денежные средства сверх этого остатка находились бы в свободном распоряжении залогодателя. Соответствующее правило устанавливается в п. 3 комментируемой статьи.

3.1. Обязанность по отслеживанию того, чтобы остаток на счете не был меньше суммы залога, лежит на банке, в котором открыт счет, если банк был оповещен о размере соответствующей суммы залога. Что происходит, если банк выполнил поручение владельца счета по списанию денежных средств и в результате этого на счете осталось меньше денег, чем это установлено в договоре залога? Должен ли банк возместить в такой ситуации залогодержателю соответствующие убытки? Прямых договорных отношений у банка и залогодержателя нет. Соответственно, здесь может обсуждаться вопрос о деликтной ответственности, тем более что в ст. 1064 ГК РФ основания деликтной ответственности достаточно широкие. Впрочем, детали правового режима таких деликтных исков к лицу, чье поведение спровоцировало нарушение договора, в российском праве пока не разработаны.

3.2. Сумма твердого остатка на залоговом счете не является плавающей: она не изменяется одновременно с уменьшением основного долга. Однако эта норма является диспозитивной, и иное может быть установлено в договоре. Указанное условие может быть целесообразным в том случае, если сумма обеспеченного долга не будет увеличиваться в будущем (как это бывает, например, в рамках возобновляемой кредитной линии и проч.).

Статья 358¹¹. Возникновение залога прав по договору банковского счета

Залог на основании договора залога прав по договору банковского счета возникает с момента уведомления банка о залоге прав и предоставления ему копии договора залога. В случае, если залогодержателем является банк, заключивший с клиентом (залогодателем) договор залогового счета, залог возникает с момента заключения договора залога прав по банковскому счету.

Комментарий

(а) Одна из серьезных проблем, связанных с залогом денежных средств на банковском счете, заключается в том, что законодателю было необходимо защитить кредиторов от возможных злоупотреблений должников в виде обратного датирования («заключения задним числом») договоров залога банковского счета. Легкое обратное датирование, по сути, способно полностью исключить возможность кредиторов обращать взыскание на денежные средства на счетах должников, так как залог счета создает де-факто иммунитет счета от требований незалоговых кредиторов (в пределах суммы, на которую установлен залог).

Законодатель частично решил эту проблему, установив правило о том, что залог прав по счету возникает с момента уведомления банка о таком залоге. Очевидно,

что из смысла нормы следует, что договор об открытии залогового счета должен быть заключен залогодателем с банком ранее. По всей видимости, законодатель тем самым выражает особое доверие банкам как участникам финансового рынка, выполняющим некоторые публичные функции, полагая, что договориться с банком об обратном датировании уведомления о залоге крайне затруднительно. Соответственно, без участия банка залогодатель и залогодержатель не смогут прибегнуть к схеме обратного датирования¹.

(б) Любопытно, что наличие этой нормы является аргументом в пользу позиции, согласно которой залог денежных средств на обычном счете (расчетном, текущем и проч.) возможен без открытия отдельного залогового счета, а путем простого уведомления банка, ведущего счет. Комментируемая норма не требует от владельца счета совершения каких-либо иных действий в его отношениях с банком, за исключением уведомления.

Впрочем, возможно и иное, консервативное толкование: для того чтобы направить уведомление о залоге денежных средств на банковском счете, нужно иметь открытый залоговый счет (который также является банковским счетом). И только при наличии этих двух условий залог возникнет.

(в) Уведомление банка о залоге денежных средств на счете важно еще и для того, чтобы банк знал о возникновении тех обязанностей, которые установлены законом для него как для лица, ведущего залоговый счет (об этом см. ст. 358¹⁰, 358¹² ГК РФ и т.п.). Без такого уведомления вменить банку в обязанность соблюдать требования ГК РФ об особом режиме денег, находящихся на таком счете, невозможно.

(г) Упоминание в п. 3 ст. 339¹ ГК РФ, посвященной публичности залога, норм комментируемой статьи хорошо показывает место уведомления о залоге в системе юридических фактов, совокупность которых порождает залог.

До тех пор пока уведомление банка не состоялось, залога как права на ценность не возникает, а между сторонами существуют строго личные, обязательственные отношения из договора залога. Иными словами, уведомление имеет не деклараторный (залог может противопоставляться третьим лицам), а конститутивный, правоустанавливающий эффект (залог возникает с момента уведомления). Упрощая, норму можно свести к следующему принципу: до уведомления банка о залоге залога денежных средств по счету не существует.

При этом из толкования ст. 339¹ ГК РФ следует, что для того, чтобы залог денег на счете мог быть противопоставлен третьим лицам (например, другим кредиторам залогодателя, последующим залогодержателям и т.п.), регистрация уведомления о залоге не требуется.

¹ Вопрос же о защите иных кредиторов залогодателя от участия банка в схеме обратного датирования зависит, как уже отмечалось, от решения вопроса о том, необходимо ли открытие специального залогового счета. Открытие отдельного залогового счета задним числом крайне затруднено (в связи с отчетностью, которую банк обязан предоставить в различные публичные органы), так что вероятность обратного датирования с участием банка оказывается крайне низкой. При отсутствии необходимости открывать отдельный залоговый счет возможности для злоупотреблений расширяются.

(д) Исключение из общего правила о моменте возникновения залога по счету сделано лишь для тех ситуаций, когда залогодержателем является банк, в котором открыт счет, деньги на котором закладываются. В этом случае залог возникает с момента заключения договора залога. Такое законодательное решение может быть объяснено тем, что банк, ведущий счет, будучи одновременно залогодержателем, считается знающим о тех обязанностях, которые возникают у него как у лица, ведущего счет, денежные средства на котором были заложены.

Статья 358¹². Распоряжение банковским счетом, права по которому заложены

1. Залогодатель вправе распоряжаться свободно денежными средствами на залоговом счете, если иное не предусмотрено договором залога прав по соответствующему договору банковского счета или правилами настоящей статьи.

Банк обязан проводить операции по залоговому счету в соответствии с правилами настоящего параграфа и иными правилами настоящего Кодекса, другими законами и банковскими правилами, а в части, ими не урегулированной, в соответствии с соглашением, заключенным между банком, залогодателем и залогодержателем.

2. Банк по требованию залогодержателя, предъявленному в письменной форме, обязан предоставлять ему сведения об остатке денежных средств на залоговом счете, об операциях по указанному счету и о предъявленных по счету требованиях, а также о запретах и об ограничениях, наложенных на указанный счет. Порядок и сроки предоставления банком таких сведений залогодержателю определяются банковскими правилами, а в части, ими не урегулированной, соглашением, заключенным между банком, залогодателем и залогодержателем.

3. При заключении договора залога прав залогодателя по договору банковского счета в отношении твердой денежной суммы залогодатель без согласия в письменной форме залогодержателя не вправе давать банку распоряжения, в результате исполнения которых сумма денежных средств на залоговом счете станет ниже указанной твердой денежной суммы, а банк не вправе исполнять такие распоряжения.

4. После получения банком уведомления в письменной форме залогодержателя о неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного залогом обязательства банк не вправе исполнять распоряжения залогодателя, в результате исполнения которых сумма денежных средств на залоговом счете станет ниже суммы, эквивалентной размеру обеспеченного обязательства, указанному в договоре залога.

5. Банк, нарушивший обязанности, указанные в пунктах 3 и 4 настоящей статьи, несет перед залогодержателем в пределах денежных сумм, списанных с залогового счета во исполнение распоряжения клиента (залогодателя), солидарную с ним ответственность.

Комментарий

1. Норма п. 1 комментируемой статьи устанавливает право залогодателя свободно распоряжаться денежными средствами на залоговом счете. Эта норма (которая на первый взгляд кажется нелогичной) легко может быть объяснена тем, что до заключения договора залога и установления для конкретного кредитора

приоритетного права на удовлетворение требований из остатка по счету никаких резонов блокировать свободное обращение денег по залоговым счетам нет, так как денежные средства, поступившие на залоговый счет до уведомления банка (заключения договора залога с банком, в котором открыт залоговый счет), не являются предметом каких-либо залогов.

1.1. С момента уведомления банка о залоге (или заключения с ним договора залога) денежные суммы на счете будут считаться заложенными. При этом ГК РФ не устанавливает по общему правилу запрет на распоряжение деньгами и в такой ситуации, кроме случая, когда залог установлен в отношении твердой суммы (п. 3 комментируемой статьи). Соответственно, в случаях, когда залог установлен не в отношении твердой суммы, в договоре залога залогодержателю следует установить тот или иной режим распоряжения денежными средствами с момента возникновения залога. Он может выражаться в запрете на распоряжение денежными средствами на счете полностью.

1.2. Если стороны хотят установить какие-то более сложные правила проведения операций по заложенному счету (например, согласование таких операций с залогодержателем), абз. 2 п. 1 комментируемой статьи требует участия в договоре самого банка или заключения залогодателем и залогодержателем с банком отдельного соглашения на этот счет.

При этом установление возможности регулирования порядка совершения таких операций по залоговому счету в договоре банковского счета (т.е. залогодателем и банком) законом не предусмотрена.

2. Банк несет информационные обязанности в отношении залогодержателя. Он обязан предоставлять информацию об остатках по счетам, об операциях по счету, запретах и ограничениях, наложенных на счет. Эти обязанности перед залогодержателем имеются у банка, несмотря на то что последний не является стороной договора с банком. Данную ситуацию можно объяснить, если допустить, что такой договор об открытии залогового счета заключается в пользу третьего лица (как минимум в части некоторых прав).

2.1. Данная норма подтверждает, помимо прочего, что счет может быть предметом нескольких залогов, в том числе и залога, наложенного судом или другим государственным органом в рамках получения исполнения по долгу владельца счета (см. п. 5 ст. 334 ГК РФ и комментариев к нему). Однако такие запреты и ограничения не препятствуют удовлетворению требований старшего залогодержателя, так как в соответствии с п. 5 ст. 334 ГК РФ к младшим запретам и ограничениям, наложенным компетентными органами, следует применять нормы о правах и порядке удовлетворения требований последующих залогодержателей (ст. 342 ГК РФ).

2.2. Комментируемая норма устанавливает правило о том, что запрос информации осуществляется залогодержателем счета в письменной форме. Однако это положение следует применять в совокупности с новой нормой п. 2 ст. 434 ГК РФ, которая распространяет положения о письменной форме на электронные документы. Иными словами, запрос информации, переданный залогодержателем банку способом, позволяющим верифицировать отправителя, следует рассматривать как соблюдение требования о письменной форме запроса.

3. В случае если предметом залога является твердая денежная сумма на счете, остаток денежных средств не может быть уменьшен, а соответствующие поручения владельца счета не могут быть исполнены банком.

Равным образом не подлежат исполнению другие документы, которые могут быть основанием для списания денежных средств со счета (платежные требования и проч.), если это приведет к снижению остатка на счете ниже указанного в договоре залога. Это объясняется приоритетным правом залогодержателя на удовлетворение требований из заблокированной суммы. Взыскание на такие средства на залоговом счете не обращается в силу ч. 3 ст. 69 Закона об исполнительном производстве. Соответственно, никакой другой кредитор не может умалить этот приоритет. Но это не вполне точно сформулированное правило с точки зрения его телеологического толкования не может применяться в случаях, когда залог в отношении денег на залоговом счете не возник. Напомним, что сам факт открытия залогового счета и нахождение на нем денег не означает, что данный счет обременен залогом; залог возникает только в случае заключения договора залога с банком, в котором открыт счет, или с момента уведомления банка о залоге денег на этом счете (ст. 358¹¹ ГК РФ). Кроме того, взыскание может быть обращено на деньги, находящиеся на залоговом счете, в части, превышающей заблокированную сумму.

4. Если обеспеченное обязательство было нарушено, то залогодержатель должен уведомить банк об этом факте. В случае если такое уведомление получено банком, оно изменяет режим распоряжения денежными средствами на счете: банк не вправе исполнять поручения залогодателя, в результате которых остаток на счете станет меньше суммы обеспеченного обязательства, указанного в договоре, если залогодержатель не указал в своем уведомлении меньшую сумму.

5. Нарушение банком обязанностей по блокированию соответствующих сумм согласно правилам п. 3, 4 настоящей статьи влечет возложение на банк обязанности по возмещению убытков, причиненных залогодержателю.

Природа этой ответственности банка перед залогодержателем, не состоящим с банком в договорных отношениях, вызывает определенные вопросы. Либо здесь речь идет о деликтной ответственности (и тогда банк отвечает на началах вины в силу общих правил ст. 1064 ГК РФ), либо следует признать, что договор об открытии залогового счета заключается в пользу третьего лица или является договором с охранительным эффектом в отношении третьего лица (подробнее см. комментарий к ст. 430 ГК РФ). Вопрос пока в российском праве не прояснен.

5.1. При этом закон говорит о солидарной ответственности банка и залогодателя.

5.2. Пункт 5 комментируемой статьи устанавливает ограничение по возмещению убытков — банк отвечает (солидарно с залогодателем) в пределах сумм, списанных во исполнение поручений залогодателя, поданных с нарушением правил об остатке средств на залоговом счете.

5.3. Банк, возместивший кредитору убытки, в расчет которых входит часть или вся сумма обеспеченного долга залогодержателем, должен получить возможность требовать возмещения уплаченного с должника в счет его долга перед кредитором. Дело в том, что кредитор, получивший удовлетворение от банка, не может требовать с должника уплаты долга в полном объеме, так как залог — а стало быть, и дополнительные требо-

вания, возникающие у кредитора из залога (о возмещении убытков), имеют акцессорный характер, т.е. экономически связаны с основным долгом. Любое предоставление, полученное кредитором от акцессорно обязанного лица, должно уменьшать долг.

Следовательно, если долг был 100 руб., а банк, нарушивший обязанности, связанные с ведением залогового счета, причинил кредитору убытки на 10 руб. (например, кредитор не смог оперативно взыскать долг с должника), то после уплаты банком 10 руб. кредитор может взыскать с должника только 90 руб. Далее, если не предоставить банку возможность взыскать эти 10 руб. с должника, то окажется, что должник неосновательно уменьшит свой долг, чего, разумеется, быть не должно.

Поэтому результатом удовлетворения требования залогодержателя банком должно быть возникновение у банка права регресса по общим правилам о солидарной ответственности.

Статья 358¹³. Изменение и прекращение договора залога прав по договору банковского счета

Без согласия залогодержателя стороны договора банковского счета, права по которому заложены, не вправе вносить в него изменения, а также совершать действия, влекущие прекращение такого договора.

Комментарий

(а) Установление залога является одним из способов для кредитора установить контроль над активами должника. Залог счета не является исключением. Возникновение залогового права в отношении банковского счета залогодателя блокирует распорядительные возможности владельца счета, а заодно и банка как стороны договора банковского счета.

Из положений ст. 859 ГК РФ следует, что банк вправе в одностороннем порядке отказаться от договора банковского счета лишь в крайне ограниченном числе случаев (например, банк вправе отказаться от договора счета в случае, если на счете отсутствует какой-либо денежный остаток, и по счету не совершалось операций в течение двух лет и более). Кроме того, следует помнить, что в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ договор за рядом отраженных в этой норме исключений может содержать любые условия о праве одной из сторон отказаться от договора или изменить его. Наконец, не запрещают общие правила ГК РФ и расторжение или изменение договора счета по обоюдному согласию сторон. Но как только банк получает уведомление о заключении договора залога в отношении средств, размещенных на таком счете, возможность реализации сторонами договора счета таких правомочий без согласия залогодержателя блокируется. Залог прав по договору счета соответствующие возможности сторон договора счета блокирует.

(б) В случае если вопреки комментируемой норме стороны договора счета изменили или прекратили договор счета без согласия залогодержателя, возникает вопрос о квалификации такой сделки: следует ли ее рассматривать как ничтожную или оспоримую. Строго говоря, ст. 173¹ ГК РФ (регулирующая последствия отсутствия

согласия на совершение сделки) содержит такое регулирование: по общему правилу сделка, совершенная без согласия лица, которое требовалось в силу закона, может быть признана судом недействительной (т.е. сделка является оспоримой), если только из закона не следует, что она является ничтожной. Употребленное законодателем «если из закона не следует» позволяет с опорой на телеологическое толкование нормы, устанавливающей необходимость получения согласия для совершения той или иной сделки, выводить из существования законодательного регулирования ничтожность сделки без согласия.

Представляется, что в данном случае все же необходимость в квалификации изменения или расторжения договора счета как ничтожной сделки отсутствует. Дело в том, что перед кредитором-залогодержателем всегда имеется в качестве лица, ответственного за такие действия, довольно привлекательный (с точки зрения исполнимости решения о взыскании денежных средств в виде убытков) должник — банк, в котором был открыт счет. Поэтому автоматически включать сверхжесткий режим ничтожности сделки в данной ситуации вряд ли целесообразно.

Кроме того, вполне возможно, что изменения договора банковского счета будут иррелевантны для залогодержателя (но полезны для залогодателя — владельца счета) либо вообще будут улучшать его положение. В этом случае ничтожность соответствующих сделок выглядит более чем странно.

Статья 358¹⁴. Реализация заложенных прав по договору банковского счета

1. При обращении взыскания на заложенные права по договору банковского счета в соответствии со статьей 349 настоящего Кодекса в судебном или во внесудебном порядке требования залогодержателя удовлетворяются путем списания банком на основании распоряжения залогодержателя денежных средств с залогового счета залогодателя и выдачи их залогодержателю или зачисления их на счет, указанный залогодержателем (пункт 2 статьи 854). Правила о реализации заложенного имущества, установленные статьями 350–350² настоящего Кодекса, в этих случаях не применяются.

2. Правила о списании денежных средств, предусмотренные положениями главы 45 настоящего Кодекса о банковском счете, не применяются к денежным средствам, находящимся на залоговом счете.

Комментарий

1. Как и всякий залоговый кредитор, залогодержатель прав по договору банковского счета для принудительного удовлетворения своих требований должен пройти двухэтапную процедуру: обращение взыскания и реализация предмета залога.

1.1. Обращение взыскания на предмет залога возможно как в судебном (по общему правилу), так и внесудебном порядке (если этот порядок предусмотрен соглашением сторон).

Важный вопрос: достаточно ли простого кредиторского обращения взыскания (т.е. обращения взыскания путем простого уведомления кредитора, направляемого должнику) или же речь идет о внесудебном нотариальном обращении взыскания на денежные средства на счете?

Исходя из систематического толкования положений ст. 349 и 350² ГК РФ следует прийти к выводу о том, что внесудебное кредиторское обращение взыскания может иметь эффект только в том случае, если залогодержателю для получения обещанной ему ценности заложенной вещи не нужно посредство третьих лиц или публичной власти (см. подробнее комментарий к соответствующим статьям).

Таким образом, если залогодержателем прав по счету является сам банк, в котором открыт счет, то он легко может получать денежные средства со счета путем одного лишь своего волеизъявления.

Но если залогодержатель счета – не банк, ведущий счет, а иное лицо, то ему для получения ценности заложенной вещи (т.е. получения денег со счета) требуется содействие банка, в котором открыт счет. Таким образом, исходя из описанного выше, в данной ситуации требуется исполнительная надпись нотариуса. А для возможности обратиться к нотариусу с такой просьбой необходимо, чтобы сам договор об открытии залогового счета был нотариально удостоверен.

Однако представляется, что эту сложность можно преодолеть при помощи специальных правил о банковском счете. Так, владелец залогового счета – как владелец любого счета – в соответствии со ст. 854 ГК РФ может предоставить право на безакцептное списание денежных средств со своего счета по требованию залогодержателя.

1.2. После того как взыскание обращено (т.е. состоялось обращение взыскания на заложенные денежные средства в судебном порядке, имеется исполнительная надпись нотариуса или же залогодержатель, ведущий залоговый счет, направил уведомление об обращении взыскания владельцу счета), залогодержатель может перейти ко второй стадии залоговой процедуры – реализации предмета залога.

Она крайне простая и заключается в списании денежных средств, соответствующих сумме долга, с заложенного счета и зачисление их на счет залогодержателя или иной указанный им счет. Сложные процедуры реализации предмета залога (частные или публичные торги, прямая продажа предмета залога), предусмотренные в общих правилах о залоге, к залогу денежных средств на счете, разумеется, не применяются.

Но что если только банк, в котором открыт залоговый счет, попадает в банкротство и не может перечислить деньги с залогового счета залогодержателю, или банкротится залогодатель и появляются иные кредиторы, претендующие на средства на залоговом счете? Этот аспект в комментируемой норме не учтен. Представляется, что в описанных случаях предусмотренная в комментируемой норме упрощенная схема реализации не работает, и залогодержатель может рассчитывать на продажу права по договору залогового счета с торгов и применение иных общих правил о реализации предмета залога при банкротстве залогодателя (вторая ситуация) либо включаться в реестр кредиторов банка (первая ситуация).

2. При обращении взыскания на заложенные денежные средства на счете последовательность денежных списаний, установленная ст. 855 ГК РФ, не подлежит применению. Это связано с тем, что залогодержатель имеет приоритет в отношении заложенных ему денежных средств. Равным образом не применяются положения ст. 854 ГК РФ об основаниях списания денежных средств со счета клиента: в связи с тем что волеизъявление владельца счета – залогодателя заменяется актом об обращении взыскания, отношение владельца счета к операции списания является irrelevantным.

Статья 358¹⁵. Залог прав участников юридических лиц

1. Залог прав акционера осуществляется посредством залога принадлежащих акционеру акций этого общества, залог прав участника общества с ограниченной ответственностью — посредством залога принадлежащей ему доли в уставном капитале общества в соответствии с правилами, установленными настоящим Кодексом и законами о хозяйственных обществах.

Залог прав участников (учредителей) иных юридических лиц не допускается.

2. При залоге акций удостоверенные ими права осуществляет залогодатель (акционер), если иное не предусмотрено договором залога акций (статья 358¹⁷).

Если иное не предусмотрено договором залога доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, до момента прекращения залога права участника общества осуществляются залогодержателем.

Комментарий

1. Корпоративные права участников хозяйственных обществ — довольно распространенный предмет залога. ГК РФ устанавливает лишь самые общие положения о залоге корпоративных прав, отдавая тем самым более подробное регулирование этих залоговых сделок специальным законам (см. ст. 22 Закона об ООО; однако Закон об АО правил об особенностях залога акций не содержит).

1.1. Корпоративные права — это разновидность субъективных частных прав (наряду с обязательственными, вещными, исключительными и личными неимущественными). Содержанием корпоративных прав является совокупность прав члена любой корпорации — участника юридического лица, — которые упомянуты в ст. 65² ГК РФ (в том числе право на участие в управлении, право на ликвидационный остаток, право на оспаривание сделок и корпоративных решений, право на взыскание убытков с директора, право на информацию, право на прибыль в коммерческих корпорациях). Указанная совокупность прав, образующая корпоративное право — право членства в корпорации, — в некоторых случаях может быть оборотоспособным объектом.

Обращение корпоративных прав, которые имеются у участников корпораций отдельных видов (акционерных обществ или обществ с ограниченной ответственностью), достигается за счет введения особого режима, именуемого акцией или долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. Переход акции (доли) означает переход к новому приобретателю удостоверяемых ею корпоративных прав.

По тем же правилам осуществляется и залог корпоративных прав, удостоверяемых акцией или долей в уставном капитале. Залог акции или доли означает залог корпоративных прав, удостоверяемых ими; обращение взыскания и реализация заложенных акций или доли влечет отчуждение соответствующих корпоративных прав.

1.2. Обращает на себя внимание, что закон прямо запрещает залог корпоративных прав участников иных корпораций, чем акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью. Это связано с тем, что такие корпоративные права оборотоспособны, они либо не могут быть предметом гражданско-правовых сделок (например, корпоративные права в некоммерческих корпорациях), либо их оборот крайне затруднен (например, пай в производственном кооперативе).

Таким образом, эти корпоративные права не представляют собой особой ценности с точки зрения их залогоспособности.

1.3. Крайне любопытный пример возникновения у кредитора должника – участника корпорации – залогового права в отношении доли в ООО или акций будет иметь место при аресте указанных корпоративных прав по требованию кредитора судом или иным уполномоченным на то государственным органом.

При этом такой кредитор будет иметь возможность осуществлять корпоративные права должника – участника общества с ограниченной ответственностью (см. норму абз. 2 п. 2 ст. 358¹⁵ и комментарий к ней). В частности, такой кредитор (при условии, разумеется, если ему заложена доля размером более 50% от капитала ООО) сможет заменить директора общества, принять решения о распределении прибыли и проч. В целом такое положение дел можно приветствовать, так как оно дает защиту кредитору в крайне чувствительной ситуации – «обеспеченность» кредиторского требования таким активом, как доля в капитале ООО, напрямую зависит от того, каковы активы общества и что с ними происходит в ходе хозяйственной деятельности общества. Понятно, что директор общества, назначенный должником – участником ООО (например, обладателем 100% доли в капитале общества), вряд ли будет действовать в интересах кредитора; в ряде случаев можно ожидать, что он будет активно совершать сделки, направленные на вывод активов из общества. Возможность кредитора пресечь эти действия директора путем его замены основывается на совокупности положений п. 5 ст. 334 и п. 2 ст. 358¹⁵ ГК РФ.

Разумеется, кредитор, арестовавший в рамках исполнительного производства по вступившему в законную силу судебному акту долю в ООО и получивший возможность осуществлять корпоративные права участника, обязан действовать разумно и добросовестно в интересах юридического лица (ст. 53 и 53¹ ГК РФ). Иными словами, «хищническое» поведение кредитора в отношении общества также будет пресекаться правом, а кредитор, осуществлявший такие действия, будет обязан возместить убытки по правилам ст. 53¹ ГК РФ.

Чуть более сложной будет ситуация, связанная с осуществлением корпоративных прав кредиторов, арестовавших долю в рамках обеспечения иска (т.е. до того момента, как появилось неопровержимое подтверждение того факта, что кредитор действительно имеет требование к должнику об исполнении обязательства). В такой ситуации предоставление кредитору возможности осуществлять корпоративные права вряд ли целесообразно; собственно, к такому выводу должно приводить буквальное применение нормы п. 5 ст. 334 ГК РФ («...обладает правами залогодержателя в отношении этого имущества с момента вступления в силу решения суда...»). При этом толкование этой нормы, данное в Постановлении Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 *contra legem* (см. п. 94) относительно момента возникновения права залога с даты наложения ареста судом, применяться к обсуждаемой ситуации, вероятно, не должно.

Впрочем, пока примеров реализации корпоративных прав кредиторами участников ООО практике не известны.

2. Залог корпоративных прав очень ярко подтверждает тезис о том, что право залога дает помимо приоритета и следования также и эффект контроля (или эффект управления) заложенным активом. По общему правилу корпоративные права

по заложенным акциям осуществляет акционер (залогодатель), но договор залога акций может предусматривать переход этих прав к залогодержателю. В случае же с долей в ООО действует обратное правило: по общему правилу корпоративные права осуществляет не участник ООО, а залогодержатель, если иное не указано в договоре залога.

2.1. Таким образом, при помощи залога корпоративных прав можно приобрести не только право преимущественного удовлетворения из стоимости актива (самих акций или доли ООО), но и получить корпоративный контроль над соответствующими юридическими лицами. Залогодержатель корпоративных прав имеет возможность осуществлять их, в частности, голосовать на общем собрании, оспаривать сделки корпорации, получать дивиденды и проч. Осуществление корпоративных прав происходит залогодержателем от своего имени.

Де-факто можно говорить, что в такой ситуации залогодержатель корпоративных прав становится обладателем таких корпоративных прав, и залог начинает походить на титульное обеспечение или траст. В то же время сама эта конструкция расщепления прав участника корпорации и лица, к которому переходят все корпоративные права, является достаточно экзотичной и может вызывать множество вопросов.

Как бы то ни было, действующее корпоративное законодательство (специальные законы о хозяйственных обществах) в той степени, в которой они препятствуют залогодержателю в осуществлении корпоративных прав, не подлежат применению, так как реформа норм ГК РФ о залоге 2014 г., которая ввела комментируемые нормы, является законом специальным. В связи с этим комментируемая норма имеет лишь юридическую силу, чем общие положения корпоративного законодательства о порядке осуществления корпоративных прав.

Практическая проблема технической невозможности, например, залогодержателю доли в ООО осуществлять право голоса на собрании (в связи с отсутствием соответствующих положений в Законе об ООО) может преодолеваться при помощи института безотзывной доверенности (ст. 188¹ ГК РФ). Хотя в этом случае остается вопрос о сохранении у залогодателя возможности осуществлять корпоративные права (правила о безотзывной доверенности не предусматривают лишение представляемого правомочий, в отношении которых выдается безотзывная доверенность).

2.2. Разумеется, в том случае если речь идет о том, что реализация корпоративных прав приносит денежный доход (дивиденды), то такой доход также может быть направлен на погашение обеспеченного залогом корпоративных прав долга; соответствующее условие должно быть прямо предусмотрено в договоре. На этот вывод наталкивает и п. 1 ст. 346 ГК РФ.

Соответственно, если такого условия в договоре нет, доходы, получаемые залогодержателем в виде дивидендов, должны возвращаться залогодателю.

Если же такое условие в договоре присутствует, а залогодателем будет лицо, не являющееся должником по обеспеченному долгу, в данном случае следует применять ст. 387 ГК РФ и считать, что в соответствующей части будет иметь место суброгация требования от кредитора к залогодателю — третьему лицу.

2.3. Если залогодержатель осуществляет корпоративные права, связанные с управлением обществом (например, право голоса на общем собрании по тем или иным вопросам), то следует помнить, что он связан теми же обязанностями, которые

имеются у участника корпорации (см. подробнее п. 4 ст. 65² ГК РФ), в частности, не причинять вред корпорации, не совершать действия, приводящие к невозможности достижения цели, ради которой была создана корпорация и проч. Нарушение этих обязанностей будет влечь за собой ответственность залогодержателя за причиненные убытки.

2.4. Осуществление залогодержателем права участника корпорации на информацию также должно осуществляться так, как будто бы его реализует участник корпорации. В частности, залогодержатель не вправе раскрывать информацию третьим лицам, он может ее использовать только в своем интересе — для установления того, насколько платежеспособной является корпорация (например, если корпорация является заемщиком, а залогодателем является участник корпорации). Разумеется, к реализации права залогодержателя на получение информации в полной мере подлежат применению соответствующие положения корпоративного законодательства о праве участника хозяйственного общества на информацию.

2.5. Кроме того, при залоге корпоративных прав следует помнить о том, что в соответствии с п. 9 ст. 67² ГК РФ корпоративный договор может быть заключен участниками общества также с лицом, которое не является участником этого общества. К числу таких потенциальных участников корпоративного договора относятся, в частности, залогодержатели корпоративных прав. Например, в корпоративном договоре могут быть установлены процедуры предварительного согласования голосования по тем или иным вопросам корпоративного управления и т.п.

2.6. Законодатель по-разному решает вопрос о том, считается ли залогодержатель корпоративных прав по умолчанию управомоченным на осуществление этих корпоративных прав в зависимости от того, что является предметом залога: акции или доли участия в ООО.

В первом случае корпоративные права по умолчанию осуществляет залогодатель; во втором — залогодержатель. Разумеется, договором залога корпоративных прав эти правила могут быть изменены.

Логика такого решения законодателя заключается, по всей видимости, в том, что в обществах с ограниченной ответственностью личная вовлеченность участников общества в управление делами общества значительно выше, чем в акционерных обществах, поэтому соответствующие корпоративные права целесообразно в целях контроля над активом (имуществом общества) изначально передать залогодержателю.

В акционерных же обществах, в которых личная вовлеченность акционеров (особенно имеющих миноритарные пакеты) в принятие корпоративных решений ниже (многие вопросы корпоративного управления решаются советом директоров). В связи с этим при залоге акцией по умолчанию считается, что реализация корпоративных прав остается за залогодателем.

2.7. Залог акций может быть квалифицирован не только как залог корпоративных прав, но и как залог ценных бумаг. ГК РФ содержит специальное регулирование порядка осуществления залогодержателем ценной бумаги прав, ею удостоверенных (см. ст. 358¹⁷ ГК РФ и комментариев к ней). Несмотря на то что статья охватывает случаи реализации залогодержателем прав по ценным бумагам (и в первую очередь по акциям), ее положения следует по аналогии применять и к порядку реализации корпоративных прав залогодержателем доли в уставном капитале ООО.

Статья 358¹⁶. Залог ценных бумаг

1. Залог документарной ценной бумаги возникает с момента передачи ее залогодержателю, если иное не установлено законом или договором.

Залог бездокументарной ценной бумаги возникает с момента внесения записи о залоге по счету, на котором учитываются права владельца бездокументарных ценных бумаг, или в случаях, установленных законом, по счету иного лица, если законом или договором не установлено, что залог возникает позднее.

2. Если залог ордерной ценной бумаги совершен посредством залогового индоссамента, правоотношения между залогодателем, залогодержателем и должником по ордерной ценной бумаге регулируются законами о ценных бумагах.

3. К отношениям, связанным с залогом документарных ценных бумаг и не урегулированным настоящей статьей, статьей 358¹⁷ настоящего Кодекса или другими законами, применяются правила о залоге вещей, если иное не установлено законами о ценных бумагах и не вытекает из существа соответствующих ценных бумаг.

4. К отношениям, связанным с залогом бездокументарных ценных бумаг и не урегулированным настоящей статьей, статьей 358¹⁷ настоящего Кодекса или другими законами, применяются правила о залоге документарных бумаг, если иное не вытекает из существа соответствующих бездокументарных ценных бумаг.

Комментарий

1. Ценная бумага представляет собой специальный инструмент, направленный, с одной стороны, на повышение и упрощение оборотоспособности тех или иных частных (обязательственных, вещных, корпоративных) прав, которые инкорпорируются в нее (этому служит принцип «право из бумаги следует за правом на бумагу»). С другой стороны, задача института ценных бумаг заключается также и в том, чтобы снизить риски приобретателя ценной бумаги, связанные с дефектами тех отношений, которые существовали между должником по бумаге и первым держателем бумаги (так называемый принцип публичной достоверности ценной бумаги).

Залог ценных бумаг является, по сути, «двойником» залога тех прав, которые обычно инкорпорируются в ценную бумагу. Например, предметом залога может быть требование о возврате денежного долга. Однако это требование можно заложить иначе: должник может выдать кредитору простой вексель, в который будет инкорпорировано требование об уплате денежной суммы, и предметом залога будет уже не требование, а ценная бумага – вексель, – в который оно было инкорпорировано.

1.1. В зависимости от способа легитимации держателя бумаги (т.е. способа доказывания права держателя ценной бумаги на получение исполнения по ней) документарные ценные бумаги делятся на предъявительские, ордерные и именные (ст. 143 ГК РФ).

Из положений ст. 143 ГК РФ следует, что правом на получение исполнения по бумаге обладает лишь ее владелец. Причем простое владение является достаточным для предъявительских бумаг; для ордерных бумаг необходим дополнительный элемент легитимации – непрерывный ряд индоссаментов (если на исполнение претендует не первый держатель бумаги); для именных бумаг легитимация заключается во владении и непрерывном ряде уступок (для того, кто не является первым

держателем бумаги) либо в наличии записи в реестре владельцев документарных именных ценных бумаг.

Таким образом, владение документарной ценной бумагой всегда составляет элемент легитимации держателя ценной бумаги. В связи с этим невозможно представить себе эффективный залог документарной ценной бумаги без передачи ее залогодержателю. В противном случае возможность залогодержателя получить удовлетворение из предмета залога – ценной бумаги – будет довольно иллюзорной.

Впрочем, норма о том, что вещное право залога возникает с момента передачи заложенной документарной ценной бумаги залогодержателю, является диспозитивной и может быть изменена договором залога. Так, заложенные ценные бумаги могут быть оставлены у залогодателя (что представляется самым неудачным решением), а также могут быть переданы во владение третьему лицу (эскроу-агенту), который при наличии основания для обращения взыскания на заложенные бумаги выдаст их залогодержателю.

1.2. Бездокументарные ценные бумаги, строго говоря, не являются ценными бумагами в их классическом, строгом понимании. Ввиду отсутствия материального субстрата – самой бумаги, документа, правило «право из бумаги следует за правом на бумагу» не действует, так как отсутствует само право на бумагу (право собственности на материальный носитель). Вследствие этого также отсутствует такой важнейший элемент легитимации обладателя права по бумаге, как владение.

Законодатель устанавливает, что право залога в отношении бездокументарных ценных бумаг возникает с момента регистрации залога в реестре, в котором учитываются права владельцев бумаг (см. также комментарий к ст. 339¹ ГК РФ). Если бумаги были переданы для депозитарного учета, залог возникает в момент внесения записи о залоге ценных бумаг, учитываемых на счете-депо. Указанные положения являются диспозитивными и могут быть изменены договором залога (например, право залога возникнет не с момента внесения записи, а позднее, при наступлении тех или иных обстоятельств).

2. Залог ордерных ценных бумаг (в первую очередь векселей) может быть осуществлен двумя способами: общегражданским и специальным вексельным.

В первом случае достаточно простого заключения договора залога векселя и передачи векселя залогодержателю (если в договоре залога не предусмотрено отсутствие необходимости такой передачи или возникновение залога до передачи векселя). При просрочке по обеспеченному долгу залогодержатель векселя будет вправе обратиться за взысканием на вексель и осуществить его реализацию в рамках процедур, установленных ГК РФ (см. п. 41 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10). Понятно, что такой способ удовлетворения требования залогодержателя может быть эффективен, лишь если векселедатель по векселю является абсолютно надежным, а срок платежа по векселю еще не наступил.

Во втором случае залог осуществляется путем специального института вексельного права, именуемого залоговым индоссаментом (в силу положений п. 3 ст. 146 ГК РФ положения вексельного права о передаче векселей применяются subsidiarily ко всем ордерным ценным бумагам). Залоговый индоссамент не является, строго говоря, залоговой сделкой, потому что он не свидетельствует о наличии какого-то обеспеченного долга, не обуславливает реализацию прав, им предоставляемых,

с просрочкой по какому-либо обязательству и проч. Залоговый индоссамент — это абстрактная сделка, устанавливающая для держателя векселя, снабженного таким индоссаментом, учиненным в его пользу, право потребовать платежа по векселю от векселедателя. При этом держатель векселя с залоговым индоссаментом не имеет права передавать этот вексель иным лицам, за исключением передачи для целей препоручения (т.е. вексельного представительства) (см. п. 19 Положения о переводном и простом векселе). Таким образом, залогодержатель такого векселя, будучи легитимированным на получение платежа от векселедателя, может напрямую предъявить требование к векселедателю и получить от него сумму платежа. Этот платеж (несмотря на его абстрактный характер) должен засчитываться в счет суммы долга по обеспеченному обязательству перед залогодержателем.

3. В связи с тем что документарная ценная бумага — это вещь (сам по себе документ, в реквизитах которого изложено содержание ценной бумаги), то к залогу таких бумаг субсидиарно (если специальные правила о залоге ценных бумаг не устанавливают каких-либо специальных правил) следует применять правила о залоге вещей. Иное может вытекать из существа документарных ценных бумаг как специфических объектов гражданских прав. Например, не подлежат применению к ценным бумагам нормы об обязанности застраховать объект залога (подп. 1 п. 1 ст. 343 ГК РФ), так как обычно документарные ценные бумаги хранятся в особых условиях (сейфы и проч.) и не используются в повседневной жизни или предпринимательской деятельности.

4. Несмотря на то что бездокументарные ценные бумаги, как уже упоминалось выше, не являются ценными бумагами в строгом смысле этого слова, положения о залоге документарных ценных бумаг к ним также могут быть применены в качестве субсидиарного регулирования. Впрочем, не совсем понятно, какие нормы о залоге документарных ценных бумаг могут применяться к залогу бездокументарных ценных бумаг.

Кроме того, учитывая, что бездокументарные ценные бумаги — это фиксируемые особым образом имущественные права (как правило, обязательственные или корпоративные), к их залогу целесообразно по аналогии применять соответственно правила о залоге требований или в случае с акциями напрямую — нормы о залоге корпоративных прав.

Статья 358¹⁷. Осуществление прав, удостоверенных заложеной ценной бумагой

1. Договором залога ценной бумаги может быть предусмотрено осуществление залогодержателем всех прав, принадлежащих залогодателю и удостоверенных заложеной ценной бумагой, либо всех прав, принадлежащих залогодателю и удостоверенных заложеной ценной бумагой, кроме права на получение дохода по ценной бумаге.

2. Залогодержатель осуществляет заложенные права от своего имени.

Если договором залога залогодержатель ограничен в осуществлении прав, удостоверенных ценной бумагой, нарушение им таких ограничений не затрагивает права и обязанности третьих лиц, которые не знали и не должны были знать о таких ограничениях. Однако залогодержатель несет перед залогодателем ответственность за данные

нарушения, предусмотренную законом и договором, а залогодатель вправе требовать в судебном порядке прекращения права залога.

3. Если по условиям договора залога ценной бумаги залогодатель обязан согласовывать с залогодержателем свои действия по осуществлению прав, удостоверенных заложеной ценной бумагой, в случае нарушения залогодателем указанной обязанности он несет перед залогодержателем ответственность, предусмотренную законом и договором, а залогодержатель вправе требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства.

4. В случаях, если в силу договора залога ценной бумаги залогодержатель осуществляет право на получение дохода по ценной бумаге, залогодержатель имеет право получать доходы по заложеной ценной бумаге, а также денежные суммы, полученные от погашения заложеной ценной бумаги, денежные суммы, полученные от выпустившего ценную бумагу лица в связи с ее приобретением указанным лицом, или денежные суммы, полученные в связи с ее приобретением третьим лицом помимо воли владельца заложеной ценной бумаги. Доходы и денежные суммы, полученные залогодержателем, засчитываются в погашение обязательства, исполнение которого обеспечено залогом ценной бумаги.

5. Если иное не предусмотрено договором залога, при конвертации заложённых ценных бумаг в иные ценные бумаги или иное имущество такие ценные бумаги или такое имущество считаются находящимися в залоге у залогодержателя (пункт 3 статьи 345).

Если в соответствии с законом залогодатель ценных бумаг в силу того, что он является их владельцем, дополнительно к ним безвозмездно получает иные ценные бумаги или иное имущество, такие ценные бумаги или такое имущество находятся в залоге у залогодержателя (пункт 3 статьи 336).

Комментарий

1. Залогодержатель ценной бумаги по умолчанию не имеет права на осуществление прав по ней. Это означает, в частности, что по общему правилу залогодержатель не имеет права на получение исполнения по бумаге (в том числе и в случае дефолта по обеспеченному долгу). Залогодержатель вправе лишь обратиться с иском о взыскании на бумагу и реализовать ее способами, предусмотренными законом или договором залога.

Однако данная норма является диспозитивной, и договором залога ценных бумаг могут быть введены соответствующие правила, позволяющие залогодержателю, в частности, удовлетвориться непосредственно путем получения исполнения по ценной бумаге вместо залогодателя — ее держателя.

Объем прав, которые передаются залогодержателю, может быть различным — от полной передачи всех прав, удостоверенных бумагой (право на получение исполнения по бумаге, дохода по ней, корпоративных прав, удостоверенных ею, права на информацию и проч.), до передачи лишь отдельных правомочий. Из буквального толкования текста п. 1 комментируемой статьи следует, что не допускается передача залогодержателю исключительно права на получение дохода по бумаге без передачи иных правомочий держателя бумаги.

2. Залогодержатель реализует переданные ему права, вытекающие из ценной бумаги, от своего имени. Это означает, что к отношениям между ним и залогодателем

ценной бумаги нормы о представительстве применяться не должны. В целом это верно, так как залогодержатель, реализуя права, удостоверенные ценной бумагой, действует в своем интересе. Однако при этом залогодержатель обязан реализовывать эти права таким образом, чтобы правомерные интересы залогодателя не пострадали (см. п. 3 ст. 307 ГК РФ).

2.1. В комментируемом пункте устанавливается правило, истоком которого являются нормы о представительстве: в том случае если правомочия залогодержателя ценной бумаги ограничены в договоре залога ценных бумаг тем или иным образом (например, залогодержатель при голосовании на общем собрании акционеров обязан предварительно обсудить и согласовать свое голосование с залогодателем), но он вышел за пределы таких ограничений, то добросовестные третьи лица, не знавшие об этих ограничениях, пользуются защитой (закон говорит о том, что выход залогодержателя за пределы таких ограничений «не затрагивает права и обязанности третьих лиц»).

Ближайший аналог этой нормы – п. 1 ст. 174 ГК РФ, и судебная практика применения этой статьи (в частности, определение того, кого следует считать добросовестным контрагентом) может быть использована при применении комментируемой нормы.

2.2. Однако нарушение залогодержателем ограничений, установленных договором залога, представляет собой нарушение обязательств, что влечет за собой ответственность залогодержателя перед залогодателем за возникшие убытки.

Существенное нарушение ограничений по распоряжению правами, удостоверенными заложенными бумагами, также может повлечь расторжение договора залога (ст. 450 ГК РФ).

3. В случае если залогодатель реализует права, удостоверенные ценной бумагой, самостоятельно, то в договоре залога может быть установлена его обязанность предварительно согласовать его действия с залогодержателем. Нарушение этой обязанности влечет за собой акселерацию долга и досрочное обращение взыскания на предмет залога, а также обязанность залогодателя возместить залогодержателю причиненные убытки.

Несмотря на то что в комментируемом пункте отсутствует правило о защите третьих лиц, которые вступили в отношения с залогодателем, не зная об установленных в договоре залога ценных бумаг ограничениях, они должны быть защищены по аналогичным правилам: тот, кто не знал и не должен был знать об ограничениях, не может быть затронут ими. В частности, залогодержатель не вправе оспаривать голосование залогодателя – держателя ценной бумаги, совершенное без предварительного согласования с ним, если только не будет доказано, что все другие участники собрания знали или должны были знать о том, что залогодержатель предварительно не согласовывал голосование залогодателя по тем или иным вопросам.

4. Комментируемый пункт применительно к залого ценных бумаг, осуществление прав на получение дохода по которым передано залогодержателю, устанавливает, что денежные суммы, которые являются «заменителями» ценной бумаги (сумма, полученная от погашения или досрочного выкупа ценной бумаги; сумма, вырученная от приобретателя ценной бумаги в случае неправомерного отчуждения,

см. ст. 147¹ и 149³ ГК РФ), а также доходы по ней получает залогодержатель, и идут они в погашение обеспеченного долга.

5. Аналогичным образом принцип эластичности залога работает при конвертации заложенных ценных бумаг в другие ценные бумаги: вновь выпущенные ценные бумаги считаются предметом прежнего (а не нового!) залога, причем он имеет договорный характер (а не характер залога, возникшего из указания закона). В комментируемой ситуации залог возникнет с момента внесения записей о залоге в соответствующий реестр или отражения залога по счету депо (конвертация документарных ценных бумаг из одного типа в другой законом не предусмотрена, поэтому возникновение такого залога обсуждать смысла не имеет).

Если ценные бумаги конвертируются в иное имущество (например, в доли в уставном капитале ООО), то оно также считается находящимся в залоге (с момента государственной регистрации залога в ЕГРЮЛ).

Дополнительные ценные бумаги (либо любое иное имущество), получаемые безвозмездно залогодателем — владельцем ценной бумаги, также по умолчанию считаются находящимися в залоге. Например, акции или иные ценные бумаги, распределяемые акционерам в качестве дивиденда, будут считаться обремененными тем же залогом, который обременял изначально принадлежавшие акционеру акции.

Однако это правило не подлежит применению к ситуациям, когда акционер получает дополнительно выпущенные акции при увеличении уставного капитала за счет дополнительной эмиссии акций, так как такое приобретение не является безвозмездным.

Статья 358¹⁸. Залог исключительных прав

1. Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий (пункт 1 статьи 1225) могут быть предметом залога в той мере, в какой правила настоящего Кодекса допускают их отчуждение.

2. Государственная регистрация залога исключительных прав осуществляется в соответствии с правилами раздела VII настоящего Кодекса.

3. К договору залога исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации применяются общие положения о залоге (статьи 334–356), а к договору залога прав по договору об отчуждении исключительных прав и по лицензионному (сублицензионному) договору применяются положения о залоге обязательственных прав (статьи 358¹–358⁸), поскольку иное не установлено настоящим Кодексом и не вытекает из содержания или характера соответствующих прав.

4. По договору залога исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации залогодатель в течение срока действия этого договора без согласия залогодержателя вправе использовать такой результат интеллектуальной деятельности или такое средство индивидуализации и распоряжаться исключительным правом на такой результат или на такое средство, за исключением случая отчуждения исключительного права, если договором не предусмотрено иное.

Залогодатель не вправе отчуждать исключительное право без согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено договором.

Комментарий

1. Общая норма о залоге исключительных прав воспроизводит важный принцип залогового права: заложить можно только то, что является отчуждаемым.

Необоротоспособные интеллектуальные права на охраняемые объекты творческой и иной деятельности (например, право авторства произведения) в принципе не отчуждаемы и поэтому не могут быть заложены (п. 12 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29).

Исключительные же права – имущественные права, связанные с результатами интеллектуальной деятельности, могут быть ограничены в обороте. Поэтому, например, в связи с особенностью объекта этого права фирменные наименования, коллективные знаки, наименование места происхождения товара (п. 2 ст. 1474, п. 2 ст. 1510, п. 4 ст. 1519 ГК РФ) также не могут быть предметом залога.

Оборотоспособные исключительные права (патентные права, права на товарные знаки и проч.) выступают предметом залога, так как они представляют собой имущественную ценность и их стоимость может служить источником удовлетворения требований кредитора.

Предметом залога может быть как все исключительное право в целом, так и отдельные правомочия, предоставляемые им (например, право на пользование результатом интеллектуальной деятельности или право на получение периодического дохода) (абз. 6 п. 12 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29).

2. Залог исключительных прав, подлежащих государственной правоустанавливающей регистрации, также подлежит регистрации и без таковой не имеет силы (см. комментарий к ст. 339¹ ГК РФ). Процедуры регистрации залога исключительных прав регулируются нормами разд. VII ГК РФ («Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации»), в частности, ст. 1232 ГК РФ, в п. 2 которой устанавливается важный принцип: залог исключительных прав подлежит регистрации в случае, если само право подлежит регистрации.

Таким образом, залог, например авторских прав, регистрации не подлежит. Однако для получения эффекта против третьих лиц (следование, приоритет) залогодержатель этого права должен раскрыть такой залог в соответствии с п. 4 ст. 339¹ ГК РФ (путем регистрации уведомления о залоге в нотариальном реестре).

3. Залог прав, возникающих из договоров по поводу объектов интеллектуальной собственности, регулируются также нормами о залоге обязательственных требований. Это необходимо в первую очередь для того, чтобы, во-первых, подчинить отношения залогодателя, залогодержателя и должника по договору, связанному с интеллектуальной собственностью, положениям об уведомлении должника и о его связанности этим уведомлением, и, во-вторых, для того, чтобы залогодержатель мог, воспользовавшись специальным положением об удовлетворении залогодержателя права, предъявить требование об исполнении напрямую должнику залогодателя.

В остальном к залогу исключительных прав применяются общие положения о залоге, за исключением случаев, когда это будет противоречить природе исключительных прав. В частности, это означает, что заложенные исключительные права в случае обращения взыскания на них в судебном или внесудебном порядке подлежат реализации на публичных или частных торгах, или могут быть присвоены залогодержателем в счет обеспеченного долга.

4. Некоторым отступлением от общих положений залогового права является норма п. 4 комментируемой статьи, которая устанавливает, что залогодатель (по общему правилу) вправе без согласия залогодержателя пользоваться и распоряжаться исключительными правами (за исключением отчуждения). По всей видимости, это связано с большей защитой интересов обладателя исключительных прав, так как они, как правило, служат для удовлетворения широкого круга интересов общества и государства, и именно поэтому стеснение прав залогодателя исключительного права является менее интенсивным. Кроме того, именно пользование исключительными правами является главным источником доходов для его обладателя (это может быть книгоиздательская компания, производитель кинофильмов, музыкальная студия и проч.). Ограничение такого пользования будет, по сути, означать, что должник-залогодатель не будет иметь денежных средств для погашения долга, обеспеченного залогом.

Под допущенным в настоящей статье распоряжением в данном случае понимается заключение лицензионных (сублицензионных) договоров, а также установление последующих залогов исключительных прав.

Но такая свобода действий залогодателя может быть ограничена договором залога.

Распоряжение исключительными правами, которое влечет отчуждение этих прав, возможно, однако, только с согласия залогодержателя. О последствиях отчуждения исключительного права, обремененного залогом, см. комментарий к п. 2 ст. 335 ГК РФ.

§ 4. Удержание вещи

Статья 359. Основания удержания

1. Кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с нею издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено.

Удержанием вещи могут обеспечиваться также требования хотя и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков, но возникшие из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели.

2. Кредитор может удерживать находящуюся у него вещь, несмотря на то, что после того, как эта вещь поступила во владение кредитора, права на нее приобретены третьим лицом.

3. Правила настоящей статьи применяются, если договором не предусмотрено иное.

Комментарий

1. Удержание вещи является одним из вещных способов обеспечения исполнения обязательств, поскольку обязательственное притязание кредитора (ретентора) к должнику может быть направлено на стоимость удерживаемой вещи. Удержание вещи наиболее близко примыкает к залому, возникающему в силу закона, в виде залога. Имея глубокие исторические корни, удержание известно многим правовым порядкам, а также признается некоторыми международными актами унификации гражданского права (например, ст. IX.-2:114 Модельных правил европейского частного права).

В российской доктрине не имеется единого взгляда на юридическую характеристику удержания. Оно квалифицируется, в частности, как ограниченное вещное право, возникающее *ex lege* или по воле ретентора; самозащита гражданского права; мера оперативного воздействия, юридический поступок.

В системе способов обеспечения обязательства удержание обладает следующим набором юридических характеристик: вещный; акцессорный, внедоговорный, строго посессорный (владельческий); направленный на стоимость вещи; дающий преимущество перед другими кредиторами; действующий против третьих лиц.

1.1. Удержание вещи, как и большинство способов обеспечения, является акцессорным, поэтому оно недопустимо при отсутствии основного (обеспечиваемого) обязательства (Определение КС РФ от 21 февраля 2008 г. № 92-О-О). Этот подход является доминирующим в судебной практике.

При этом согласно прямому указанию в п. 1 комментируемой статьи удержание возможно только тогда, когда должник попал в просрочку. Если наступает срок передачи должнику вещи, а денежное требование кредитора к должнику еще не созрело и просрочка в оплате по нему не наступила, кредитор не вправе производить удержание.

1.2. Удержание вещи является строго посессорным способом обеспечения, поскольку допускается только в том случае, когда вещь находится у кредитора. Юридическим тестом правомерности удержания по этому критерию является наличие у кредитора владения вещью, т.е. фактического господства над ней. Кто не владеет — тот и не удерживает (*Nul ne retient qui ne detient*).

При этом право на удержание вещи должника возникает у кредитора лишь в том случае, когда спорная вещь оказалась в его владении на законном основании. Возможность удержания не может быть следствием захвата вещи должника помимо его воли. Однако поступление оборудования во владение собственника помещения вследствие оставления арендатором этого оборудования в помещении арендодателя после истечения срока аренды рассматривается как законное основание для удержания оборудования в обеспечение исполнения обязательства по уплате арендной платы (п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66). При этом доминирующая практика арбитражных судов исходит из недопустимости вскрытия арендодателем арендуемых помещений и захвата кредитором вещей арендатора, поскольку в таком случае, в отличие от предыдущего, вещи арендатора выбывают из владения помимо его воли. Между тем в тех случаях, когда арендатор по истечении срока договора оставляет свои вещи в покинутом им здании (помещении, на земельном участке), в соответствующих случаях можно усмотреть его

подразумеваемое согласие на переход владения к арендодателю, ибо арендованное имущество (и следовательно, оставленные там вещи) не может не возвращаться из временного владения обратно собственнику, чего арендатор не может не понимать. При таком подходе имеются некоторые основания усмотреть правомерность удержания. Права и законные интересы арендатора в достаточной степени защищаются правилом о судебном обращении взыскания на удерживаемое имущество.

1.3. Статья 359 ГК РФ устанавливает два вида удержания: общегражданское и предпринимательское (коммерческое, торговое), которые различаются по характеру требования и основаниям допустимости удержания вещи. Общегражданское удержание допускается при наличии юридической связи между требованием кредитора и вещью. Такая связь признается возникшей при наличии одного из трех юридических фактов: (а) неисполнение обязательства по оплате вещи; (б) наличие подлежащих возмещению кредитору издержек на вещь; (в) наличие у кредитора убытков, связанных с вещью.

Для удержания в ситуации, когда требование кредитора возникло из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели, наличие юридической связи между требованием и вещью юридически иррелевантно, т.е. не имеет правового значения для возникновения права на удержание вещи. Удержание оборудования арендодателем (см. пример в предыдущем подпункте) правомерно в обеспечение требования по уплате арендной платы за помещение, которое само по себе никак не связано с оборудованием. Оборудование объектом обязательственного отношения по аренде не являлось, но может удерживаться. В предпринимательских отношениях требования ретентора к должнику, которое допускается обеспечить удержанием, может возникать из совершенно различных обязательств, не имеющих какой-либо связи с обстоятельствами, лежащими в основе владения вещью кредитором. Вопреки практике некоторых арбитражных судов кредитор вправе удерживать вещь, находящуюся у него на основании одного договора, тогда как его требование к должнику возникло из другого договора. Никаких ограничений для этого ст. 359 ГК РФ не содержит. Такое удержание не может подорвать обоснованные ожидания должника по его требованию о передаче вещи, поскольку он не может не знать о наличии неисполненного перед кредитором обязательства, которое наряду с владением ретентора и служит правовым основанием удержания вещи. Более того, для предпринимательского удержания закон устанавливает, чтобы требование кредитора к должнику возникло из обязательства, в котором стороны действуют как предприниматели, но к отношению, связанному с владением вещью, такого требования не выдвигается.

1.4. По буквальному смыслу ст. 359 ГК РФ объектом удержания может быть только вещь. До 1 июня 2015 г. нормы об обеспечении обязательств допускали терминологическую несогласованность. Статья 329 ГК РФ оперировала понятием «удержание имущества должника», тогда как комментируемая статья оперировала термином «вещь». Термин «имущество» может рассматриваться как не тождественный термину «вещь» и имеющий более широкое содержание. Изменение редакции ст. 329 и наименования § 4 гл. 23 ГК РФ устранило это расхождение в пользу единообразного использования термина «вещь».

1.5. Одно из оснований общегражданского удержания — неисполнение должником в срок обязательства по оплате вещи вызывает вопрос о возможности удержания

собственной вещи, т.е. вещи, принадлежащей на праве собственности ретентору. Формально юридически неисполнение покупателем вещи по договору купли-продажи обязательства по оплате покупной цены в условиях, пока вещь не передана покупателю, охватывается содержанием ст. 359 ГК РФ, поскольку кредитор (продавец) владеет вещью, а должник (покупатель) обязан оплатить эту вещь. Однако в силу п. 1 ст. 223 ГК РФ право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором. Следовательно, в описанной ситуации по общему правилу кредитор (продавец) является собственником вещи. Удержание собственной вещи подлинного обеспечения не дает, ибо нельзя иметь обеспечение в собственном имуществе. Судебная практика отрицательно относится к юридической возможности удержания собственной вещи. Предметом удержания может быть только вещь, принадлежащая на каком-либо праве должнику (или третьему лицу), т.е. чужая для кредитора вещь (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 октября 2006 г. № 7226/06). Если ретентор уклоняется от передачи должнику своей вещи, то речь может идти о приостановлении исполнения обязательства на основании ст. 328 ГК РФ (см. далее), но не об удержании.

1.6. Удержание имеет некоторое сходство с приостановлением (отказом) исполнения в sinalлагматическом обязательстве (ст. 328 ГК РФ). В некоторых случаях оно может сливаться с ним. Например, это наблюдается, когда по условиям договора купли-продажи право собственности на вещь переходит к покупателю до передачи вещи и последний не исполняет в срок свое обязательство по ее оплате. За пределами такого рода редких случаев права удержания и приостановления исполнения не совпадают и предоставляют различные правомочия кредитору в обязательстве. С одной стороны, право удержания уже по охвату по сравнению с приостановлением исполнения обязательства, ограничиваясь лишь удержанием во владении чужой вещи, что является частным случаем правомерного неисполнения обязательства ретентора по передаче вещи ее собственнику. С другой стороны, применительно к предпринимательским отношениям удержание шире по охвату, чем приостановление исполнения по ст. 328 ГК РФ, так как не привязано к встречным исполнениям. Кроме того, удержание является более широким правомочием еще и в том смысле, что позволяет обратиться взыскание на вещь (см. комментарий к ст. 360 ГК РФ), что правовым режимом ст. 328 ГК РФ не предусмотрено.

1.7. Представляется логичным ограничивать возможность удержания в случаях, когда кредитору доступны простые механизмы осуществления своего права требования во внесудебном порядке. Так, например, вряд ли логично давать кредитору право на удержание в ситуации, когда он может реализовать свое притязание путем безакцептного списания долга. Кроме того, наличие встречных денежных требований дает основание заявить о зачете по требованию с наступившим сроком его удовлетворения (ст. 410 ГК РФ), поэтому прибегать к использованию удержания нет необходимости.

1.8. Комментируемая статья не содержит каких-либо ограничений для удержания вещи, стоимость которой явно несоразмерна сумме требования кредитора. Залоговое право допускает возможность отказа в иске залогодержателя об обращении взыскания на заложенное имущество по мотиву явной несоразмерности (п. 2 ст. 348 ГК РФ). Некоторые суды идут еще дальше, не допуская само удержание вещи

во владении кредитора по мотиву явной несоразмерности. Этот подход преобладает в судебной практике.

1.9. Форма реализации ретентором права удержания ст. 359 ГК РФ не устанавливается. Ретентор может уведомить собственника удерживаемой вещи о реализации своего права, что будет отвечать принципу добросовестности. Наличие права удержания вещи может лежать в основании иска об обращении взыскания на удерживаемую вещь. Ссылка на удержание вещи допустима и посредством заявления процессуального возражения по иску собственника или иного управомоченного лица, имеющего право на получение вещи.

1.10. Если общегражданское удержание допускается применять только в отношении трех видов требований (оплата, издержки, убытки), то предпринимательское удержание может обеспечивать любые по своему юридическому характеру требования. Это могут быть требования, связанные с ответственностью должника (проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ, неустойка и др.) или не связанные с ней (проценты за коммерческий кредит, возмещение потерь, возврат уплаченного и др.).

1.11. В соответствии с п. 1 ст. 207 ГК РФ с истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям (проценты, неустойка, залог, поручительство и т.п.), в том числе возникшим после истечения срока исковой давности по главному требованию. Согласно п. 3 ст. 199 ГК РФ односторонние действия, направленные на осуществление права (зачет, безакцептное списание денежных средств, обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке и т.п.), срок исковой давности для защиты которого истек, не допускается. Из данных норм следует, что удержание вещи в обеспечение исполнения заданного требования не допускается.

1.12. Судебная практика, применяя ст. 359 ГК РФ по аналогии, распространяет ее действие на отношения, связанные с разделом супружеского имущества, осложненного несостоятельностью одного из них. Если в результате раздела имущества в натуре один из супругов должен выплатить другому компенсацию в денежной форме, судам необходимо руководствоваться следующим. Если выплату в конкурсную массу должен произвести супруг должника, то конкурсный управляющий не передает ему имущество, причитающееся указанному супругу в результате раздела, до того, как в конкурсную массу поступит соответствующая денежная сумма (применительно к ст. 359 ГК РФ). Если выплата не будет произведена в срок, определенный судом, рассматривающим дело о банкротстве, конкурсный управляющий вправе реализовать указанное имущество по правилам, установленным для реализации имущества, обремененного залогом (ст. 138 Закона о банкротстве), на основании ст. 360 ГК РФ (п. 19 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2011 г. № 51).

1.13. Некоторые арбитражные суды считают недопустимым удержание вещи по долгу, уже присужденному судом в пользу кредитора, но фактически еще не взысканному. Такой подход представляется весьма спорным. Ничто не препятствует удержанию вещи по правилам комментируемой статьи по присужденному, но еще не взысканному долгу, поскольку само по себе обязательство должника таким присуждением не прекращается вплоть до его исполнения. Чтобы избежать этого риска, ретентору следует вместе со взысканием долга предъявлять иск об обращении взыскания на удерживаемую им вещь (ст. 360 ГК РФ), с тем чтобы не утратить право удержания.

1.14. Статья 359 ГК РФ не разрешает вопроса о правомочии ретентора пользоваться удерживаемой им вещью. Поскольку удержание вещи имеет значительное сходство с залогом, следует заполнять этот пробел данной нормы аналогией закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ), обратившись к п. 5 ст. 346 ГК РФ. Это позволяет заключить, что ретентор вправе пользоваться удерживаемой вещью только в случаях, предусмотренных договором.

2. Пункт 2 ст. 359 ГК РФ придает праву удержания своеобразный вещный эффект следования. Если после законного овладения вещью кредитором ее собственник сменится, ретентор вправе обратить удержание против нового собственника: право удержания следует за правом собственности на вещь.

2.1. Требования кредитора и его обязанность по передаче вещи должнику обычно соотносятся как встречные: кредитор имеет требование к должнику по обязательству, а должник имеет право требования к кредитору о передаче вещи. Однако возможна и такая ситуация, когда эта встречность прекращается вследствие перехода права на вещь к третьему лицу. Обеспечительный эффект удержания вещи легко разрушался бы должником, если бы удержание прекращалось вследствие приобретения прав на вещь третьим лицом. Например, должник мог бы произвести отчуждение вещи другому лицу, к которому у ретентора не имеется никаких притязаний. Третье лицо, не имея никаких отношений с кредитором и не будучи связанным обязательственным отношением между кредитором и должником, вправе было бы как собственник истребовать имущество из владения ретентора. Чтобы предотвратить такое последствие, правопорядок наделяет право удержания юридическим эффектом следования.

2.2. Права нового собственника вещи подвергаются ограничению правом удержания независимо от того, знал ли он о наличии такого притязания у ретентора, поскольку приобретая вещь, он знал или должен был знать об отсутствии владения у отчуждателя вещи (должника).

2.3. Положения п. 2 ст. 359 ГК РФ по буквальному их смыслу не охватывают такую ситуацию, как передача должником ретентору во владение вещи, собственником которой должник не является. Такая ситуация может сложиться, например, тогда, когда вещь первоначально получена должником по недействительному договору купли-продажи от ее собственника. Между тем, если ретентор является добросовестным, т.е. не знал и не мог знать о том, что должник в момент передачи вещи ретентору не является собственником, имеются все основания, вопреки практике некоторых судов, применять по аналогии нормы о защите добросовестного залогодержателя (п. 2 ст. 335 ГК РФ).

3. Статья 359 ГК РФ по прямому указанию в п. 3 является диспозитивной. Стороны правоотношения вправе полностью исключить договором применение удержания в своих отношениях, они могут установить те или иные особенности его применения.

3.1. Несмотря на то что п. 3 ст. 359 ГК РФ предусматривает возможность изменения общих правил об удержании только договором, иное регулирование устанавливается также и законом. Специальные правила об удержании могут устанавливаться прежде всего самим ГК РФ, а также иными законами или кодексами. По известному принципу *lex specialis derogat generali* специальные нормы об удержании имеют преимущество перед общими нормами.

3.2. Во второй части ГК РФ законодатель устанавливает правила об удержании для четырех видов договоров: подряд (ст. 712 ГК РФ), перевозка (п. 4 ст. 790 ГК РФ), поручение (п. 3 ст. 972 ГК РФ), комиссия (п. 2 ст. 996 ГК РФ). В судебной практике возник вопрос о диспозитивности положений ст. 712 ГК РФ, который был разрешен положительно (Определение КЭС ВС РФ от 29 марта 2016 г. № 306-ЭС15-16624).

3.3. В других кодексах специальное регулирование удержания предусматривается, например, в ст. 373 КТМ РФ, которая не получила пока широкого применения на практике. Кроме того, особенности удержания установлены ст. 160 КТМ РФ. Судебная практика исходит из того, что после выдачи груза получателю перевозчик утрачивает право требовать от отправителя уплаты сумм, которые получатель должен был уплатить за перевозку, но не уплатил, если только перевозчик не докажет, что не смог осуществить право удержания груза по не зависящим от него обстоятельствам. Кроме того, в силу п. 2 ст. 160 КТМ РФ перевозчик вправе удерживать груз лишь в отношении тех указанных в данном пункте платежей, которые грузополучатель должен уплатить ему на основании договора морской перевозки (п. 7, 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 августа 2004 г. № 81). В других законах удержание предусмотрено, например, п. 3 ст. 3 Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 87-ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности», согласно которому экспедитор вправе удерживать груз, только если это предусмотрено договором. Другим примером может выступать ст. 23 Федерального закона от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Судебная практика исходит из того, что на основании данной нормы оператор морского терминала не вправе удерживать груз, принадлежащий собственнику, в обеспечении долга перед ним перевозчика (Постановление Президиума ВАС РФ от 20 апреля 2010 г. № 17811/09).

Статья 360. Удовлетворение требований за счет удерживаемой вещи

Требования кредитора, удерживающего вещь, удовлетворяются из ее стоимости в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом.

Комментарий

(а) Теоретически удержание может принимать дефензивный или экзекутивный виды. Первый из них носит сугубо стимулирующий характер и позволяет лишь удерживать вещь должника, вынуждая его исполнить обязательство, дабы добиться получения вещи. Второй – позволяет обратить взыскание на удерживаемую вещь. Российская модель удержания построена по экзекутивному виду, которая предусматривает право ретентора получить удовлетворение по обеспеченному удержанием обязательству из стоимости удерживаемой вещи.

(б) В ст. 360 ГК РФ реализован принцип законодательной экономии ввиду схожести удержания и залога. Поэтому вместо того, чтобы создавать собственные

правила об обращении взыскания на удерживаемую вещь, данная норма отсылает правоприменителя к залоговым правилам об объеме и о порядке удовлетворения требований кредитора из стоимости вещи. Соответственно к данным правоотношениям по крайней мере применимы ст. 337, 348–350² ГК РФ. В этой части права ретентора по существу приравнены законодателем к правам залогодержателя.

(в) Отсылка законодателя лишь к правилам об объеме и о порядке предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных к залого, оставляет неясным вопрос о наличии у ретентора преимущества перед другими кредиторами собственника удерживаемой вещи. О залоговом преимуществе ретентора законодатель относительно ясно высказывается применительно к полномочиям комиссионера по удержанию вещей комитента. В случае объявления комитента несостоятельным (банкротом) право удержания комиссионера прекращается, но его требования к комитенту в пределах стоимости вещей, которые он удерживал, удовлетворяются в соответствии со ст. 360 ГК РФ наравне с требованиями, обеспеченными залогом (п. 2 ст. 996 ГК РФ). Каких-либо политико-правовых оснований предоставить преимущество ретентору в отношениях по договору комиссии, отказав в таком преимуществе во всех других случаях несостоятельности собственника удерживаемой вещи не усматривается. Поэтому есть определенные догматические основания распространить режим преимущества ретентора на все случаи удержания вещей, если только это не исключено законом.

Судебная практика предусматривает преимущество ретентора при двусторонней реституции. Если недействительная сделка была исполнена обеими сторонами (как должником, так и контрагентом), то в случае, когда должник обязан в порядке реституции уплатить 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 (п. 29⁵ Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63).

Поскольку обоснование преимущественного права ретентора опирается не на специальные правила законодательства о банкротстве, а на общие положения об исполнении и обеспечении обязательств, имеются основания полагать, что залоговым преимуществом обладает всякий ретентор.

(г) Отсылка к правилам о залоге позволяет разрешить также и другой вопрос, прямо не урегулированный в ст. 360 ГК РФ. В случае если удерживаемая вещь до получения владения ею ретентором была передана в залог иному лицу (залогодержателю), коллизия ограниченных вещных прав ретентора и залогодержателя разрешается по залоговому принципу старшинства (*prior tempore potior iure*). В таком случае залогодержатель имеет преимущество перед ретентором, поскольку является предшествующим (старшим) залогодержателем (Постановление Президиума ВАС РФ от 11 июня 2013 г. № 15154/11). Такое решение, будучи распространенным на любые случаи коллизии непосессорного залога и удержания, может вызывать сомнения, поскольку в некоторых случаях (например, когда ретентор увеличил стоимость удерживаемой вещи) старший залоговый кредитор обратит в свою пользу

затраты ретентора на вещь в ущерб обоснованным интересам последнего. Это расходится с распространенными подходами в других правовых системах, где удержанию вещи придается сверхстаршинство, т.е. ретентор обладает суперприоритетом (см., например, ст. IX.-4:102 Модельных правил европейского частного права).

§ 5. Поручительство

Статья 361. Основания возникновения поручительства

1. По договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части. Договор поручительства может быть заключен в обеспечение как денежных, так и неденежных обязательств, а также в обеспечение обязательства, которое возникнет в будущем.

2. Поручительство может возникать на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств. Правила настоящего Кодекса о поручительстве в силу договора применяются к поручительству, возникающему на основании закона, если законом не установлено иное.

3. Условия поручительства, относящиеся к основному обязательству, считаются согласованными, если в договоре поручительства имеется отсылка к договору, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечиваемое обязательство. В договоре поручительства, поручителем по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, может быть указано, что поручительство обеспечивает все существующие и (или) будущие обязательства должника перед кредитором в пределах определенной суммы.

Комментарий

1. Длительное время в отечественной литературе по поручительству ведется спор о юридической конструкции отношений кредитора, поручителя и должника. Его можно свести к противостоянию двух точек зрения на конструкцию поручительства и толкование понятия «отвечать за исполнение должником обеспеченного обязательства», которое упомянуто в определении поручительства в п. 1 комментируемой статьи.

Первая точка зрения заключается в том, что поручитель, заключая договор поручительства, как бы вступает в отношения кредитора и должника на стороне последнего, образуя множественность на стороне должника в обеспеченном обязательстве. Иными словами, эту идею можно описать так: заключая договор поручительства, поручитель вступает в долг должника и тем самым принимает на себя обязанность сделать то же, к чему обязался сам должник.

Второй подход основывается на предположении о том, что, заключая договор поручительства, поручитель принимает на себя самостоятельное обязательство перед кредитором, содержанием которого является обязанность поручителя в случае просрочки должника возместить кредитору по общему правилу все причиненные этим имущественные потери (включающие убытки кредитора, невозвращенные ему авансы и пр.). Иногда об этом не совсем точно говорят как об «ответственности за должника».

Несмотря на внешнюю избыточную «академичность» как самого вопроса, так и обоих вариантов его решения, он является очень практическим. По сути, от того, на какой из двух моделей остановится выбор, зависят решения множества важных практических вопросов, начиная с возможности обеспечения неденежного обязательства и заканчивая последствиями исполнения раздельного сопоручительства.

1.1. Модель совместного участия должника и поручителя в обеспеченном долге была долгое время довольно распространена и в учебной литературе, и в судебной практике. Она в первую очередь основывается на идее, что кредитор, не получив исполнения от должника, может обратиться к поручителю, и последний обязан исполнить то, к чему обязался, но не исполнил должник. То, что поручитель обязан совершить именно то, к чему обязался должник, как раз и объясняется тем, что поручитель, заключая договор поручительства, как бы вступает в обеспеченный долг в качестве второго (как правило, солидарного) должника. Таким образом, получается, на первый взгляд, довольно стройная картина: если должник не платит долг, кредитор предъявляет требование к другому должнику – поручителю – и тот исполняет обеспеченное обязательство. Следы такого подхода к конструкции поручительства могут быть обнаружены, например, в п. 18 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14.

Но в конечном итоге российское право пришло к пониманию поручительства как отдельного акцессорного обязательства поручителя. Ранее такой подход нашел свое закрепление в Постановлении Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 (см., в частности, п. 1, 12, 14 данного Постановления).

В этих условиях указание в п. 1 ст. 363 ГК РФ на солидарный характер ответственности должника и поручителя следует понимать как указание не на материально-правовое участие нескольких лиц в одном обязательстве, а лишь на возможность предъявления кредитором иска к должнику и поручителю одновременно. Подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 363 ГК РФ.

1.2. Выбор той или иной модели объяснения конструкции поручительства оказывает влияние, в частности, на определение природы обратного требования поручителя к должнику. Если считать, что поручитель, исполняя кредитор, платит за должника (т.е. исполняет то, к чему обязался должник), то обеспеченное обязательство должно считаться прекращенным в результате исполнения. Следовательно, обратное требование поручителя к должнику было бы логично квалифицировать как *регрессное* (т.е. новое) требование, основанием которого как раз и является платеж кредитор. Именно такая конструкция предусмотрена в ст. 325 ГК РФ для обратного требования солидарного должника, полностью исполнившего обязательство перед кредитором, в отношении других солидарных должников. Однако такой подход полностью опровергается положениями п. 1 ст. 365 Кодекса и п. 1 ст. 387 ГК РФ, в соответствии с которыми к поручителю, исполнившему обязательство, *переходят права кредитора по этому обязательству* в порядке суброгации. Но как может перейти право по обязательству должника к поручителю, если поручитель с точки зрения теории участия поручителя в долге должника, уплатив кредитор, прекратил это обязательство?

Кроме того, объяснение обратного требования поручителя через регресс неизбежно приводило бы к тому, что уплата поручителем кредитор, влекущая прекращение основного обязательства, должна неизбежно влечь за собой прекращение

залога, обеспечивающего основной долг. Это легко можно было бы при желании объяснить аксессуарной природой залога. Однако этот тезис входит в противоречие с текстом ст. 365 Кодекса, которая прямо предусматривает, что залоговые права кредитора *переходят* к поручителю. С точки зрения концепции регресса это совершенно необъяснимо. А это, в свою очередь, подталкивает к выводу о том, что поручитель погашает не долг должника, а свой собственный «параллельный» долг, возникающий из обеспечительной сделки.

1.3. Долгое время сложным и дискуссионным являлся вопрос о том, в чем же состоит это обязательство поручителя. Здесь возможны два варианта ответа.

Во-первых, содержание обязательства поручителя идентично содержанию обеспеченного обязательства (т.е. если должник обязался уплатить деньги, то поручитель должен уплатить аналогичную денежную сумму; если должник принял на себя обязательство выполнить работу, то содержанием обязанности поручителя является выполнение такой же работы и т.п.). Однако совершенно очевидно, что в этом случае поручительство будет удобным и эффективным инструментом для обеспечения только денежных обязательств, так как тяжело представить случаи, когда должник и поручитель обладали бы настолько схожими качествами, что кредитору было бы безразлично, кто выполняет для него работы, оказывает услуги и т.п. Кроме того, такой взгляд на содержание обязанности поручителя делает совершенно невозможным обеспечение обязательств со строго личным характером обязанности должника либо обязательств с отрицательным содержанием.

Во-вторых, содержание поручителя может быть описано как обязанность последнего возместить кредитору в денежном выражении все негативные последствия нарушения должником обеспеченного обязательства. Иногда в литературе или в законе эта обязанность не очень удачно описывается как «обязанность отвечать за исполнение должником обеспеченного обязательства» или как «ответственность поручителя за должника»¹. Эти термины довольно условны, и их следует понимать именно как обязанность поручителя уплатить кредитору такую денежную сумму, которая будет в себя включать в зависимости от обязательства суммы неотработанных авансов, неуплаченных денежных долгов, суммы неустоек и убытков, начисленных должнику. Уплатив соответствующую денежную сумму, поручитель прекращает свое обязательство перед кредитором надлежащим исполнением.

Именно этот второй подход нашел свое закрепление в практике ВАС РФ. В п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 подчеркивается, что тот факт, что обязательство поручителя исполняется им, как правило в денежной форме, не препятствует обеспечению поручительством обязательств по передаче товара, выполнению работ, оказанию услуг, воздержанию от совершения определенных действий и т.п., «поскольку у кредитора по этим обязательствам при определенных

¹ Неудачность термина «ответственность поручителя» связана с тем, что он предполагает применение мер гражданско-правовой ответственности (взыскание убытков, неустойки и т.п.). Однако на самом деле «ответственностью поручителя» охватываются и те случаи, когда должник не привлекается к ответственности за нарушение договора, да и вообще его ответственность перед кредитором не обсуждается вовсе: например, должник не отработал выданный ему аванс, договор был расторгнут кредитором, и сумма аванса не возвращена. В этой ситуации поручитель должен уплатить кредитору денежную сумму, составляющую сумму аванса. Разумеется, в описанном случае ни о какой гражданской ответственности должника и речи не идет.

обстоятельствах (например, при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обязательства) могут возникать денежные требования к должнику: о возмещении убытков, взыскании неустойки, возврате аванса и т.п.». Именно в этом пункте ВАС РФ подчеркивает, что обязанность поручителя как раз и заключается в возмещении определенных в денежном выражении имущественных потерь кредитора. Таким образом, в постановлении признается, что содержанием обязательства поручителя является не исполнение того, к чему обязался должник, а возмещение в денежном выражении потерь кредитора.

1.4. Как уже отмечалось, особенностью поручительства является то, что поручитель, исполнивший свое собственное обязательство перед кредитором, приобретает право в отношении должника не при помощи конструкции регресса (т.е. нового самостоятельного требования со своим сроком давности), а вследствие *суброгации*, т.е. перехода к поручителю того требования, которое имелось у кредитора в отношении должника (п. 1 ст. 365 и п. 1 ст. 387 ГК РФ).

Объяснение конструкции поручительства через концепцию суброгации приводит к следующим выводам.

Во-первых, становится понятно, почему поручитель приобретает право требовать с должника исполнения обязательства в полном объеме – ведь, возместив кредитору его имущественные потери от неисполнения должником обеспеченного обязательства, поручитель прекратил свое собственное обязательство, а не обеспеченное. Последнее перешло к нему, и он в нем является новым кредитором.

Во-вторых, при суброгационном объяснении отношений между кредитором, должником и поручителем последний, вступая в обеспеченное им требование в качестве кредитора, приобретает право требовать с должника уплаты процентов на условиях, установленных этим обязательством.

В-третьих, становится понятно, почему удовлетворивший кредитора поручитель приобретает не только право требования к должнику, но и право залога, а также права по иным сделкам (неустойке, поручительству и т.п.), связанным с долгом: ведь при суброгации (переходе требования, которое было обеспечено поручительством, от кредитора к поручителю) сохраняются все дополнительные права, которые имелись у прежнего кредитора. Они теперь принадлежат новому кредитору – поручителю.

В-четвертых, понимание поручительства как самостоятельного обязательства поручителя и суброгационное объяснение природы обратного требования к должнику легко разрешают проблему обеспечения обязательств, предметом которых является совершение действий либо воздержание от совершения действий. Такие обязательства могут быть обеспечены поручительством, потому что поручитель по ним обязывается не к тому, что обязался сделать (не делать) должник, а принимает на себя обязанность по возмещению имущественных потерь кредитора. Возместив эти потери, поручитель приобретает те права на возмещение убытков (или возврат авансов), которые имелись у кредитора в отношении должника.

1.5. Обязательство поручителя возместить потери должника считается согласованным в момент заключения договора поручительства, но до просрочки оно находится в состоянии «подвешенности», т.е. оно не может быть реализовано принудительно или предъявлено к зачету.

Существует дискуссия относительно того, является ли конструкция поручительства сделкой, совершаемой под отлагательным условием (в качестве которого

выступает просрочка должника), либо просрочка является *conditio iuris* (условием права). Разница заключается в том, что в первом случае условие, под которое ставится сделка, является результатом взаимных договоренностей сторон сделки, а во втором оно следует из закона, и стороны не могут договариваться об ином, не исключив при этом применение самой конструкции поручительства. Квалификация просрочки в качестве условия права является, вероятнее всего, правильной. При этом в любом случае положения о последствиях недобросовестного воспрепятствования или содействия наступлению условия, содержащиеся в п. 3 ст. 157 ГК РФ, не подлежат применению к отношениям кредитора и поручителя. На это указывается в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42.

В российском праве имеется некоторая догматическая неопределенность в вопросе о динамике обязательства, поставленного под условие (в том числе условие права). Возникает ли оно в момент заключения договора и лишь созревает при наступлении условия, или условие откладывает момент возникновения обязательства (как это буквально указано в общих правилах об обычных отлагательных условиях в ст. 157 ГК РФ)? Соответственно, могут высказываться разные точки зрения в отношении момента возникновения обязательства поручителя. Как бы ни решался данный общий вопрос, в контексте рассматриваемой проблемы нам представляется более логичной позиция, при которой такое обязательство поручителя будет считаться возникшим в момент заключения договора поручительства и существующим параллельно с долгом основного должника, а при просрочке основного должника обязательство поручителя будет лишь созреть.

Кроме того, разумеется, сам по себе договор поручительства может быть совершен под условием, как отлагательным, так и отменительным. Некоторые примеры такого рода условий приводятся в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42. Так, в числе отлагательных условий, обуславливающих вступление договора поручительства в силу (п. 1 ст. 157 ГК РФ), высшая судебная инстанция называет такие обстоятельства, как заключение кредитором с должником или третьими лицами иных обеспечительных сделок (например договора ипотеки), изменение состава участников или органов управления общества-поручителя или должника и т.п. В качестве отменительного условия (п. 2 ст. 157 ГК РФ) в договоре поручительства может быть указано, в частности, прекращение либо признание недействительными или незаключенными других обеспечительных сделок, заключенных кредитором и должником (абз. 2 п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

1.6. Обязательство поручителя, даже находящееся в состоянии «подвешенности», в свою очередь, может быть обеспечено другими поручительствами, а также залогом и банковской гарантией. Ранее этот вопрос обсуждался Президиумом ВАС РФ при рассмотрении конкретного дела (Постановление Президиума ВАС РФ от 4 октября 2011 г. № 9951/10). Тогда Суд признал допустимым обеспечение обязательств поручителя по облигациям (обеспечение первого уровня) другим поручительством (обеспечение второго уровня). Этот подход чрезвычайно важен, так как он опровергает распространенное мнение о невозможности обеспечения обязательства поручителя, основанное на том, что до дефолта должника основное обязательство, обеспечиваемое другим поручительством или залогом, отсутствует, и потому обеспечение ничтожно. Последнее мнение ошибочно. Во-первых, как было выше отмечено, есть основания считать, что обязательство поручителя возникает в момент

заключения договора поручительства, хотя и находится до просрочки должника в состоянии «подвешенности». Поэтому обеспечение такого обязательства вполне допустимо, а соответствующие договоры залога или поручительства не должны рассматриваться как недействительные сделки. Во-вторых, в законе изначально допускалось обеспечение поручительством будущего обязательства, поэтому, даже если считать обязательство поручительства не возникшим до момента возникновения оснований для предъявления к нему требований, это обязательство поручителя все равно могло бы быть обеспечено другим поручительством или залогом как будущее обязательство.

За неисполнение обязательства поручителя может быть установлена неустойка, которую кредитор может взыскать с поручителя, если тот допустит просрочку и не исполнит договор поручительства надлежащим образом. Однако в силу того, что такая неустойка является самостоятельным долгом поручителя, она не может быть взыскана с должника ни по правилам суброгации, ни по правилам о регрессных требованиях (п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

1.7. Поручительство выдается поручителем в связи с тем, что он, как правило, связан с должником какими-либо отношениями, которые именуется отношениями покрытия.

(а) Обязательственный вариант отношений покрытия распадается на две ситуации. Первая из них основана на случае, когда одно лицо (будущий поручитель) уже имеет долг перед другим лицом (должником в обязательстве, которое предполагается обеспечить поручительством), возникший из каких-то их предшествующих отношений. Должник, имея в виду этот долг, предлагает такому лицу заключить с его кредитором договор поручительства на сумму, соответствующую этому долгу.

С точки зрения будущего поручителя такая сделка имеет смысл, так как в результате ее исполнения (т.е. выплаты кредитором денежной суммы за должника) он получит требование к должнику (являющемуся, в свою очередь, кредитором поручителя по иному обязательству) и сможет осуществить зачет своего долга перед должником за счет перешедшего к нему в порядке суброгации требования. Единственный риск, который такой поручитель принимает на себя, — это риск банкротства должника, при котором зачет осуществить не удастся и поручитель будет вынужден уплатить причитающиеся с него денежные средства в конкурсную массу с одновременным включением перешедшего к нему требования к должнику в реестр его кредиторов. Таким образом, вполне может оказаться, что, уплатив кредитором должника, поручитель окажется в проигрыше, потому что он не сможет использовать перешедшее к нему требование в полной мере для целей зачета.

Описанная модель отношений покрытия пусть и не часто, но все же встречается на практике.

(б) Другая разновидность обязательственных отношений покрытия, которая встречается также достаточно редко, — это случай, когда обязанность выдать поручительство возникает у поручителя на основании договора, заключенного между поручителем и должником. Такой договор обычно именуется договором о выдаче поручительства. В тексте п. 3 ст. 365 ГК РФ законодатель упоминает этот договор, называя его «договор поручителя с должником», но детально не регулирует. Как правило, поручитель, обязываясь выдать поручительство, выговаривает себе за это некоторое вознаграждение; последнее обстоятельство имеет особое значение в случаях,

когда выдача поручительств по просьбе третьих лиц осуществляется поручителем систематически, в качестве вида предпринимательской деятельности¹.

(в) Но возможны и иные варианты отношений покрытия, связывающих должника и поручительства.

Так, очень часто эти отношения вытекают из корпоративной связи. В этом случае поручитель и должник, являясь членами одной группы или будучи связаны участием в капитале друг друга, общностью участников или лиц, исполняющих обязанности органов юридических лиц, участвуют в обеспечении обязательств, имея в виду наличие общего экономического интереса должника и поручителя. Такой интерес может быть в получении кредита одним из членов предпринимательской группы, в заключении им договоров поставки со значительной отсрочкой платежа и т.п.

Кроме того, в банковской практике чрезвычайно распространено заключение договора поручительства – с лицом, являющимся мажоритарным участником корпорации, принявшей на себя основной долг. Этот прием позволяет юридически «связать» имущественную сферу такого участника корпорации и долги самой корпорации. По сути, это пример договорного «прокальвания корпоративной вуали», осуществляемого по взаимной воле сторон, в результате которого участник хозяйственного общества является фактически лично ответственным по отдельным долгам своей компании.

Встречаются нередко и ситуации, когда по долгам компании поручительство выдает руководитель такой компании.

Распространенным примером отношений покрытия является обеспечение поручительством обязательств должника перед банками его родственниками или друзьями на основе личных доверительных отношений.

1.8. Согласно устоявшейся судебной практике действительность поручительства не зависит от тех или иных правовых или иных колебаний в сфере отношений покрытия. Согласно п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 расторжение договора о выдаче поручительства, признание его недействительным или незаключенным не влечет прекращения поручительства (п. 3 ст. 308 ГК РФ). Кроме того, как указано в том же пункте Постановления, «если заключение договора поручительства было вызвано наличием у поручителя и должника в момент выдачи поручительства общих экономических интересов (например, основное и дочернее общества, преобладающее и зависимое общества, общества, взаимно участвующие в капиталах друг друга, лица, совместно действующие на основе договора простого товарищества), то последующее отпадение этих интересов не влечет прекращения поручительства».

1.9. Возникает вопрос: каковы последствия отклонения от описанных наиболее распространенных в обороте обязательственных, корпоративных, родственных или иных отношений покрытия, например, когда эти отношения между должником и поручителем вообще отсутствуют и поручительство предоставляется без согласия должника? В частности, когда будущий поручитель, не будучи как-либо связан с должником, сам проявляет инициативу и предлагает кредитору обеспечить обяза-

¹ Собственно, бизнес банков по выдаче банковских гарантий за вознаграждение является одним из примеров профессиональной деятельности по выдаче обеспечения.

тельства должника? Или когда кредитор отыскивает поручителей за своих должников и заключает с последними договоры поручительства?

Согласно п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «из положений параграфа 5 главы 23 ГК РФ следует, что договор поручительства может быть заключен без согласия или уведомления должника; названное обстоятельство не влияет на действительность договора поручительства».

В то же время эти случаи хотя и не представляются упречными с точки зрения закона, но, тем не менее, вызывают определенные сомнения именно своей необычностью. И раз эти казусы являются нетипичным, то от юристов (в первую очередь судей) требуется проявление большего внимания к квалификации соответствующих отношений, в частности, определения того, не является ли заключение договора поручительства без согласия или против воли должника попыткой злоупотребить правами кредитора.

В п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 на этот счет указано следующее: «В том случае, если будут установлены согласованные действия кредитора и поручителя, направленные на заключение договора поручительства вопреки желанию должника и способные причинить такие неблагоприятные для него последствия, как изменение подсудности спора, переход к поручителю прав требования к должнику, несмотря на предусмотренный в основном обязательстве запрет уступки требований без согласия должника и т.п., суд вправе исходить из следующего. Согласно статье 10 ГК РФ не допускаются действия в виде злоупотребления правом, последствием допущенного нарушения является отказ в защите права. Таким образом, суд может не признать состоявшимся переход права к поручителю на основании пункта 1 статьи 365 ГК РФ или определить надлежащую подсудность спора между кредитором и должником (пункт 6 настоящего постановления). Также в силу общих правил об обязательствах (статья 308 ГК РФ) на должника, доказавшего наличие обстоятельств, указанных в абзаце втором настоящего пункта, не могут быть возложены негативные последствия неисполнения обязанности по уведомлению поручителя, установленные в статье 366 ГК РФ».

1.10. Как же следует решать подобные вопросы?

Практика свидетельствует о том, что имеются два наиболее распространенных случая, в которых отсутствие отношений покрытия между поручителем и должником может привести к выводу о том, что предоставление поручительства было злоупотреблением правом.

Первая из этих ситуаций — это использование поручительства для обхода содержащегося в договоре кредитора и должника (либо вытекающего из закона) запрета уступки требования к должнику без его на то согласия.

Второй случай — использование поручительства для искусственного создания выгодной кредитору или невыгодной должнику подведомственности дела государственному суду или преодоление включенной в договор или вытекающей из общих положений процессуального законодательства подсудности.

Разберем каждый из этих случаев.

1.11. Допустим, между кредитором и должником заключен договор поставки, в соответствии с условиями которого поставщик не вправе уступать третьим лицам денежные требования, возникшие в результате отгрузки товара покупателю, без согласия покупателя. Представим себе, что товар был отгружен, но не оплачен

покупателем. Сам поставщик не заинтересован в проведении процедуры взыскания долга и готов уступить это требование третьему лицу, однако положения договора поставки запрещают ему это делать без согласия покупателя под страхом уплаты значительного штрафа, а покупатель, в свою очередь, в даче согласия на уступку отказал. Однако на практике может иметь место следующий недобросовестный договорный прием, направленный на преодоление несогласия должника с уступкой: заключение между кредитором и лицом, желающим приобрести право, договора поручительства, при исполнении которого «поручителем» (а на самом деле — цессионарием) к последнему в силу положений закона (п. 1 ст. 365 ГК РФ) переходят права кредитора по обязательству. Суброгация не является уступкой, и соответственно под запрет уступки, установленный в договоре, не подпадает. Таким образом, вопреки ограничению, установленному договором, требование к должнику переходит от прежнего кредитора к новому.

Разумеется, обсуждение этой ситуации не может не сопровождаться определенными сомнениями политико-правового характера: а стоит ли вообще в описанном случае защищать интересы должника? Ведь он нарушил обязательство, причинил тем самым ущерб имущественным интересам кредитора. Напротив, на первый взгляд, внимания требует именно кредитор — ведь он все-таки получил причитающееся (хотя бы и от третьего лица, а не от самого должника), поэтому недопущение правопорядком совершенной кредитором и «поручителем» сделки нарушило бы фундаментальную идею гражданского права — защиту кредитора.

Несмотря на эти аргументы, описанная выше ситуация не укладывается в стандарт добросовестного поведения в гражданском обороте (п. 3, 4 ст. 1, п. 3 ст. 307 ГК РФ). Напротив, и кредитор, и «поручитель», зная о выговоренном должником запрете на уступку без его согласия, совершают такие действия, которые нацелены на обход этого запрета и результатом которых является изменение кредитора по обязательству. Правопорядок, защищая кредитора, не получившего исполнения от должника, тем не менее, не может и не должен совершенно игнорировать интересы должника — в противном случае правомерными оказались бы самые разнообразные приемы, при помощи которых средневековые кредиторы вынуждали должников исполнить долг (правеж, захват заложников, долговое рабство и т.п.). Совершенно очевидно, что современное этическое и нравственное состояние общества не предполагает право кредитора осуществлять насилие над должниками. И уж тем более должно быть отвергнуто допущение возможности для кредитора действовать вопреки его договоренности с должником.

Пленум ВАС РФ, обсуждая приведенный казус с преодолением кредитором запрета на уступку, пришел к выводу о том, что если будет установлено, что в результате согласованных действий кредитора и третьего лица при помощи поручительства и вопреки запрету, установленному в договоре кредитора и должника, осуществлена передача требования третьему лицу, то суды должны квалифицировать такую ситуацию как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ). Последствием применения ст. 10 Кодекса будет признание перехода права к «поручителю» не состоявшимся (абз. 4 п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

1.12. Другой случай, когда конструкция поручительства используется во вред интересам должника, — это заключение поручительства для целей искусственного изменения подсудности или подведомственности спора. В Постановлении Пленума

ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 (п. 6) сформулирован двухступенчатый тест, который позволяет должнику устранить негативные последствия недобросовестных действий кредитора по изменению подсудности. Суть его заключается в следующем. В случае если будет доказано, что (1) между поручителем и должником отсутствуют какие-либо отношения (корпоративные, обязательственные, родственные и проч.), объясняющие экономическую цель выдачи поручительства за должника, и (2) иск по обязательству, обеспеченному поручительством, предъявлен в суд, который расположен в месте нахождения истца либо в непосредственной близости к нему, либо отличается от суда, указанного в договоре кредитора и должника (ст. 37 АПК РФ), либо расположен таким образом, что личное участие должника в рассмотрении дела может быть существенно затруднено, то суд вправе определить надлежащую подсудность спора между кредитором и должником, выделив в соответствии с ч. 3 ст. 130 АПК РФ требование в отношении должника в отдельное производство и передав его в суд по месту нахождения должника или определенный соглашением должника и кредитора (ст. 35 и 37, п. 3 ч. 2 ст. 39 АПК РФ).

Насколько такой подход оправдан? Ведь и здесь возможен такой довод: если бы должник исполнил надлежащим образом обязательства, то отсутствовал бы сам повод для предъявления иска; однако долг не был уплачен, и кредитор вынужден тратить время и деньги на судебное взыскание долга. Так почему бы не допустить для него режим наибольшего благоприятствования, позволив так организовать защиту нарушенного права, как это ему – кредитору – удобно? Ведь это приведет как минимум к снижению издержек кредитора по получению исполнения от должника.

Однако против этого довольно часто встречающегося довода можно возразить следующим образом. Несмотря на привлекательность стремления оградить кредитора от излишних трат, связанных с взысканием долга, тем не менее, должны работать и этические барьеры, не позволяющие кредитору либо в одностороннем порядке нивелировать договоренности с должником (о подсудности дела конкретному государственному суду или третейскому суду), либо в одностороннем порядке лишать должника процессуальных гарантий, установленных законом для ответчика¹. Именно поэтому Пленум ВАС РФ квалифицировал действия кредиторов по искусственному изменению подсудности при помощи заключения договоров поручительства как злоупотребление процессуальными правами, указав на это во втором абзаце п. 6 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 («...так как истец, обратившись в суд по месту нахождения поручителя, злоупотребил процессуальным правом на выбор подсудности для данного дела (часть 2 статьи 41 АПК РФ)»). Кроме того, в последнем абзаце п. 6 ВАС РФ подчеркивает, что на истца, злоупотребившего своими процессуальными правами на выбор подсудности, и одного из соответчиков могут быть возложены и негативные процессуальные последствия в виде отнесения на него всех судебных расходов вне зависимости от исхода дела («Суд также вправе отнести все судебные расходы по делу на лиц, злоупотребивших процессуальными правами, т.е. на кредитора и поручителя, независимо от результатов рассмотрения дела (статья 111 АПК РФ)»).

¹ Объяснение того, почему иск предъявляется по месту нахождения ответчика, в процессуальной науке также основано на соображениях справедливости именно по отношению к ответчику.

1.13. Может ли быть дано поручительство по обязательству, срок исполнения которого к моменту заключения договора поручительства уже истек и наступила просрочка (послесрочное поручительство)? Это довольно интересный вопрос, на который возможны два варианта ответа.

Суть первого из них заключается в следующем. Целью института обеспечения обязательств является повышение уверенности кредитора в том, что он получит удовлетворение по обязательству. Иными словами, при помощи обеспечения кредитор выговаривает себе дополнительные гарантии *на случай* нарушения основного договора. На мысль о том, что обеспечение устанавливается именно на случай нарушения договора должником, наводят формулировки, которые использованы в ГК РФ для описания конструкции залога, задатка и удержания¹; в случае с поручительством законодатель не использует это выражение, что представляется скорее стилистической особенностью текста параграфа Кодекса о поручительстве, чем осознанным желанием исключить установление поручительства именно на случай нарушения основного договора.

В связи с этим представляется достаточно странной ситуация, в которой должник по уже нарушенному договору приводит третье лицо, которое выдает кредитору обеспечение *на случай нарушения договора должником*, ведь оно – нарушение – уже к моменту заключения этой сделки состоялось.

Разумеется, тот факт, что такой договор, заключенный кредитором и третьим лицом, был поименован ими как «поручительство», не влечет сам по себе недействительности этого договора, суд лишь должен определить его действительную правовую природу и применить к нему соответствующие правила. Такое соглашение следует квалифицировать как интерцессию по правилам п. 1, 3 ст. 391 ГК РФ, т.е. на основании соглашения кредитора и нового должника, пусть и названного поручителем (см. комментарий к ст. 391 ГК РФ).

Однако возможен и иной подход к обеспечению просроченных требований поручительством, который был широко представлен в судебной практике некоторых окружных судов. Так, суды указывали, что в ГК РФ отсутствует запрет на обеспечение поручительством обязательств, срок исполнения которых к моменту заключения договора поручительства наступил. В связи с этим оснований для иной квалификации (или тем более недействительности) таких договоров поручительства нет.

Именно этот подход был поддержан Президиумом ВАС РФ в Постановлении от 28 июля 2008 г. № 7261/09. Разрешая спор о квалификации послесрочного поручительства, Президиум указал, что «истечение срока исполнения основного обязательства само по себе не влечет за собой его прекращения исходя из положений главы 26 ГК РФ. Соответственно, обязательство продолжает свое действие до полного его исполнения или наступления тех обстоятельств, которые в силу закона являются основаниями прекращения обязательств. Поскольку поручительство отнесено законом к способам обеспечения исполнения обязательств, т.е. неисполненных

¹ Положения о банковской гарантии – неакцессорном личном обеспечении – разумеется, не содержат указания о том, что гарантия выдается на случай нарушения договора между бенефициаром и принципалом. Неустойка же, по общепризнанному взгляду, не является способом обеспечения обязательств, а представляет собой меру ответственности должника за нарушение договора, поэтому лингвистическую конструкцию ст. 330 ГК РФ разбирать бессмысленно.

обязательств независимо от срока их возникновения, предоставление поручительства после наступления или истечения срока исполнения основного обязательства, не исполненного должником, не может служить основанием для признания обеспечительной сделки недействительной».

В п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 содержится тот же вывод, но аргументация отличается большей сдержанностью и апеллированием к принципу «можно все, что не запрещено»: «Заключение договора поручительства после наступления срока исполнения основного обязательства, не исполненного должником, не является основанием для признания такого договора недействительной сделкой, так как закон не содержит запрета на установление обеспечения по просроченному обязательству».

В целом, последний подход представляется менее удачным, так как основан на игнорировании истинной природы сделки в угоду формальному ее названию.

1.14. Намного более интересным и сложным является вопрос об обеспечении поручительством обязательств, которые могут возникнуть между кредитором и должником в будущем. Традиционный взгляд на поручительство как на строго акцессорную обеспечительную конструкцию должен, на первый взгляд, препятствовать этому. Такой вывод объясняется довольно простым соображением: если еще нет основного долга, то отсутствует сам предмет обеспечения, а потому акцессорные обеспечительные сделки по поводу обеспечения будущих требований не допустимы. Однако во втором абзаце ст. 361 ГК РФ установлено, что поручительством могут обеспечиваться также обязательства, которые возникнут в будущем. Спрашивается: как это положение Кодекса сочетается с акцессорным характером поручительства?

Ответ на этот вопрос содержится в первом абзаце п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42. В нем предлагается различать, с одной стороны, договор поручительства как сделку, направленную на установление обеспечения, и, с другой стороны – результат этого договора, т.е. собственно обязанности поручителя. При этом в п. 2 данного постановления выделяются, во-первых, основное обязательство поручителя (которое и представляет собой акцессорную обеспечительную обязанность поручителя возместить кредитору имущественные потери, образовавшиеся в результате нарушения обеспеченного обязательства) и, во-вторых, дополнительные обязанности поручителя, которые могут быть предусмотрены договором поручительства.

Такое разграничение позволяет легко объяснить юридическую конструкцию обеспечения обязательств, которые возникнут в будущем. Договор поручительства считается заключенным с момента достижения сторонами согласия по его существенным условиям в требуемой форме. Однако в силу принципа акцессорности поручительства это обстоятельство не порождает возникновение главной обязанности поручителя – отвечать за должника – потому как требования к должнику еще не возникли. Эффект договора поручительства как раз и заключается в том, чтобы с момента возникновения этих требований они сопровождались возникающим одновременно с ним дополнительным обеспечительным обязательством – обязательством поручителя. Это обязательство возникает в момент возникновения обеспечиваемого обязательства, до просрочки должника пребывает в состоянии «подвешенности» и не считается созревшим, и лишь после наступления просрочки окончательно созревает и превращается в долг, который может быть исполнен

принудительно (предложение третье абзаца первого п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

1.15. Некоторое время в судебной практике довольно бурно обсуждался вопрос о том, можно ли оспаривать поручительство, выданное за должника лицом, заведомо не имеющим реальной экономической возможности удовлетворить требование кредитора, как злонамеренное и недобросовестное действие кредитора (ст. 10 ГК РФ). Подобные вопросы обсуждались судами, как правило, в спорах между банками-кредиторами и физическими лицами-поручителями, которые выдали поручительство, выполняя функции единоличного исполнительного органа должника-заемщика. ВС РФ поддержал точку зрения, в соответствии с которой такое поручительство в любом случае должно сохраняться в силе, невзирая на то, что совокупная стоимость имущества поручителя в десятки или даже сотни раз меньше размера обеспеченного им долга (Определение КГД ВС РФ от 17 мая 2016 г. № 2-КГ16-1). В то же время представляется, что такой подход не достаточно тонкий. Например, в ряде исключительных случаев навязывание такого поручительства неопытному в делах и находящемуся в материальной или иной зависимости от должника физическому лицу (например родственнику предпринимателя) может быть основанием для признания такого договора ничтожным по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ.

2. Долгое время в ГК РФ в положениях о поручительстве не было нормы, аналогичной положениям ст. 334¹ Кодекса о залоге в силу закона, хотя случай возникновения поручительства в силу указания закона самому Кодексу известен — это положение абз. 2 ст. 532 ГК РФ о том, что государственный (муниципальный) заказчик признается поручителем по обязательству покупателя по договору поставки товаров для государственных или муниципальных нужд.

В настоящее время соответствующая норма появилась в п. 2 комментируемой статьи. Однако какие-то иные случаи поручительства в силу закона, помимо уже указанного абз. 2 ст. 532 Кодекса, отсутствуют. Это связано с довольно сильными отличиями поручительства и залога. Поручительство — это всегда обязательство третьего лица, залог же, как правило, предоставляет сам должник, хотя, разумеется, предоставление залога третьим лицом (как правило, аффилированным лицом должника) — вполне нормальная практика при кредитовании юридических лиц. Все известные случаи залога, возникающего в силу закона, — это ситуации, когда должник и залогодатель в силу закона совпадают (например, лицо приобретает вещь с отсрочкой платежа; лицо получает кредит в банке на приобретение или ремонт здания или помещения и т.п.). В указанных случаях лицо, совершающее обеспеченную сделку, приобретает имущество, которое рассматривается как предмет залога. Ничего похожего в конструкции поручительства нет и быть не может. Видимо, именно поэтому единственный сегодня случай поручительства в силу закона — это ситуация, связанная с довольно маргинальными остатками советского правового наследия — государственными предпрятиями.

3. Длительное время серьезной практической проблемой поручительства являлся крайне высокий стандарт детализации обеспеченного обязательства, который предъявлялся судами в спорах о признании договора поручительства заключенным. Доминирующая судебная практика довольно длительное время исходила из того, что

если в договоре поручительства не указаны все условия обеспеченного обязательства, которые могут влиять на размер ответственности поручителя, то такой договор не может считаться заключенным. При этом отсылка в договоре поручительства к договору, обязательства по которому стороны договорились считать обеспеченным поручительством, не признавалась судами в качестве надлежащего описания обеспеченного обязательства.

Такое формальное понимание содержания и существенных условий договора поручительства (которые, кстати, в Кодексе до 1 июня 2015 г. вообще никак не регулировались) может быть объяснено общей крайне консервативной трактовкой судами акцессорности поручительства и неприятием самой идеи о том, что поручительством могут быть обеспечены даже такие обязательства, которые в момент заключения договора поручительства еще не возникли и параметры которых (сумму, сроки исполнения, размер процентов и т.п.) стороны в момент установления поручительства четко сформулировать не могут.

Кроме того, встречавшееся ранее требование высокого стандарта описания обеспеченного долга в поручительстве может быть объяснено и тем, что в отношении другой обеспечительной конструкции с привлечением третьего лица – залога третьего лица – длительное время существовала правовая позиция п. 43 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8, в соответствии с которой при установлении залога не должником по обязательству, а третьим лицом в договоре залога не может содержаться простая отсылка к обеспеченному договору, в таком договоре должно быть подробно описано существо обеспеченного обязательства¹. По всей видимости, основой этой правовой позиции является идея о том, что залогодатель – третье лицо, не имея возможности достоверно знать о состоянии задолженности должника перед кредитором, должен быть защищен от неожиданных и резких изменений размера обременения, лежащего на его имуществе. Эта защита выражалась в том, что сумма обременения должна быть положительно указана в договоре залога. Видимо, суды постепенно по инерции распространили эту позицию и на договор поручительства (также являющееся обеспечением, выдаваемым третьим лицом), признав, что отношения поручителя и кредитора не могут возникнуть без точного описания в договоре поручительства существа обеспеченного поручительством обязательства. Однако такой подход не был поддержан Президиумом ВАС РФ, который при рассмотрении конкретного дела счел, что простая отсылка в договоре поручительства к кредитному договору, обязательства по которому стороны рассматривают как обеспеченные поручительством, является достаточной для того, чтобы считать договор поручительства заключенным². Впоследствии этот же подход был закреплен в Постановлении Пленума ВАС РФ от 12 июля 2004 г. № 42 (п. 10).

В п. 3 комментируемой статьи законодатель поддержал этот «мягкий» стандарт описания в договоре поручительства обеспеченного обязательства, установив, что простой отсылки в договоре поручительства к обеспеченной сделке достаточно. В связи с этим будет верен и такой вывод: если в договоре поручительства не упомянуты некоторые из условий обеспеченного обязательства (например, размер или

¹ В настоящее время эта позиция судов более не актуальна. См. ст. 339 ГК РФ и комментарий к ней.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 21 июня 2011 г. № 1850/11.

срок исполнения и т.п.), но само обязательство описано с достаточной степенью определенности, позволяющей суду установить, какое именно обязательство было или будет обеспечено поручительством, то договор поручительства должен считаться заключенным. Такое решение явно направлено на формирование негативного отношения судов к оспариванию договоров и уменьшение числа случаев неоправданного признания договоров незаключенными.

Обратной стороной реализации такого подхода является то, что поручитель может оказаться заложником недобросовестного сговора кредитора и должника, которые после выдачи поручительства могут задним числом переделать соответствующий обеспеченный договор, сохранив его реквизиты, но подставив в него более значительную сумму долга должника. С учетом того, что поручитель в подавляющем числе случаев аффилирован с должником, эта проблема (относящаяся скорее к сфере уголовного права) законодателю показалась недостаточно серьезной. Но так как аффилированность — явление динамичное и иногда отпадает (например, при разводе супругов), поручителям рекомендуется настаивать на фиксации в договоре конкретных параметров обеспечиваемого долга.

3.1. В комментируемом пункте заложена еще одна идея, направленная на ослабление связи поручительства и обеспеченного долга, т.е. ограничение акцессорного характера поручительства в целях предоставления лучшей защиты кредиторам. В случае если поручителем выступает субъект предпринимательской деятельности, законодатель вообще отменяет требование об индивидуализации обеспеченного требования. Кодекс устанавливает, что в этом случае в договоре поручительства достаточно указать, что поручительством считаются обеспеченными все текущие и будущие обязательства должника перед кредитором в пределах определенной суммы (глобальное поручительство). Просрочка по любому из обязательств дает кредитору возможность предъявить требование к поручителю; в случае платежа поручителя просроченное обязательство перейдет к нему, а остаток обеспечения снизится на сумму платежа. Долг в части превышения суммы, на которую установлено глобальное поручительство, не должен считаться обеспеченным.

Утрата поручителем — гражданином, выдавшим глобальное поручительство, статуса субъекта предпринимательской деятельности не должна прекращать соответствующее поручительство, так как в ст. 367 ГК РФ такое основание для прекращения поручительства не названо. Кроме того, здесь уместна некоторая аналогия с проводимой в судебной практике мыслью о том, что прекращение статуса предпринимателя не влечет за собой прекращение обязательства по возмещению потерь (см. п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Последнее также является довольно «опасным» обязательством (с точки зрения влияния на имущественную массу лица, принявшего его на себя), но, тем не менее, суды пришли к выводу о том, что оснований для освобождения должника от такого обязательства в связи с изменением его статуса нет.

Статья 362. Форма договора поручительства

Договор поручительства должен быть совершен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора поручительства.

Комментарий

(а) ГК РФ устанавливает правило о том, что поручительство под страхом недействительности должно быть совершено в простой письменной форме. Таким образом, здесь законодатель отступает от довольно либерального общего правила о том, что нарушение требования простой письменной формы сделки влечет за собой по общему правилу лишь невозможность ссылаться на свидетельские показания в подтверждение факта совершения сделки и ее условий (ср. п. 1 ст. 162 ГК РФ).

В целом, вряд ли можно всерьез утверждать, что простая письменная форма поручительства несет какие-то серьезные неудобства обороту; напротив, доказывание условий поручительства, совершенного устно, было бы довольно непростой задачей. Практика фактически не содержит примеров, когда бы поручительство выдавалось в иной форме, чем письменная.

(б) На практике одно время встречалось поручительство, выдаваемое в форме так называемого гарантийного письма, представляющего одностороннее волеизъявление некоего третьего лица, заключающееся в том, что оно принимало на себя обязательство уплатить кредитору (адресату такого письма) денежную сумму, если указанное в письме другое лицо (должник) не исполнит свое обязательство перед кредитором, поименованное в письме. Считалось, что такой документ следует рассматривать как оферту на заключение договора поручительства¹, а акцептом будет либо отметка о принятии поручительства, сделанная на письме², либо совершенные кредитором в разумный срок конклюдентные действия, выражающиеся, например, в предъявлении требования к лицу, подписавшему такое письмо. Иным примером акцепта такой оферты путем совершения конклюдентных действий будет, например, отгрузка поставщиком (адресатом гарантийного письма) товара по договору поставки, если такая отгрузка покупателю товара обусловлена согласно договору поставки предоставлением третьим лицом поручительства по обязательствам покупателя. В принципе, квалификация подобных писем в качестве оферты на заключение договора поручительства не исключена, если из текста письма следует, что речь идет именно о предложении вступить в отношения по поручительству.

Но есть определенные основания допускать возможность формирования отношений поручительства на основании одностороннего заявления поручителя, адресованного кредитору и фиксирующего ясную волю автора такого заявления связать себя обеспечительным личным обязательством без необходимости какого-либо акцепта (например, когда речь идет о гарантийном письме, в котором некое третье лицо гарантирует погашение должником его долга перед кредитором). Зарубежное право (см., например, п. 2 ст. IV.G.—1:103 Модельных правил европейского частного права) в ряде случаев допускает установления отношений по поручительству на основании односторонней сделки обеспечителя и исключает в такой ситуации необходимость акцепта со стороны кредитора. Представляется, что подобная конс-

¹ Существует позиция Президиума ВАС РФ о том, что подобное письмо, выданное в отсутствие просьбы кредитора выдать поручительство (и, видимо, явно выраженного акцепта кредитора), само по себе не порождает правовых последствий (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 мая 2004 г. № 70/04).

² См. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 января 1998 г. № 28.

трукция имеет право на существование и в российском праве. Если обязательство гаранта по независимой гарантии может быть установлено в виде односторонней сделки, нет рациональных причин исключать возможность аналогичного установления и акцессорного личного обеспечения в форме поручительства. Если ничто не мешает оформить независимую гарантию договором, то нет препятствий и к фиксации поручительства в форме односторонней сделки поручителя. Отличия этих двух вариантов личного обеспечения никак не могут предопределить столь жесткие расхождения в допустимых способах их установления.

В частности, такой сделкой будет являться, например, волеизъявление, поименованное как «независимая гарантия», но содержащее указание на то, что «гарант» осуществит платеж только в случае, если «бенефициар» докажет нарушение обеспеченного обязательства «принципалом». В силу принципа превалирования существа над формой такое волеизъявление не может быть квалифицировано как независимая (неакцессорная) гарантия. Однако это не означает, что такая сделка должна быть квалифицирована как недействительная либо условия о связи платежа «гаранта» и нарушения основного обязательства должны быть проигнорированы. Очевидно, что перед нами – личное акцессорное обеспечение, т.е. поручительство. Единственной его особенностью будет то, что оно будет существовать в форме односторонней сделки.

То же можно сказать и об односторонней сделке, названной независимой гарантией, но выданной лицом, не осуществляющим предпринимательскую деятельность и не имеющим права выдавать такие гарантии (на переквалификацию в поручительство здесь прямо указывает п. 3 ст. 368 ГК РФ), а также об аналогичной односторонней сделке, не содержащей существенные условия независимой гарантии, но соответствующей требованиям к содержанию поручительства (см. комментарий к п. 4 ст. 368 ГК РФ).

Тем более не должно быть препятствий и к совершению односторонней сделки по выдаче поручительства, не содержащей никаких претензий на квалификацию в качестве независимой гарантии. Так, например, в международной практике такую функцию выполняют так называемые письма о подтверждении, закрепляющие обеспечительное обязательство материнской компании в отношении долга дочерней компании. Если такое письмо со всей очевидностью отражает *animus obligandi* (волю считать себя связанным обязательством), оно должно считаться порождающим отношения поручительства (п. 2 ст. IV.G.-2:101 Модельных правил европейского частного права).

(в) В случае если договор поручительства заключен в электронной форме, то подлежат применению нормы п. 2 ст. 434 ГК РФ (см. комментарий к данной норме).

(г) В случае если обеспеченный договор заключен в нотариальной форме или подлежал государственной регистрации, договор поручительства, тем не менее, все равно может заключаться в простой письменной форме; норм, аналогичных положениям, скажем, п. 3 ст. 339 ГК РФ, параграф о поручительстве не содержит, а указанная норма не может быть применена по аналогии закона.

(д) Довольно обширная практика применения ст. 362 ГК РФ может быть обнаружена в спорах о поручительствах по облигациям. В п. 3 ст. 27⁴ Закона о рынке

ценных бумаг установлены определенные требования к содержанию обязанности поручителя по облигациям, причем законодатель употребляет в этой норме закона термин «договор поручительства». Однако понятно, что никакого документа, содержащего условия поручительства, между поручителем и держателями облигаций не подписывается и подписано быть не может, ведь держателей облигаций может быть значительное число, и потому подписание персональных договоров поручительства между ними и поручителем технически невозможно. В такой ситуации сама по себе идея требовать от поручителя и держателей облигаций заключения договоров поручительства является абсурдной.

Во избежание возможных практических затруднений для облигационеров в абз. 2 ст. 17 Закона о рынке ценных бумаг было установлено, что в решении о выпуске облигаций с обеспечением должно быть указано лицо, предоставившее обеспечение и условия обеспечения (причем в этом случае решение о выпуске должно быть подписано этим же лицом), а в ст. 27⁴ того же Закона установлена фикция соблюдения простой письменной формы поручительства по облигациям перед облигационерами¹.

Таким образом, достигается следующий результат: имеется оферта поручителя (подписанное им решение о выпуске облигаций), содержащее существенные условия поручительства, а также акцепт этой оферты держателем облигации, приобретшим ее у эмитента. Этот подход к оформлению поручительства при выпуске облигаций поддержан и в практике Президиума ВАС РФ (Постановление от 9 ноября 2010 г. № 7105/10).

Статья 363. Ответственность поручителя

1. При неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя.

2. Поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

3. Лица, совместно давшие поручительство (сопоручители), отвечают перед кредитором солидарно, если иное не предусмотрено договором поручительства. Если из соглашения между сопоручителями и кредитором не следует иное, сопоручители, ограничившие свою ответственность перед кредитором, считаются обеспечившими основное обязательство каждый в своей части. Сопоручитель, исполнивший обязательство, имеет

¹ Что является излишним, ведь в соответствии со ст. 434 ГК РФ простая письменная форма договора считается соблюденной и в том случае, когда отсутствует единый документ, подписанный сторонами, но имеются письменные документы, свидетельствующие о согласии сторон по условиям договора. По всей видимости, упомянутая фикция соблюдения простой письменной формы поручительства была включена в закон в качестве защиты от широкой и неоправданной практики ответчиков защищаться от предъявляемых исков путем ссылки на недействительность основания возникновения неисполненных обязательств. Судебная же практика, потакающая ответчикам, видимо, и подвигла законодателя, вынужденного защищать стабильность обязательств, удостоверенных облигациями, вот таким экзотическим образом.

право потребовать от других лиц, предоставивших обеспечение основного обязательства совместно с ним, возмещения уплаченного пропорционально их участию в обеспечении основного обязательства.

4. При утрате существовавшего на момент возникновения поручительства обеспечения основного обязательства или ухудшении условий его обеспечения по обстоятельствам, зависящим от кредитора, поручитель освобождается от ответственности в той мере, в какой он мог потребовать возмещения (статья 365) за счет утраченного обеспечения, если докажет, что в момент заключения договора поручительства он был вправе разумно рассчитывать на такое возмещение. Соглашение с поручителем-гражданином, устанавливающее иные последствия утраты обеспечения, является ничтожным.

Комментарий

1. В случае просрочки должника наступает *условие права (conditio iuris)*, обуславливающее созревание обязательства поручителя, обязательство поручителя выходит из состояния «подвешенности», и кредитор вправе предъявить к нему требование о возмещении той суммы, которая составляет имущественные потери кредитора. В эту сумму могут входить неуплаченные долги, не возвращенные авансы, убытки, понесенные кредитором. Сюда также относятся денежные суммы, составляющие неуплаченные неустойки и иные меры ответственности, которые должник должен претерпевать в связи со своим нарушением.

1.1. Кодекс устанавливает правило о том, что должник и поручитель отвечают перед кредитором солидарно, если закон или договор не устанавливают субсидиарный характер ответственности поручителя. Такое решение является традиционным для европейских правовых порядков; например, оно закреплено и в ст. IV.G.-2:105 и ст. IV.G.-2:106 Модельных правил европейского частного права. Из этого следует, что по общему правилу кредитор может предъявить иск как к должнику и поручителю одновременно, так и только к поручителю или только к должнику по собственному усмотрению (п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

Как уже отмечалось, солидаритет, который упоминается в п. 1 комментируемой статьи, означает возможность соединения двух *разных* требований к двум ответчикам в одном иске (т.е. носит сугубо процессуальный характер).

Кроме того, терминами «солидарность» и «субсидиарность» законодатель обозначает условия, при которых обязанность (в терминах закона — «ответственность») поручителя перед кредитором вступает в силу.

Солидарный характер обязанности поручителя, который по умолчанию установлен в ГК РФ для любого поручительства (вне зависимости от субъектного состава участников), означает следующее. Если поручитель и основной должник отвечают солидарно, то для предъявления требования к должнику и поручителю или только к поручителю достаточно одного лишь факта неисполнения либо ненадлежащего исполнения должником обеспеченного обязательства. При этом кредитор не обязан доказывать, что он предпринимал какие-либо попытки получить исполнение от должника (в частности, направил претензию должнику, предъявил иск и т.п.). См. абз. 2 п. 35 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42.

Если закон или договор предусматривают субсидиарный формат обязательства поручителя, применяются правила ст. 399 ГК РФ. Необходимость предъявления

иска к основному должнику и констатации невозможности исполнения решения суда по такому иску отсутствует (см. подробнее комментариев к ст. 399 ГК РФ). Субсидиарный характер поручительства (о котором сторонам надо отдельно договориться или который может быть установлен законом) влечет за собой следующие правовые последствия: для предъявления требования к поручителю (отдельно или вместе с должником) кредитору достаточно доказать, что должник отказался исполнить обязательство, обеспеченное поручительством, либо не ответил в разумный срок на требование исполнить обязательство (абз. 3 п. 35 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

1.2. Учитывая диспозитивный характер норм ГК РФ о характере ответственности поручителя, ВАС РФ в свое время пришел к выводу о том, что договором поручительства может быть предусмотрено, что кредитор получает право на предъявление требований к поручителю только после наступления определенных обстоятельств (например, в случае неисполнения должником обязательства в течение срока, установленного для исполнения исполнительного документа о взыскании задолженности основного должника в пользу кредитора, либо только в случае признания должника банкротом). См.: абз. 2 п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42. Такой подход позволяет выстраивать гибкую и сбалансированную обеспечительную конструкцию, учитывающую интересы всех ее сторон.

2. В п. 2 комментируемой статьи содержится в целом довольно простая норма, устанавливающая, что поручитель отвечает в том же объеме, в котором должник отвечает перед кредитором. Это означает, что поручитель должен возместить кредитору полностью все издержки, связанные с получением исполнения (в том числе присужденные судебные расходы), выплатить суммы процентов за пользование денежными средствами, санкций (неустоек, процентов по ст. 395 ГК РФ), выплатить сумму, составляющую основной долг. Для определения того, за неисполнение каких именно обязательств ответил поручитель, необходимо использовать положения ст. 319 ГК РФ.

Соответственно, объем обязательств поручителя автоматически снижается по мере того, как должник исполняет обеспеченное обязательство.

2.1. Норма п. 2 комментируемой статьи является диспозитивной в том смысле, что она может быть изменена договором в сторону снижения объема ответственности поручителя. Увеличение объема ответственности поручителя по сравнению с долгом должника невозможно в силу акцессорной природы поручительства (о возможности ограничительного толкования диспозитивной оговорки в нормах обязательственного права см. абз. 2 п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 № 16). Впрочем, этот вывод не затрагивает возможность установления в договоре поручительства самостоятельной ответственности поручителя за несвоевременный платеж.

2.2. Очень интересный и важный вопрос возникает в связи с проблемой выделения в составе требования кредитора к поручителю-банкроту отдельных «составляющих», обусловленных наличием у кредитора различных требований к должнику — о взыскании основного долга, процентов, неустойки, убытков и т.п. Дело в том, что требование кредитора к поручителю с формальной точки зрения в целом является одним основным денежным долгом; однако это требование является акцессорным по своей природе и потому его размер определяется как совокупность всех требова-

ний кредитора в отношении должника (п. 2 ст. 363 ГК РФ). Можно ли утверждать, что для целей установления требования кредитора к несостоятельному поручителю в реестре кредиторов последнего не имеет значения разнородность составляющих (основной долг по обеспеченному обязательству, неустойка за его просрочку и т.п.)? Положительный ответ на этот вопрос (т.е. игнорирование разнородности структуры требований, определяющих объем акцессорного обязательства поручителя) может привести к несправедливому результату: кредитор, который не смог бы конкурировать за получение пропорциональной суммы неустойки с другими конкурсными кредиторами должника при банкротстве последнего, почему-то при банкротстве поручителя улучшает свое положение за счет того, что суммы санкций, начисленных в отношении должника, формально составляя основное требование кредитора к поручителю, включаются в реестр кредиторов в качестве денежного требования. Представляется, что этот подход опровергается самим акцессорным характером требований кредитора к поручителю, предполагающим проецирование правового режима основного требования на требование по акцессорному обязательству. «Зеркальность» характера требований кредитора к должнику и к поручителю также должна означать, что суммы неустойки, составляющие, в том числе, часть долга поручителя перед кредитором, не должны учитываться при обсуждении вопроса о наличии признаков банкротства поручителя.

По всей видимости, именно такими соображениями руководствовался Пленум ВАС РФ, разъяснивший в п. 50 Постановления от 12 июля 2012 г. № 42, что «при возбуждении дела о банкротстве поручителя, рассмотрении обоснованности заявления о признании поручителя банкротом и установлении требований к поручителю судами должна учитываться правовая природа обеспеченных поручительством требований, обращенных к должнику в основном обязательстве. В частности, обеспеченные поручительством суммы неустоек или убытков в форме упущенной выгоды в силу абз. четвертого п. 2 ст. 4 Закона о банкротстве не учитываются при определении наличия признаков банкротства поручителя, а также на основании п. 3 ст. 137 того же Закона учитываются отдельно в реестре требований кредиторов поручителя и подлежат удовлетворению после погашения основной суммы задолженности и причитающихся процентов».

3. Обязательство должника может быть обеспечено поручительством не одного, а нескольких лиц. Такая множественность на стороне поручителя обычно именуется *сопоручительством*. Сопоручители отвечают перед кредитором согласно комментируемой норме по общему правилу солидарно (то же решение см. ст. IV.G.-1:105 Модельных правил европейского частного права).

Еще более сложной является множественность, образуемая лицами, выдавшими обеспечение разных видов. Например, обязательство должника может быть обеспечено тремя поручительствами и одним залогом имущества третьего лица, не являющегося стороной по обеспеченному обязательству. Кроме того, залог по обеспеченному обязательству может быть установлен и лицом, которое одновременно является поручителем по основному долгу.

3.1. Длительное время квалификация описанных отношений была крайне непростым делом, в первую очередь в связи с отсутствием единообразия в понимании самой конструкции поручительства. Единообразия по этому вопросу было достигнуто в Постановлении от 12 июля 2012 г. № 42, в котором ВАС РФ предложил судам

единообразный подход к пониманию природы отношений кредитора, должника и поручителя, а также не оставил в стороне и вопрос о квалификации описанных ситуаций множественности лиц на стороне лица, выдающего обеспечение. Последний очень важен для разрешения споров о взыскании одним из сопоручителей с должника или с других сопоручителей того, что было уплачено им кредитору.

Существуют две возможные модели сопоручительства.

Первая модель заключается в том, что сопоручители, выдавая обеспечение, имеют в виду *совместное* обеспечение обязательства должника. На практике это выражается, в первую очередь, в том, что сопоручители подписывают один документ — договор поручительства, — в котором устанавливаются условия, на которых сопоручители обязуются удовлетворить требования кредитора в случае нарушения обязательства должником. Кроме того, воля на установление именно совместного (т.е. возникающего в отношении всех поручителей в силу единства их воли, направленной на установление ими обеспечения долга) поручительства может следовать из иных документов или обстоятельств дела (второй абзац п. 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

В этом случае структура отношений кредитора, должника и поручителей заключается в следующем. Обеспечительное обязательство (поручительство) имеет множественность на обязанной стороне. Эта множественность может быть солидарной (и тогда каждый из сопоручителей обязан уплатить кредитору денежную сумму, соответствующую тому, что должен был уплатить должник) либо долевой (когда каждый из поручителей обязан уплатить кредитору только часть названной суммы). В зависимости от характера множественности на стороне поручителя кредитор может предъявить требование к сопоручителям либо ко всем в полном объеме, либо к каждому из них в пределах той суммы, на которую было выдано обеспечение.

В случае если один из солидарно обязанных поручителей, выдавших совместное поручительство, исполняет обеспечительное обязательство, то к нему в порядке суброгации в соответствующем объеме переходит требование к должнику. Спрашивается: может ли такой сопоручитель также потребовать от других сопоручителей возмещения того, что было им уплачено кредитору? Положительный ответ на этот вопрос может быть обнаружен как в положениях подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК РФ, в соответствии с которым должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования¹ к остальным должникам в равных долях, за вычетом доли, падающей на него самого, так и в положениях предложения. 3 п. 3 комментируемой статьи.

Таким образом, сопоручитель (являющийся солидарным должником в обеспечительном обязательстве) имеет право потребовать осуществления своеобразной «раскладки», т.е. распределения денежной суммы, уплаченной им кредитору, между всеми сопоручителями в равных долях (если иной механизм распределения не установлен в соглашении между сопоручителями или в договоре поручительства); если один из сопоручителей признан банкротом, то его доля распределяется между другими сопоручителями. При этом сопоручители, которые возместили причитающееся уплатившему сопоручителю, по суброгации получают требование к должнику

¹ Здесь речь идет именно о регрессе, так как обратное требование сопоручителя к другим сопоручителям возникает вследствие платежа сопоручителя кредитору, т.е. является новым.

в соответствующей сумме (см. также третий абзац п. 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

Если должник уплатил сопоручителю, единолично исполнившему обеспечительное обязательство, всю сумму, то описанный механизм раскладки работать не должен, так как надлежащее исполнение должником обеспеченного обязательства новому кредитору (сопоручителю) прекратит все обеспечительные отношения, в том числе связанные со множественностью на стороне обеспечителей.

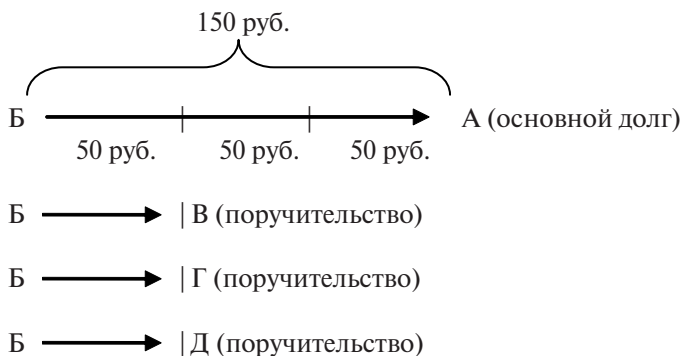
Приведем конкретный пример, который позволит лучше продемонстрировать сочетание, с одной стороны, суброгационного механизма в отношениях между поручителями и должником и, с другой стороны, регрессного механизма в отношениях между сопоручителями.

Представим, что А должен Б 150 руб. Этот долг обеспечен совместным солидарным сопоручительством В, Г и Д. Кредитор Б, не получив удовлетворения от А, предъявил требование к сопоручителям, в ходе исполнительного производства ему удалось взыскать с В 100 руб., с Г – 20 руб., с Д – 30 руб. К сопоручителям соответственно перешли требования к должнику (к В на 100 руб., к Г на 20 руб., к Д на 30 руб.). Однако, имея в виду, что В, Г и Д были солидарными должниками в обеспечительном обязательстве перед кредитором Б, В может потребовать от Г и Д в порядке регресса возмещения того, что было им уплачено сверх падающей на него доли (составляющей $\frac{1}{3}$). Таким образом, В может предъявить требование к Г на 30 руб., к Д – на 20 руб. Если эти требования будут удовлетворены Г и Д, то к ним от В перейдут в порядке суброгации требования к должнику на соответствующие суммы. В итоге окажется, что каждый из поручителей уплатил в рамках реализации обеспечения по 50 руб., получив соответствующее требование к должнику.

Некоторой спецификой отличаются отношения между сопоручителями, выдавшими совместное поручительство, в случае если при его установлении сопоручители ограничили свою обязанность частью долга.

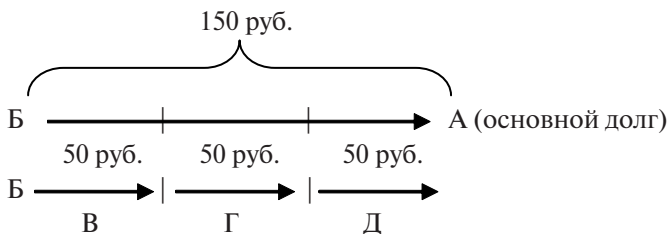
Например, представим, что в приведенном выше примере В, Г и Д установили, что каждый из них отвечает за должника, но не свыше 50 руб.

Очень интересный вопрос заключается в следующем: каким образом обеспечено обязательство должника А перед кредитором Б? Во-первых, основной долг на сумму 150 руб. можно представить обеспеченным не полностью, а только в сумме 50 руб., но при этом тремя сопоручителями, или следующим образом:



В этом случае кредитор не может взыскать с поручителей солидарно больше 50 руб., так как долг считается обеспеченным только в этой части.

Во-вторых, возможен и другой взгляд на сопоручительство при ограничении ответственности поручителей частью долга. В этом случае содержание сопоручительства распределяется на разные части долга. Графически это можно изобразить следующим образом:



Очевидно, что первый вариант лучше защищает обеспечителей, второй – кредитора. Имея в виду тот факт, что целью обеспечительных сделок является упрочение положения именно кредитора, судебная практика и законодатель выбрали второй вариант толкования конструкции сопоручительства с ограничением ответственности поручителя (см. предл. 2 п. 3 комментируемой статьи и п. 29 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

Теперь необходимо разобраться, как осуществляется реализация кредитором своих обеспечительных прав при описываемой модели сопоручительства. Кредитор может взыскать с каждого из поручителей не более 50 руб. При этом «раскладки» между сопоручителями не происходит, ведь для нее просто нет основания: с сопоручителя нельзя взыскать больше, чем тот пообещал заплатить кредитору. Представим себе, что кредитор Б в ходе исполнительного производства получил с поручителя В 50 руб., с Г – 20 руб., с Д – 30 руб. Следовательно, поручители В, Г и Д приобрели требования к должнику соответственно на 50, 20 и 30 руб., и еще 50 руб. должник А остался должен кредитору Б.

3.2. *Вторая модель* множественности в поручительстве – это *раздельное* сопоручительство.

В этом случае воля поручителей не направлена на установление совместного, общего обеспечения долга должника. Например, сопоручители могут вообще не знать друг о друге. При этом нельзя, однако, исключить, что, например, один из сопоручителей выдал поручительство, имея в виду, что другое лицо уже поручилось за должника. Однако это обстоятельство не превращает раздельное сопоручительство в совместное.

Одним из признаков того, что сопоручительство является раздельным, может быть тот факт, что каждый из сопоручителей заключил отдельный договор поручительства с кредитором. Если же эти договоры заключены в разное время и не содержат указания на совместный характер поручительства нескольких лиц, то сомнений в том, что такое сопоручительство является раздельным, практически оставаться

не должно. Презумпцию раздельного сопоручительства в описанной ситуации Президиум ВАС РФ сформулировал, рассматривая конкретное дело в порядке надзора (Постановление Президиума ВАС РФ от 3 июля 2012 г. № 1964/12).

Иное, разумеется, может быть доказано тем лицом, участвующим в деле, которое ссылается на совместный характер множественности на стороне поручителя, так как для него разница в квалификации сопоручительства может быть довольно чувствительной (об этом см. далее).

3.3. Главная проблема различия между совместно данным и раздельным сопоручительствами заключается в следующем: должна ли и при раздельном сопоручительстве осуществляться «раскладка» долга, возникающего из обеспечительного обязательства? Или же механизм должен быть иным, в частности, основанным на норме о том, что при переходе основного требования к новому кредитору переходят и все дополнительные (акцессорные) требования? Эта проблема, скорее, имеет большее значение для самих поручителей (так как различные ее решения предполагают разные последствия платежа одного из поручителей и его последующие отношения с другими сопоручителями), чем для кредитора, обладающего по общему правилу правом взыскивать всю сумму с сопоручителей солидарно, независимо от модели оформления сопоручительства.

К этому вопросу Президиум ВАС РФ обратился в Постановлении Президиума от 3 июля 2012 г. № 1964/12. Здесь было подчеркнуто, что при суброгации к новому кредитору переходят и дополнительные права, которые имелись у кредитора. В итоге суд пришел к выводу о том, что у поручителя, исполнившего договор поручительства, есть требования ко всем другим поручителям, обеспечившим обязательство должника. По мнению Президиума ВАС РФ, «иное при наличии нескольких поручителей способствовало бы несоблюдению договорной дисциплины, поскольку позволяло бы им уклоняться от исполнения принятых на себя обязанностей».

В дальнейшем этот вывод, сделанный Президиумом ВАС РФ при рассмотрении дела в порядке надзора, в абстрактном виде сформулирован в п. 28 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42. Однако в этом пункте Пленум ВАС РФ пошел несколько дальше и не только признал, что при раздельном сопоручительстве поручитель, исполнивший кредиторю, получает требование к другим поручителям (это, в общем-то, довольно естественно и не вызывает споров), но и определился с механизмом предъявления таких требований. Идея «раскладки» уплаченного в долях на других сопоручителей (в отличие от совместно данного сопоручительства) Судом была отвергнута. Пленум ВАС РФ подчеркнул, что при раздельном сопоручительстве солидарно обязанными являются не сопоручители, а каждый из поручителей с должником. Иными словами, в описываемой ситуации имеется не солидаритет на обязанной стороне в одном обеспечительном обязательстве, а столько солидарных пар «должник-поручитель», сколько поручительств было выдано.

3.4. Нельзя не заметить, что норма п. 3 комментируемой статьи, вводящая принцип раскладки, регулирует лишь отношения по «совместно предоставленному обеспечению», не затрагивая тем самым обеспечений, которые предоставлены отдельно друг от друга. Тем самым это означает, что подход, занятый ВАС РФ в отношении раздельной множественности поручительств, сохраняет свою актуальность и по сей

день. Это следует приветствовать: предложенная в п. 28 Постановления от 12 июля 2012 г. № 42 квалификация раздельного сопоручительства (наиболее часто встречающегося на практике) неизбежно должна подталкивать каждого из поручителей к скорейшему платежу в пользу кредитора: ведь чем раньше сопоручитель заплатит кредитору, тем больше обеспечительных прав он получит. В свою очередь тот сопоручитель, который будет дольше всех уклоняться от платежа, в итоге останется один на один с должником. Такой подход, стимулирующий поручителей к как можно более скорому исполнению своих обязательств, в гораздо большей степени отвечает интересам кредитора.

3.5. Разумеется, описанная выше конструкция раздельной множественности поручителей и последствий удовлетворения одним из них требования кредитора не является императивной. Так, поручители вправе договориться между собой, что тот поручитель, который удовлетворит кредитора, имеет право лишь взыскивать долг с должника, но не может требовать исполнения от других поручителей.

3.6. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи правовые позиции, касающиеся соответствия «раскладки» при совместно данном сопоручительстве и суброгации при раздельном сопоручительстве, подлежат применению и в случае если имеется еще одно обеспечение — залог, установленный лицом, не являющимся должником в обеспеченном обязательстве.

Солидарность между залогодателем и поручителями теоретически хотя и мыслима, но на практике не встречается.

Другая же модель множественности разных видов обеспечений — раздельная — напротив, встречается довольно часто. Поэтому применение к отношениям между обеспечителем, исполнившим обязательство, и другими лицам, выдавшими обеспечение, суброгационного принципа является весьма полезной для практики идей, вытекающей из Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42.

4. Крайне непростой вопрос — это вопрос о влиянии прекращения иного обеспечения, предоставленного кредитору, на существование поручительства. Его можно сформулировать следующим образом: не следует ли считать, что отпадение другого обеспечения будет ухудшать положение поручителя и, как следствие, его можно освободить от ответственности перед кредитором?

Если поручитель выдал поручительство, имея в виду и полагаясь на наличие иного обеспечения долга, то разумно было бы предположить, что он выговорил бы себе отменительное условие в договоре поручительства, которое бы связало существование поручительства с существованием дополнительного обеспечения. Если такого условия в договоре поручительства нет, то это означает, что поручитель не знал об ином обеспечении, либо относился к его наличию безразлично.

Поэтому Пленум ВАС РФ в Постановлении от 12 июля 2012 г. № 42 сформулировал правовую позицию (п. 36), в соответствии с которой «если обязательство, по которому выдано поручительство, было обеспечено другим поручительством, залогом, банковской гарантией и т.п., то судам следует исходить из того, что прекращение иных обеспечительных сделок само по себе не прекращает поручительство. Иное может быть предусмотрено договором поручительства».

4.1. Практика ВС РФ по этому вопросу совпадает с позицией ВАС РФ. Так, в одном из дел ВС РФ признал, что «расторжение одного из договоров поручительства

по кредитному соглашению не является обстоятельством, влекущим увеличение ответственности другого поручителя. В договоре поручительства, заключенном банком с поручителем, не содержится условия о том, что в случае расторжения договора поручительства, заключенного между банком и другим поручителем, данное поручительство считается прекращенным» (Определение КГД ВС РФ от 24 января 2012 г. № 88-В11-7).

4.2. Однако в ходе реформы положений ГК РФ о поручительстве в 2015 году это решение было уточнено. Так, в определенном случае поручитель все же может ссылаться на то, что в результате отпадения другого обеспечения его позиция ухудшилась и потому он не должен отвечать перед кредитором. Для этого ему надо доказать наличие одновременно двух обстоятельств: (а) то, что прекращение обеспечения произошло по обстоятельствам, зависящим от кредитора (например, кредитор по каким-то причинам расторг договор залога, который также обеспечивал возврат кредита) и (б) то, что поручитель мог разумно рассчитывать на обеспечение (в частности, потому что поручительство было выдано в тот момент, когда другое обеспечение уже существовало). Только в этом случае поручитель вправе заявить о том, что прекращение другого обеспечения ухудшает его положение как потенциального (на случай суброгации) кредитора должника, и поэтому он должен быть освобожден от поручительства в соответствующей части.

Такое гибкое решение позволяет защитить поручителя (либо, скорее, даже кредиторов поручителя) от злоупотреблений, которые может допустить кредитор.

4.5. Норма, содержащаяся в п. 4 комментируемой статьи, по своему смыслу с точки зрения принципа «можно все, что не запрещено» и критериев, закрепленных в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, является диспозитивной для случаев, когда поручитель не является гражданином, хотя в ней прямо не указано на то, что ее положения могут быть отменены или изменены договором. В то же время последнее предложение этого пункта недвусмысленно подсказывает, что в отношениях с поручителями-гражданами соглашение, устанавливающее иные последствия прекращения другого обеспечения, является ничтожным.

Статья 364. Право поручителя на возражения против требования кредитора

1. Поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства. Поручитель не теряет право на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг.

2. Поручитель вправе не исполнять свое обязательство, пока кредитор имеет возможность получить удовлетворение своего требования путем его зачета против требования должника.

3. В случае смерти должника поручитель по этому обязательству не может ссылаться на ограниченную ответственность наследников должника по долгам наследодателя (пункт 1 статьи 1175).

4. 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 сто-

имости заложенного имущества до полного удовлетворения требований кредитора по основному обязательству.

5. Ограничение права поручителя на выдвижение возражений, которые мог бы представить должник, не допускается. Соглашение об ином ничтожно.

Комментарий

1. Акцессорность поручительства означает, помимо прочего, что кредитор может требовать от поручителя исполнения договора поручительства только в том случае, если у него имеются основания требовать исполнения обеспеченного обязательства от должника. И обратно — поручитель не может быть принужден к платежу в пользу кредитора, в случае если должник не должен платить кредитору. Такое проявление акцессорной природы поручительства обычно именуют *акцессорностью принудительного осуществления*, которая всегда присуща правам кредитора по акцессорной обеспечительной сделке¹. Акцессорность принудительного осуществления права по обеспечительной сделке защищает лицо, выдавшее обеспечение, от необходимости совершить исполнение кредитору, который не имеет права претендовать на получение исполнения от должника, и тем самым предотвращает неосновательное обогащение последнего.

Для реализации этого принципа законодатель в п. 1 комментируемой статьи наделяет поручителя правом заявить кредитору о том, что, поскольку последний не может требовать долг с должника, его требование к поручителю также не подлежит удовлетворению. Иными словами, у поручителя есть возможность противопоставить кредитору те возражения против требования, которые мог бы противопоставить должник, если бы к нему был предъявлен иск об исполнении обязательства.

К таким возражениям относятся, в частности, возражение о ничтожности сделки, из которой возникло обеспеченное поручительством обязательство, либо о недействительности оспоримой сделки, признанной таковой судом; о неисполнении либо ненадлежащем исполнении кредитором по обеспеченному обязательству обязанностей, установленных законом или договором; об истечении исковой давности по требованию кредитора; о прекращении обеспеченного обязательства по основаниям, установленным законом или договором; о снижении суммы неустойки, подлежащей уплате должником на основании ст. 333 ГК РФ (п. 24 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

1.1. Иные проявления акцессорности (акцессорность возникновения и прекращения обеспечительного обязательства, акцессорность объема обеспечительного обязательства или акцессорность его следования за обеспеченным долгом) поручительства также требуют, чтобы поручитель был вооружен против предъявленного к нему требования кредитора соответствующими возражениями. Например, поручитель может возражать против кредиторского требования, ссылаясь на то, что обеспеченный долг так и не возник (акцессорность возникновения); или что должник уже исполнил обеспеченное обязательство или иным образом прекратил

¹ Ср. с положением п. 1 ст. 348 ГК РФ, в соответствии с которым взыскание может быть обращено на предмет залога только в том случае, если должник допустил просрочку и нарушил обеспеченное обязательство.

его (акцессорность прекращения); или что долг был частично уплачен кредитору, и потому он не может требовать его от поручителя в полном объеме (акцессорность объема); или, наконец, что требование по основному долгу и, соответственно, по обеспечительному праву было уступлено другому лицу и потому прежний кредитор не управомочен на предъявление требования (акцессорность следования).

Именно этими соображениями и может быть объяснено предоставление поручителю широких возможностей по заявлению возражений, вытекающих из отношений должника и кредитора, против требования последнего.

1.2. Первое же, что обращает на себя внимание в этой норме, — это возможность договорного ограничения права поручителя выдвигать против кредиторского требования возражения, которые мог бы представить должник. Что означает это положение? Может ли это выражение Кодекса быть основой, например, для такого условия договора поручительства, в соответствии с которым *поручитель отказывается от права ссылаться на принадлежащие должнику возражения о недостатках того, что было предоставлено самим кредитором (например, на ненадлежащее качество поставленных товаров или выполненных работ)*? Или же норма позволяет вообще запретить поручителю выдвигать какие-либо возражения против требования кредитора?

С учетом положений п. 5 комментируемой статьи, устанавливающего полный запрет включения в договор поручительства условий, блокирующих заявление поручителем «должниковских» возражений против требования кредитора, мы имеем явное противоречие в тексте Кодекса. Есть основания предполагать, что оговорка о праве сторон согласовать невозможность выдвижения возражений в п. 1 комментируемой статьи должна означать следующее. Если стороны договора поручительства, поручителем по которому является субъект предпринимательской деятельности, заблокировали право поручителя выдвигать «должниковские» возражения, отношения сторон должны регулироваться правилами о независимой гарантии. Акцессорность — это квалифицирующий признак поручительства, отличающий его от другого вида личного обеспечения — независимой гарантии. Если стороны исключили этот квалифицирующий признак, значит они сделали выбор в пользу модели независимой гарантии. Блокирование же таких возражений в рамках отношений по договору поручительства однозначно запрещено в п. 5 данной статьи. Если же оговорка об исключении должниковских возражений поручителя включена в договор, поручителем по которому является гражданин, не обладающий статусом предпринимателя, то такая оговорка является ничтожной как противоречащая существу законодательного регулирования поручительства (п. 2 ст. 168 ГК РФ).

Впрочем, надо признать, что перекалфикация договора, названного сторонами поручительством, в независимую гарантию (при предпринимательском статусе поручителя) в связи с «отключением» возражений может вызывать вопросы в ситуации, когда договор блокирует не все возражения должника, а лишь некоторые из них. В такой ситуации получается, что мы имеем гарантию, носящую частично независимый характер (ведь отдельные возражения обеспечитель выдвигать сможет). Абсолютно очевидно, что блокирование таких проявлений свободы договора не допустимо, так как право не должно ограничивать свободу договора по соображениям поддержания догматической стройности классификаций правовых институтов. Но вопрос о том, относить ли такую сделку, предусматривающую личное обеспе-

чение с правом выдвижения обеспечителем не всех, а лишь некоторых возражений должника против требований кредитора, к категории частично независимой гарантии или категории ограниченно акцессорного поручительства, не столь прост, и пока в российском праве не разрешен.

1.3. Как прямо указано в комментируемом пункте, поручитель не теряет право на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг. Толкование данного положения не вполне однозначно. В ряде случаев оно может показаться, на первый взгляд, как минимум не вполне логичным. Если должник имеет право сослаться на незаключенность договора, из которого вытекало обеспеченное обязательство, ничтожность такого договора, истечение срока давности, возможность приостановления исполнения, ненадлежащее исполнение или неисполнение встречного обязательства кредитора и т.п., но отказывается от своего права возражения (например, подтверждая действительность договора, соглашаясь принять дефектное предоставление в счет исполнения договора, признавая свой долг и т.п.), предоставление поручителю во всех случаях права выставить эти утраченные должником возражения против требования кредитора может в ряде случаев болезненно ударить по интересам кредитора. Впрочем, вопрос этот в российском праве не вполне прояснен.

1.4. Возражения, которые поручитель может противопоставить требованию кредитора, не исчерпываются только возражениями должника. Разумеется, поручитель вправе выдвигать против требования кредитора и те возражения, которые являются его собственными, т.е. проистекающими из его отношений с кредитором.

К числу таких возражений, в частности, относятся: (а) доводы о ничтожности договора поручительства; (б) предъявление встречного иска о недействительности договора поручительства как оспоримой сделки либо ссылка на то, что договор поручительства уже был признан судом недействительной сделкой; (в) довод о том, что поручительство прекратилось как по основаниям, предусмотренным ст. 367 ГК РФ, так и по иным основаниям (абз. 2 п. 24 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

2. Довольно сложный вопрос — это вопрос о праве поручителя заявлять против требований кредитора возражения, возникающие из возможности зачета требования кредитора к должнику встречным обязательством между теми же лицами. Суть проблемы заключается в том, что поручитель сам не может заявить о зачете требований, существующих у должника и кредитора друг к другу. Но если допустить в такой ситуации возможность взыскания с поручителя, то он в порядке суброгации приобретет требование к должнику, по которому должник вправе будет в соответствии со ст. 412 ГК РФ заявить о зачете против требования поручителя своего требования к кредитору. В итоге окажется, что поручитель, заплатив кредитору, не получит возмещения от должника; кредитор же, по сути, получит двойное обогащение (получив платеж от поручителя и освободившись от обязательства перед должником). Должник же по обеспеченному долгу освобождается от обязательства перед кредитором.

Такое решение является несправедливым. Законодатель решил эту проблему в п. 2 комментируемой статьи, установив, что поручитель вправе возражать против требования кредитора доводом о том, что в отношениях между должником и кредитором возможен зачет. Тем самым поручитель сможет избежать ситуации, описанной

выше. Аналогичное решение закреплено и в п. 5 ст. IV.G.-2:103 Модельных правил европейского частного права.

Однако это правило не может применяться в том случае, если встречное по отношению к кредитору требование должника (в обеспеченном обязательстве) будет задавнено. Теоретически, сам кредитор мог бы пойти на такой зачет, пусть даже и ухудшив свое положение (зачтя свое незадавненное требование задавненным требованием должника). Однако это должно быть решение самого кредитора; предоставлять поручителю возможность своим односторонним волеизъявлением ухудшать положение другого лица – кредитора – было бы неверным.

3. Один из сложных вопросов поручительства, который долгое время противоречиво решался судами, – вопрос о возможности поручителю ссылаться на ограниченную ответственность наследников в случае смерти должника по обеспеченному долгу.

3.1. Впервые эта проблема получила решение в обзоре судебной практики, утвержденном Президиумом ВС РФ в 2008 г. (Обзор законодательства и судебной практики ВС РФ за первый квартал 2008 г. от 28 мая 2008 г., раздел «Вопросы, вытекающие из гражданских правоотношений», вопрос № 1).

При ответе на вопрос о силе поручительства после смерти должника ВС РФ рассуждал следующим образом. В соответствии со ст. 1175 ГК РФ наследники отвечают за долги наследодателя в пределах стоимости наследственного имущества. По мнению Суда, поскольку в силу закона наследник отвечает по долгам наследодателя в пределах стоимости перешедшего к нему наследственного имущества, то при отсутствии или недостаточности наследственного имущества кредитное обязательство прекращается невозможностью исполнения соответственно полностью или в недостающей части наследственного имущества (п. 1 ст. 416 ГК РФ). В соответствии с п. 1 ст. 367 ГК РФ поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства, а также в случае изменения этого обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего. Исходя из содержания приведенных правовых норм, ВС РФ сделал следующий вывод: поручительство прекращается в той части, в которой прекращается обеспеченное им обязательство, и поручитель должен нести ответственность перед кредитором в пределах стоимости наследственного имущества. Таким образом, в случае смерти должника и при наличии наследников и наследственного имущества взыскание задолженности возможно с поручителя в пределах стоимости наследственного имущества (если в договоре поручителя с кредитором поручитель дал кредитору согласие отвечать за нового должника).

В дальнейшем этот подход нашел свое отражение в одном из дел ВС РФ (Определение КГД ВС РФ от 15 июля 2008 г. № 81-В08-11).

3.2. Еще один случай обращения ВС РФ к обсуждаемой проблеме – это Постановление Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 по вопросам, связанным с наследованием. В п. 62 данного постановления Суд подтвердил точку зрения, в соответствии с которой поручитель наследодателя становится поручителем наследника лишь в случае, если поручителем было дано согласие отвечать за неисполнение обязательств наследниками. При этом, как полагает ВС РФ, «исходя из п. 1 ст. 367 и п. 1

ст. 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» (п. 62 Постановление Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

3.3. Между тем подход, сформулированный Пленумом ВАС РФ (п. 20 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42) по разбираемому вопросу, был совершенно иной. ВАС РФ отверг центральную идею ВС РФ – предоставление поручителю возможности ссылаться на возражения наследников об ограниченной ответственности по долгам наследодателя. Пленум ВАС РФ сформулировал следующий подход: в отношениях с кредитором поручитель не вправе ссылаться на ограниченную ответственность наследников и требовать уменьшения размера своей обязанности по договору поручительства пропорционально стоимости наследственного имущества.

Ограничение возможности поручителя прибегать к возражению о недостаточности наследственной массы для удовлетворения всех требований можно объяснить двояко. С одной стороны, в этой правовой позиции Пленума ВАС РФ можно увидеть буквальное толкование нормы п. 1 ст. 364 ГК РФ о возражениях поручителя, которые мог бы представить должник по обеспеченному долгу. Возражение наследника об ограниченной ответственности по обязательствам не является в строгом смысле этого слова возражением должника, ведь оно возникает в связи с появлением в обязательстве новой фигуры – наследника – и с личностью должника и его предшествующим поведением, в общем-то, не связано. Поэтому поручитель и не может ссылаться на это обстоятельство, это *возражение наследника*, а не должника.

С другой стороны, такое ограничение можно объяснять и с точки зрения политики права. Поручительство, как и всякое обеспечение, – это способ перекалывания с одного лица (кредитора) на другое лицо (поручителя) риска банкротства должника, т.е. недостаточности его имущества для удовлетворения предъявленных к нему требований. Банкротство может постигнуть не только юридическое лицо, но и лицо физическое, причем смерть должника на такое состояние его имущества никак не влияет (ср., например, ст. 223¹ Закона о несостоятельности (банкротстве), которая устанавливает правила о банкротстве наследственной массы несостоятельного умершего должника).

Таким образом, поручитель, принимая на себя поручительство, тем самым добровольно принимает на себя риск того, что в имущественной массе должника (в том числе перешедшей к правопреемникам должника) не будет достаточно имущества для удовлетворения перешедшего к поручителю, исполнившему обязательство перед кредитором, требования. И именно поэтому поручитель не должен иметь возможности ссылаться на это обстоятельство против требования кредитора (п. 20 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

В настоящее время проблема решена законодателем в рамках комментируемого пункта в пользу подхода, разработанного ВАС РФ. Кодекс установил в п. 3 комментируемой статьи правило, запрещающее поручителю ссылаться на ограниченную ответственность наследников по обеспеченному обязательству. Таким образом, поручитель по долгу должен заплатить кредитору сумму, соответствующую всей сумме долга должника, однако совершенно не очевидно, что он сможет полностью удовлетворить перешедшее к нему в порядке суброгации требование за счет наслед-

ственной массы. Однако это и есть тот самый риск банкротства массы (умершего) должника, который принимает на себя поручитель, выдавая поручительство. Подход ВС РФ о том, что в случае смерти должника поручитель будет отвечать за наследников, также утратил свою актуальность (см. новую редакцию п. 4 ст. 367 ГК РФ и комментарий к нему).

4. Другая очень интересная и сложная проблема, которая возникает при множественности обеспечительных прав, связана с возможным столкновением интересов кредитора-залогодержателя и поручителя, частично исполнившего свое обязательство перед кредитором.

Рассмотрим такой пример. А должен кредитору Б 100 руб. Это требование было обеспечено поручительством лица В, а также залогом, который был дан самим должником¹. Обеспеченное обязательство не было исполнено, и кредитор предъявил требование к поручителю. Поручитель В заплатил кредитору не всю сумму, которую был должен должник А, а только часть, допустим 50 руб. В связи с этим к поручителю В в соответствии с п. 1 ст. 365 ГК РФ перешло требование к А в соответствующей части, т.е. на сумму 50 руб. В ходе исполнительного производства на предмет залога, предоставленный должником, было обращено взыскание, и он был продан за 80 руб.

Возникает вопрос: как должна быть распределена вырученная сумма между кредитором и поручителем?

4.1. Существуют два возможных варианта разрешения этого казуса.

а) В соответствии с первым из них денежная сумма, вырученная от продажи предмета залога, должна быть распределена между кредитором и поручителем, частично исполнившим свое обязательство, пропорционально сумме их требований к должнику. Это связано с тем, что, уплатив кредитору и приобретя требование к должнику в соответствующей части, поручитель в силу ст. 384 Кодекса также приобрел и статус залогодержателя, точнее — *созалогодержателя*. Другим созалогодержателем остался кредитор, ведь первоначальное требование в оставшейся части (в сумме 50 руб.) по-прежнему принадлежит ему. Следовательно, его первоначальный статус залогодержателя также должен сохраняться.

Описываемая ситуация любопытна тем, что она демонстрирует редкий пример множественности в обеспечительном праве при отсутствии множественности в обеспеченном праве (вследствие делимости предмета обеспеченного обязательства (деньги) и у кредитора, и у поручителя будет свое собственное обязательство в отношении должника). Иными словами, при созалоге право залога одновременно принадлежит нескольким лицам, совокупность которых и образует фигуру *залогодержателя* (см. ст. 335¹ ГК РФ и комментарий к ней).

Однако если придерживаться квалификации описанной ситуации как обычного созалога, то неизбежным является вывод о том, что соответствующая денежная сумма должна быть распределена между кредитором и поручителем пропорционально их требованиям к должнику. То есть в примере, приведенном выше, и кредитор А,

¹ Впрочем, для обсуждаемой далее проблемы не имеет значения, является ли залогодатель должником по обеспеченному обязательству или нет.

и поручитель В получают из стоимости залога по 40 руб. Следовательно, требование кредитора к должнику Б сократится до 10 руб., которые он так от должника и не получил.

Само по себе такое решение не нарушает интересов кредитора, так как в обсуждаемом примере поручитель исполнил обеспечительное обязательство не полностью, следовательно, поручительство в неисполненной части не прекратилось, и кредитор может требовать от поручителя уплаты оставшихся 10 руб. Более того, у поручителя теоретически имеется и источник платежа этого долга — те самые 40 руб., которые были ему переданы при реализации предмета залога. Поэтому, казалось бы, кредитору совершенно не стоит переживать из-за того, что ему пришлось разделить вырученную от продажи залога денежную сумму с поручителем...

Однако картина резко меняется, если представить, что в отношении поручителя возбуждено дело о банкротстве. А вероятность такого поворота событий может быть весьма и весьма высокой, ведь неспособность поручителя полностью удовлетворить требование кредитора должна, по идее, вызывать банкротство поручителя. При таком развитии событий 40 руб., которые были переданы поручителю, попадут в конкурсную массу, и кредитор А будет вынужден конкурировать с другими реестровыми кредиторами поручителя (здесь не следует забывать и о кредиторах по текущим требованиям к банкроту, которым в сегодняшних российских реалиях зачастую направляются практически все денежные средства, вырученные от продажи конкурсной массы; конкурсным кредиторам не остается практически ничего). Можно даже усложнить ситуацию: допустим, сумма, ранее уплаченная поручителем кредитору (50 руб.), была возвращена в конкурсную массу в результате оспаривания этого платежа как преференциального. В этом случае окажется, что кредитор получит только 40 руб. из суммы, вырученной от продажи залога; от поручителя же он не получит ничего...

В итоге складывается весьма странная ситуация: кредитор имел несколько обеспечений (залог и поручительство), и имущественное положение лиц, предоставивших обеспечение, на момент дефолта должника позволяло полностью удовлетворить требования¹, однако в итоге кредитор не был полностью удовлетворен.

Таковы неизбежные результаты квалификации статуса поручителя, частично исполнившего обязательство кредитору, как обычного *созалогодержателя*.

б) Однако возможна и иная квалификация позиций кредитора и поручителя в обсуждаемой ситуации. Так, нельзя не заметить, что с экономической точки зрения положение поручителя, частично исполнившего обязательство, в системе отношений «кредитор — должник — поручитель» может всерьез обсуждаться как самостоятельное и конкурирующее с первоначальным кредитором лишь в том случае, если поручительство было дано в связи с наличием между поручителем и должником обязательственной связи (ранее возникшего долга поручителя перед должником или договора о выдаче поручительства за вознаграждение).

В случае же если поручитель и должник являются связанными между собой лицами (что встречается в подавляющем числе случаев выдачи поручительства),

¹ У поручителя было 50 руб., у должника-залогодателя — 80 руб. (стоимость имущества, находящегося в залоге у кредитора).

то рассматривать поручителя как лицо, которое бы могло на равных конкурировать с кредитором за стоимость предмета залога было бы как минимум странно – ведь кредитор в этом случае как бы получил в обеспечение всю имущественную массу соответствующей предпринимательской группы, причем часть этой массы – приоритетно перед другими кредиторами одного из членов этой группы (залог имущества должника). Именно поэтому было бы ошибочно считать кредитора и аффилированного к должнику поручителя, частично исполнившего обязательство, лицами, имеющими равные права на получение денежных средств, вырученных от продажи заложенного имущества.

Даже и в случае если поручитель не аффилирован с должником, предоставление поручителю, частично исполнившему обязательство, возможности конкурировать с кредитором за получение удовлетворения из залога было бы неверным.

Это связано с тем, что, выдавая поручительство, поручитель принимает на себя риск неплатежеспособности должника. Это означает, что все негативные последствия недостаточности у должника имущества для исполнения обязательства перед кредитором должны быть возложены на поручителя. Следовательно, и риск того, что кроме предмета залога у должника не окажется какого-либо иного имущества, на которое можно будет обратить взыскание, также должен лежать на поручителе. Поэтому все преимущества из положения залогодержателя должен извлекать только кредитор, и никто более. По большому счету, речь идет о том, справедливо ли будет в рассматриваемой ситуации отступить от принципа равенства кредиторов в пользу одного из них – первоначального кредитора А. Именно поэтому в ходе реформы норм о поручительстве в ГК РФ (п. 4 комментируемой статьи) были включены положения, устанавливающие правила о преимуществе созалогодержателя – первоначального кредитора перед созалогодержателем-поручителем.

Такое отступление вполне оправданно, ведь поручитель, заключая договор поручительства, добровольно и осознанно принимает на себя все риски неисправности должника. Поэтому при распределении суммы, вырученной от продажи предмета залога, он должен проигрывать кредитору, являвшемуся первым¹ залогодержателем, удовлетворяясь лишь после того, как кредитор получил полное удовлетворение по своему требованию.

4.2. Есть еще одно обоснование политико-правового свойства, говорящее в пользу приоритета кредитора-залогодержателя в его конфликте с поручителем, частично исполнившим обязательство. Оно заключается в том, что при втором решении обсуждаемого казуса поручители, выдавшие поручительство под влиянием имеющих у них обязательственных отношений с должником, подталкиваются к скорейшему добровольному удовлетворению кредитора. Это связано с тем, что только в этом

¹ Описываемую ситуацию следует отличать от предшествующего и последующего залогов, которые иногда именуются старшим и младшим залогом. В этом случае имеются *два* залоговых права, каждое из которых в полной мере принадлежит одному лицу, соответственно – старшему и младшему залогодержателю. Исходя из даты возникновения залога определяется тот кредитор, который имеет приоритет при распределении денежной суммы, вырученной от продажи предмета залога. Описываемая конструкция «старшинства» кредитора перед поручителем при распределении залоговой выручки принципиально другая: *одно* залоговое право принадлежит нескольким лицам, однако одно из них может получить причитающееся ему только после того, как удовлетвориться тот, кому это право изначально принадлежало целиком как обеспечение, установленное в его пользу. Подробнее см. комментарий к ст. 335¹ ГК РФ.

случае они смогут в полной мере воспользоваться установленным в пользу кредитора залоговым приоритетом.

Очевидно и то, что этот довод не работает в отношении поручителей, являющихся аффилированными лицами должника, так как они, будучи членами одной с должником предпринимательской группы, в подавляющем большинстве случаев вообще не заинтересованы в реальной суброгации кредиторского требования.

Кстати, верность такого объяснения (сохранение кредиторского приоритета в обеспечении должно стимулировать поручителя к полному исполнению своего обязательства) может быть подтверждена и текстом п. 2 ст. 365 ГК РФ, в соответствии с которым «по исполнению поручителем обязательства кредитор обязан вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие это требование».

Данная норма может быть истолкована в том смысле, что до тех пор, пока поручитель *полностью* не исполнит свое обязательство перед кредитором, права, обеспечивающие это требование, к нему не переходят. Причем это толкование не входит в противоречие с положениями ст. 384 Кодекса (о том, что к новому кредитору переходят обеспечительные права), так как эта норма допускает возможность установления иного законом.

4.3. Данный подход законодателя не является новым для арбитражных судов. В абз. 1 п. 30 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 Пленум ВАС РФ со ссылкой на п. 1 ст. 365 ГК РФ признал, что «...к поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, в том числе если поручитель произвел исполнение обязательства за должника лишь в части. В последнем случае кредитор и поручитель становятся созалогодержателями, имеющими равные права на удовлетворение своих требований из стоимости заложенного имущества». Таким образом, при квалификации отношений кредитора-залогодержателя и поручителя, частично исполнившего обязательство, высшая судебная инстанция остановилась на созалогодержательском подходе, признав, что после суброгации части требования к поручителю между ним и кредитором образуется общность в залоговом праве.

Однако крайне важным представляется второй абзац п. 30, в котором Суд, по сути, отвергает общие последствия созалого: «Вместе с тем судам необходимо принимать во внимание обеспечительный характер обязательства поручителя. Поэтому поручитель не может осуществить перешедшее к нему право во вред кредитору, получившему лишь частичное исполнение (например, препятствовать обращению взыскания на предмет залога и т.п.). Кредитор, напротив, может самостоятельно осуществлять свои права в отношении остальной части своего требования преимущественно перед поручителем».

Последнее предложение второго абзаца п. 30 свидетельствует о том, что, вопреки классическому пониманию созалого, кредитор, по мнению Пленума ВАС РФ, все же сохраняет приоритет перед поручителем в части осуществления оставшейся части требования к должнику.

Кроме того, обращает на себя внимание и то, что ВАС РФ особо отметил: соучастие поручителя, частично исполнившего обязательство, в изначально установленном в пользу кредитора залоговом праве не должно *вредить* последнему («поручитель не может осуществить перешедшее к нему право во вред кредитору»). А чем иным,

как не «осуществлением права во вред кредитору» является ситуация, когда поручитель претендует на часть денежных средств, вырученных от продажи заложенной кредитору вещи, и получает эту часть?!

В итоге Пленум ВАС РФ склонился к иному решению – предоставлению одному залогодержателю – кредитору – приоритета перед другим залогодержателем – поручителем при удовлетворении из суммы, вырученной от реализации предмета залога.

4.4. Описанная выше модель разрешения конфликта кредитора и поручителя, частично исполнившего обязательство, разумеется, может быть совершенно иной, в случае если кредитор и поручитель заранее договорятся о порядке удовлетворения их требований из денежных средств, вырученных при продаже предмета залога.

Диспозитивность положений ст. 384 ГК РФ, а также предоставленная положениями п. 3 ст. 365 Кодекса возможность сторонам договора поручительства самостоятельно определять последствия исполнения поручителем (в том числе и частичного) своего обязательства по договору поручительства позволяют довольно гибко урегулировать возможные будущие конфликты и избежать самого возникновения той сложной проблемы, которая описывалась выше.

Диспозитивность регулирования отношений между кредитором-залогодержателем и поручителем, частично исполнившим свое обязательство, подтвердил и Пленум ВАС РФ, указав в абз. 3 п. 30 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42, что «...порядок и очередность удовлетворения требований кредитора и поручителя (поручителей) могут определяться соглашением между ними».

Поэтому с практической точки зрения кредитор заинтересован в том, чтобы в договоре поручительства содержалось условие о том, что переход обеспечительных прав осуществляется к поручителю только в том случае, если он полностью исполнит свои обязательства перед кредитором; частичное же исполнение обязательства переход обеспечительных прав, принадлежащих кредитору, не влечет. Такое условие в договоре позволит кредитору полностью исключить конкуренцию с поручителем при реализации иного обеспечения. Правда, такое условие договора поручительства может быть поставлено под сомнение с точки зрения его справедливости, в случае если договор поручительства будет квалифицирован как договор присоединения (п. 2 ст. 428 ГК РФ) и будет доказано, что поручитель был слабой стороной договора. В этом случае поручитель, имеющий действительный интерес в том, чтобы участвовать в обеспечении (т.е. заинтересован в суброгации правомочий пусть и второстепенного, но все же залогового кредитора, имеющего приоритет перед прочими, необеспеченными кредиторами должниками), может потребовать изменения договора в этой части.

5. Согласно комментируемой норме включение в договор поручительства условия, запрещающего поручителю ссылаться на возражения, которые мог бы выдвинуть должник, не допускается, соответствующее условие является ничтожным. Действительно, выбор сторон в пользу акцессорного обеспечения и одновременное «отключение» возражений должника вступают в явное противоречие. В то же время, как было отмечено, в п. 1.2 комментария к настоящей статье, из принципа приоритета существа над формой при квалификации сделок и принципа толкования *favor contractus*, требующего при толковании воли сторон отдавать предпочтение тому толкованию, которое сохранит в силе сделку (см. комментарий к ст. 431 ГК РФ),

следует, что такого рода сделка должна квалифицироваться как действительная, но порождающая отношения по независимой гарантии (если, конечно, обеспечителем является предприниматель). При этом так как выдача независимых гарантий возможна исключительно лицами, являющимися субъектами предпринимательской деятельности (см. п. 3 ст. 368 ГК РФ), отключение возражений в договоре поручительства, в котором обеспечителем является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность, недопустимо, и спасти ситуацию путем перекалфикации в гарантию невозможно. Соответственно, указание в комментируемой норме на ничтожность условия об ограничении права поручителя выдвигать против требований кредитора возражения, принадлежащие должнику, должно относиться прежде всего к такой ситуации, когда поручителем выступает лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность.

О сложной проблеме «отключения» не всех, а некоторых возражений см. п. 1.2 комментария к настоящей статье.

Статья 365. Права поручителя, исполнившего обязательство

1. К поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора. Поручитель также вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника.

2. По исполнению поручителем обязательства кредитор обязан вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие это требование.

3. Правила, установленные настоящей статьей, применяются, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручителя с должником и не вытекает из отношений между ними.

Комментарий

1. Исходя из описанной в комментариях к предыдущим статьям конструкции поручительства, нормы п. 1 комментируемой статьи не должны вызывать каких-либо затруднений. Поручитель, который исполнил свое собственное, обеспечительное обязательство перед кредитором, получает в порядке суброгации требование, которое имелось у кредитора в отношении должника. На то, что в данном случае «переход прав» — это не случайное выражение, и законодатель действительно имеет в виду не регрессное требование, а переход права в силу закона (суброгацию), говорит также и ст. 387 ГК РФ, в которой прямо указано, что исполнение поручителем требования кредитора влечет суброгацию.

1.1. Если кредитор имел дополнительное обеспечение в виде залога, то соответствующие обеспечительные акцессорные права переходят к поручителю, исполнившему свое обязательство. То же касается и требований по другим поручительствам и иному обеспечению. Такая же судьба и у иных акцессорных обязательств (неустойка и проч.).

1.2. Если в обязательстве, по которому было дано поручительство, имеется условие о процентах, то право требовать уплаты процентов за пользование деньгами также переходит к поручителю. Также переходит к поручителю и право на проценты за просрочку исполнения денежного обязательства, установленные ст. 395 ГК РФ, неустойку.

1.3. Норма п. 1 говорит о том, что поручитель вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору. Смысл этой нормы достаточно туманен. В свое время в п. 18 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 указывалось на этот счет следующее: «В соответствии с пунктом 1 статьи 365 Кодекса поручитель, исполнивший обязательство, вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную им кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника. В этом случае проценты на основании статьи 395 Кодекса начисляются на всю выплаченную поручителем за должника сумму, включая убытки, неустойки, уплаченные кредитору проценты». Иначе говоря, высшие суды, давая эти разъяснения, исходили из регрессной модели обратного требования, прекращения начисления процентов по основному долгу в момент выплаты поручителем долга за должника и возникновения у поручителя с момента такой выплаты права на начисление процентов по ст. 395 ГК РФ в силу закона.

Это разъяснение формально не отменено, но фактически утратило свое значение с учетом окончательного утверждения суброгационной модели квалификации обратного требования исполнившего поручителя. Теперь право исходит из того, что удовлетворение кредитора поручителем не прекращает обязательство должника, а влечет суброгацию, т.е. правопреемство в правах кредитора по обеспеченному обязательству, а следовательно к поручителю переходит право начислять на долг должника проценты, которые ранее начали начисляться по основному долгу (проценты по ст. 395 ГК РФ либо – при наличии соответствующего условия в договоре – проценты по займу или кредиту).

Соответственно, в современных условиях вряд ли следует исходить из того, что помимо перешедшего к поручителю права на начисление таких процентов удовлетворивший кредитора поручитель вправе претендовать на какие-то дополнительные проценты по ст. 395 ГК РФ «поверх» процентов, которые мог начислить кредитор.

1.4. Норма комментируемого пункта также дает поручителю право требовать от должника возмещения всех своих убытков, возникших в связи с удовлетворением требований кредитора. Логика этой нормы не очевидна. Возможно, законодатель рассуждал так: коль скоро должник нарушил обеспеченный долг, то такое его поведение следует рассматривать не только как противоправное по отношению к кредитору, но и как противоправное по отношению к поручителю. В том случае если поручитель для удовлетворения требования кредитора был вынужден пойти на какие-то дополнительные издержки (например, был вынужден привлечь кредит), то эти издержки могут быть переложены на неисправного должника.

Впрочем, природа этой меры не ясна. Действительно ли здесь речь идет об ответственности, или убытки в данном случае выступают в качестве способа перераспределения расходов? Если первое, является ли эта ответственность деликтной или договорной? Эти вопросы остаются пока без ответов. В целом, сама необходимость в такой норме представляется сомнительной. На практике она фактически не применяется.

1.5. Так как концепция суброгации предполагает, что к поручителю переходит право в том виде, в котором оно существовало до момента правопреемства, течение срока давности по требованию кредитора при переходе последнего к поручителю не прерывается. Соответственно, положение должника в отношении исковой давности такая замена кредитора не затрагивает. Если бы российский закон реализовал модель регрессного механизма возмещения поручителю уплаченного кредитору, после исполнения поручителя у него возникало бы новое требование к должнику, и исковая давность рассчитывалась бы по-новому.

1.6. Согласно п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 если после предъявления кредитором иска к должнику поручитель исполнил договор поручительства, то поручитель вправе обратиться в суд с ходатайством о вступлении в дело в качестве процессуального правопреемника кредитора по требованию о взыскании долга по обеспеченному обязательству, права по которому перешли к нему в порядке суброгации.

2. Норма комментируемого пункта устанавливает правило, обязывающее кредитора передать поручителю, исполнившему обязательство, передать документы, подтверждающие требование кредитора. К таким документам относятся подлинники договоров, счетов, актов, накладных и проч. документация, подтверждающая исполнение кредитором встречных обязательств по обеспеченному договору, а также факт наличия и размер долга должника. Из применения принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ) следует, что в этом случае кредитор обязан сотрудничать с поручителем при взыскании последним задолженности с должника в части обеспечения предоставления подлинных документов, подтверждающих долг, по мере необходимости этого.

2.1. Крайне любопытная норма в комментируемом пункте касается обязанности кредитора передать поручителю, исполнившему обязательство, права, обеспечивающие требование кредитора к должнику. Сложность в понимании этой нормы состоит в том, что в силу положений норм о суброгации (ст. 384, 387 ГК РФ) все обеспечительные права, являющиеся акцессорными, переходят к кредитору в силу положений закона. Ни о какой обязанности уступить обеспечительные права в таких случаях идти не может. Наличие этой нормы в изначальной редакции ГК РФ есть еще одно свидетельство того, что российское право в середине 1990-х гг. не в полной мере определилось в выборе между регрессной и суброгационной моделями и содержало внутренне противоречивые нормы на сей счет. С учетом того, что суброгационная модель сейчас окончательно утвердилась, данную норму следовало бы устранить.

В то же время в ее наличии при желании можно найти некоторый смысл. По всей видимости, сферой действия этого правила должны быть те обеспечительные права, которые не следуют автоматически за основным требованием. Чисто теоретически это может касаться титульного обеспечения (удержания титула, обеспечительной уступки и проч.), а также, возможно, независимой гарантии (подробнее см. комментарий к ст. 372 ГК РФ). Впрочем, эти вопросы в полной мере в практике судов не прояснены.

3. В силу прямого указания в п. 3 все положения комментируемой статьи являются диспозитивными и могут быть изменены договором между должником и поручителем.

Таким договором, в частности, может быть предусмотрено исключение суброгации и (или) обязанности уплачивать проценты или убытки.

В то же время вызывает полное недоумение тот факт, что п. 3 говорит о возможности исключения *по соглашению между должником и поручителем* правила п. 2 комментируемой статьи. Это означает по сути возможность для должника и поручителя договориться о том, что кредитор не должен передавать поручителю документы, подтверждающие долг, и обеспечивающие данный долг права. Видимо, это относится к случаю, когда стороны договорились об исключении суброгации. Очевидно, что здесь имеет место банальная ошибка законодателя. Вопросы передачи кредитором документов поручителю и уступки неакцессорных обеспечительных прав должны решаться в договоре поручительства.

Статья 366. Извещения при поручительстве

1. Должник, извещенный поручителем о предъявленном к нему кредитором требовании или привлеченный поручителем к участию в деле, обязан сообщить поручителю обо всех имеющихся у него возражениях против этого требования и предоставить имеющиеся у него в подтверждение этих требований доказательства. В противном случае должник лишается права выдвигать возражения, которые могли быть заявлены против требования кредитора, против требования поручителя (пункт 1 статьи 365), если иное не предусмотрено соглашением между поручителем и должником.

2. Должник, исполнивший обязательство, обеспеченное поручительством, обязан известить об этом поручителя немедленно. В противном случае поручитель, в свою очередь исполнивший свое обязательство, вправе взыскать с кредитора неосновательно полученное или предъявить регрессное требование к должнику. В последнем случае должник вправе взыскать с кредитора лишь неосновательно полученное.

Комментарий

1. Норма комментируемого пункта подразумевает, что поручитель, получивший требование кредитора, должен в разумный срок уведомить об этом должника. Данная обязанность прямо закреплена в п. 1 ст. IV.G.-2:112 Модельных правил европейского частного права.

Как уже упоминалось выше, кредитор вправе как предъявить в суд требование поручителю и должнику в качестве соответчиков, так и подать иск исключительно к поручителю, не предъявляя иск к должнику. В этом случае возможна следующая ситуация: должник и поручитель не осуществляют какую-либо коммуникацию друг с другом, поручитель не имеет сведений относительно возможных возражений, которые должник мог бы выдвинуть против требований кредитора. Впоследствии поручитель, исполнивший требование кредитора, предъявляет полученное от кредитора в порядке суброгации требование к должнику, и тот выдвигает против него возражения, которые в соответствии со ст. 386 ГК РФ у него сохраняются и против нового кредитора, приобретшего требование в порядке суброгации.

В связи с этим должны быть, с одной стороны, защищены интересы поручителя при реализации требования к должнику, а с другой — учтены интересы должника.

1.1. Положения комментируемого пункта вводят для должника обязанность сообщить поручителю обо всех имеющихся возражениях против требования кредитора (возражения о зачете, о некачественном товаре или работах и проч.) для того, чтобы поручитель смог выдвинуть их в процессе, возбужденном кредитором против него. Эта обязанность сотрудничать может вытекать из отношений покрытия (корпоративных, договорных), которые имеются между поручителем и должником.

1.2. Санкцией за нарушение обязанности сотрудничать с поручителем является очень интересное правило второго предложения п. 1 комментируемой статьи: должник лишается права выдвигать соответствующие возражения против требования поручителя.

1.3. Разумеется, вполне возможно, что в результате реализации этого правила кредитор может получить неосновательное обогащение. Взыскание этого обогащения будет осуществлять должник (ведь, собственно, это из-за его действий, а точнее — бездействия такое обогащение стало возможным).

1.4. Но что если поручитель, получив требование кредитора, не уведомит должника, не дав ему возможности представить информацию о наличии у должника эффективных возражений, или уведомит должника, получит такую информацию, но не выставит соответствующие возражения против требования кредитора?

С учетом применения правил о суброгации это будет означать, что поручитель при попытке взыскания долга с должника столкнется с теми же возражениями должника, которые последний имел против изначального кредитора и, возможно, не сможет удовлетворить свои притязания к должнику в целом или в части. Этот риск должен стимулировать поручителя вступать в коммуникацию с должником после получения требования от кредитора.

2. Пункт 2 комментируемой статьи содержит решение для другой, не менее интересной ситуации: должник заплатил кредитору и тем самым исполнил обеспеченное обязательство, но кредитор тем не менее предъявил требование к поручителю и получил исполнение еще и от него. Понятно, что должник, исполнив обязательство, тем самым прекратил обязательство надлежащим исполнением; поэтому поручитель, уплатив кредитору, не может приобрести требование к должнику в порядке суброгации, так как его — требования к должнику — более просто не существует. Иными словами, получив исполнение от поручителя, кредитор тем самым получил недолжное, и с него оно может быть взыскано. Однако законодатель довольно любопытно решает вопрос, кто и в каком случае может это сделать.

Законодатель наделяет поручителя в такой ситуации новым, регрессным требованием к должнику. Однако регресс возможен только в том случае, если должник не сообщил поручителю о платеже; обязанность сделать это незамедлительно после осуществления исполнения вменяется должнику в первом предложении п. 2 комментируемой статьи. Если же должник своевременно направил поручителю соответствующее извещение, то поручитель будет иметь право лишь взыскать неосновательно полученное с кредитора.

2.1. Комментируемая норма имеет очень важный побочный эффект. Из нее, в частности, следует, что должник в принципе должен знать своего поручителя. Именно поэтому законодатель довольно решительно возлагает на должника бремя немедленного информирования поручителя об осуществлении исполнения.

Как уже отмечалось в комментарии к п. 1 ст. 361 ГК РФ, отсутствие согласия должника на заключение договора поручительства, хотя и не порочит поручительство, но является ненормальным, не типичным для оборота.

Следовательно, должник не должен пострадать от регрессного иска, предъявленного по правилам п. 2 ст. 366 ГК РФ лишь вследствие того, что договор поручительства был заключен без его ведома. Понятно, что должник впоследствии не лишен возможности взыскать с кредитора неосновательно полученное (последнее предложение ст. 366 ГК РФ), однако перспективы быть затянутым в судебное разбирательство и нести риск банкротства кредитора заставляют задуматься о поиске какого-то другого решения.

В связи с этим Пленумом ВАС РФ в абз. 5 п. 5 Постановления от 12 июля 2012 г. № 42 было признано, что в силу общих правил об обязательствах (ст. 308 ГК РФ) на должника, доказавшего недобросовестное заключение договора поручительства без ведома должника и во вред его интересам, не могут быть возложены негативные последствия неисполнения обязанности по уведомлению поручителя, установленные в ст. 366 ГК РФ.

Но, представляется, что суды должны идти дальше: последствия нарушения обязанности по уведомлению в виде регрессного требования поручителя не могут применяться в отношении должника в любом случае, если должник не знал и не должен был знать о поручителе. На должника, не знающего, что он должен сообщить некоему лицу об осуществлении исполнения, не может быть возложена обязанность по уведомлению и негативные последствия нарушения такой обязанности. Этот вывод очевиден даже тогда, когда в поведении поручителя не имелось признаков злоупотребления правом.

2.2. Если должник, нарушивший обязанность своевременного уведомления известного ему поручителя, исполнил регрессное требование поручителя, он вправе согласно комментируемому пункту впоследствии предъявить иск о возмещении неосновательного обогащения к кредитору, который получил двойное исполнение.

Статья 367. Прекращение поручительства

1. Поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства. Прекращение обеспеченного обязательства в связи с ликвидацией должника после того, как кредитор предъявил в суд или в ином установленном законом порядке требование к поручителю, не прекращает поручительство.

Если основное обязательство обеспечено поручительством в части, частичное исполнение основного обязательства засчитывается в счет его необеспеченной части.

Если между должником и кредитором существует несколько обязательств, только одно из которых обеспечено поручительством, и должник не указал, какое из обязательств он исполняет, считается, что им исполнено необеспеченное обязательство.

2. 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.

Договор поручительства может предусматривать заранее данное согласие поручителя в случае изменения обязательства отвечать перед кредитором на измененных условиях.

Такое согласие должно предусматривать пределы, в которых поручитель согласен отвечать по обязательствам должника.

3. Поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель в разумный срок после направления ему уведомления о переводе долга не согласился отвечать за нового должника.

Согласие поручителя отвечать за нового должника должно быть явно выраженным и должно позволять установить круг лиц, при переводе долга на которых поручительство сохраняет силу.

4. Смерть должника, реорганизация юридического лица — должника не прекращают поручительство.

5. Поручительство прекращается, если кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем.

6. Поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. Если такой срок не установлен, оно прекращается при условии, что кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иск к поручителю. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иск к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства.

Предъявление кредитором к должнику требования о досрочном исполнении обязательства не сокращает срок действия поручительства, определяемый исходя из первоначальных условий основного обязательства.

Комментарий

1. Поручительство является акцессорным обеспечением. Это означает, что в случае прекращения обеспеченного долга оно также должно прекратиться. Объяснение тому — общая экономическая логика: в отсутствие основного обязательства кредитору обеспечение просто не нужно. Эта особенность всякого акцессорного обеспечения довольно ярко теперь выражена в п. 4 ст. 329 ГК РФ.

Соответственно, если обеспеченное обязательство прекратилось надлежащим исполнением, новацией, предоставлением отступного, прощением долга и т.п., одновременно происходит и прекращение обязательства поручителя.

1.1. Эта связь между обеспеченным и обеспечивательным обязательствами прослеживается и тогда, когда обеспеченное обязательство прекращается частично. Так, например, если кредитор простил должнику долг в части, размер обязательства поручителя соразмерно уменьшается.

1.2. Однако из этого простого и ясного, на первый взгляд, правила существуют исключения. К их числу относится, например, правило о том, что ликвидация должника и следующее за этим прекращение всех его обязательств не прекращает поручительство, если кредитор успел предъявить требование к поручителю до момента ликвидации должника (второе предложение абз. 1 п. 1 комментируемой статьи).

Впервые такое решение было предложено Пленумом ВАС РФ в Постановлении от 12 июля 2012 г. № 42. В соответствии с п. 21 постановления «прекращение основного обязательства вследствие исключения из единого государственного реестра юридических лиц юридического лица, являющегося должником по этому обяза-

тельству, не прекращает поручительство, если кредитор до исключения должника из названного реестра реализовал свое право в отношении поручителя посредством предъявления иска, заявления требования ликвидационной комиссии в ходе процедуры ликвидации поручителя или подачи заявления об установлении требований в деле о его банкротстве».

Аналогичную точку зрения высказал и ВС РФ, признавший в деле о взыскании с поручителя-гражданина, что в случае обращения в суд с исковыми требованиями, вытекающими из неисполнения должником обязанности по возврату денежных средств до его ликвидации и в период действия кредитного договора, поручительство не может быть признано прекращенным, и солидарная обязанность по уплате кредитором должна сохраняться до момента, пока обязательство не будет исполнено. Иное, в том числе в случаях, когда поручитель действует недобросовестно и уклоняется от явки в суд, затягивая рассмотрение дела, означало бы недопустимое ограничение имущественных прав кредитора как пострадавшей стороны при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства и нарушение конституционного принципа, в соответствии с которым осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (Определение КГД ВС РФ от 22 января 2013 г. № 83-КГ12-8; см. также Определение КГД ВС РФ от 31 июля 2012 г. № 5-КГ12-18).

Предложенное судами и поддержанное законодателем решение, в общем-то, справедливо, так как оно, во-первых, подталкивает кредитора к совершению действий по удовлетворению своего интереса путем реализации обеспечительного права, а во-вторых, дает серьезную защиту тем кредиторам, которые своими активными действиями защищают свое право на получение исполнения из альтернативного источника удовлетворения требований. Поэтому с точки зрения правовой политики такое ослабление акцессорности обеспечительных требований следует только поприветствовать.

Помимо этого, такой подход может быть обоснован и доктринально. Требование кредитора к поручителю до момента наступления условия права – просрочки должника – находится в «подвешенном» состоянии. Однако само по себе наступление каких-либо обстоятельств в отношениях кредитора и должника не должно производить непосредственный эффект в отношениях кредитора и обеспечителя, так как последний не является участником обязательства должника перед кредитором. Следовательно, кредитор должен предъявить требование к лицу, выдавшему обеспечение, и только после этого у него возникает притязание к обеспечителю, которое может быть реализовано принудительно. Кроме того, следует учитывать, что, выдавая поручительство, поручитель принимает на себя все риски, связанные с тем, что обязательство должника не будет им исполнено, в том числе вследствие банкротства должника и его последующего исключения из реестра юридических лиц. И раз эти риски приняты, то они должны лежать на поручителе и после прекращения существования должника, ведь возложение на лицо, выдавшее обеспечение, этих рисков произошло по договору, заключенному поручителем именно с кредитором. Следовательно, ликвидация должника не должна прекращать обязанность обеспечителя по несению этих рисков. Иное, разумеется, может быть предусмотрено договором между кредитором и лицом, выдавшим обеспечение. Однако освобождение обеспечителя от таких рисков должно быть

предметом специальной договоренности между кредитором и лицом, выдавшим обеспечение.

1.3. Интересный вопрос может возникнуть в случае частичного обеспечения обязательства поручительством. Представим такой пример: обязательство должника перед кредитором составляет 1000 руб., поручитель обеспечил обязательство на сумму 700 руб. Должник уплатил кредиторю 500 руб. и затем допустил просрочку. Спрашивается: какую денежную сумму кредитор может потребовать с поручителя?

Мыслимы три варианта ответа. Первый заключается в том, что кредитор может взыскать с поручителя все 500 руб., так как при частичном исполнении обязательство в первую очередь прекращается в своей необеспеченной части. Второй вариант ответа исходит из обратной презумпции – при частичном платеже обязательство прекращается в первую очередь в обеспеченной части, освобождая лицо, давшее обеспечение; в этом случае кредитор сможет взыскать с поручителя 200 руб. Наконец, возможен третий, компромиссный вариант – при частичном платеже обеспеченное обязательство прекращается пропорционально в обеспеченной и необеспеченной частях, и потому кредитор сможет взыскать с поручителя 350 руб.

Теоретически каждый из этих вариантов имеет право на существование, поэтому выбор между ними должен быть сделан на основе политико-правовых рассуждений. Первый вариант является прокредиторским; второй – поручительским; третий – компромиссным. Представляется верным выбор все-таки первого варианта, так как он лучше всего защищает слабую сторону в обязательстве – кредитора, который, предоставив должнику причитавшееся исполнение (выдав кредит, отгрузив товар и т.п.), не получил от него встречного предоставления. Именно к этому варианту в итоге и склонился сначала Пленум ВАС РФ в п. 32 Постановления от 12 июля 2012 г. № 42, а затем и законодатель в абз. 2 п. 1 комментируемой статьи.

При этом данное положение закона, хотя и не снабжено оговоркой о праве сторон согласовать иное, с точки зрения своего смысла и целей носит диспозитивный характер. Должник и кредитор в своем договоре могут договориться о том, что частичное погашение долга будет в первую очередь погашать обеспеченную часть долга.

1.4. Абзац 3 комментируемого пункта воспроизводит принцип, заложенный в п. 2 ст. 319¹ ГК РФ, заключающийся в следующем: если между должником и кредитором существует несколько договоров, только один из которых обеспечен, и должник не указал, обязательство по какому из договоров он исполняет, считается, что им исполнено обязательство по необеспеченному договору.

Понятно, что возможны и более сложные ситуации, например, между должником и кредитором три договора, два из которых обеспечены поручительством, а один – нет. Разумеется, в этом случае надо пользоваться тем же принципом, который заложен в комментируемую норму: в первую очередь гасится необеспеченный долг, излишек же должен распределяться в зависимости от даты наступления срока исполнения обязательств по обеспеченным сделкам (п. 3 ст. 319¹ ГК РФ).

2. Один из самых сложных вопросов прекращения поручительства, который возник в практике судов, – это применение прежних положений ГК РФ (прежняя редакция п. 1 ст. 367 ГК РФ) о том, что при изменении основного обязательства, увеличивающем объем ответственности поручителя либо иным образом ухудшающем его положение без его на то согласия, поручительство *прекращается*.

2.1. Первоначально эта норма понималась судами довольно прямолинейно. Например, должник сначала был должен кредитору 100 (и это обязательство было обеспечено поручительством), а потом размер долга был увеличен до 150, тогда поручительство прекращается, если поручитель не дал согласия отвечать за 150.

Именно такой подход был в свое время выражен в п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 января 1998 г. № 28, посвященного поручительству.

2.2. Такой подход не может не вызывать изумления. Фундаментальным принципом обязательственного права является следующий тезис: обязательство, заключенное между двумя лицами, не связывает третье лицо. В этом проявляется относительный характер обязательства, его принципиальная неспособность влиять на имущественную сферу третьих лиц.

По всей видимости, основой для воззрений, в соответствии с которыми увеличение суммы долга должника *автоматически* влечет за собой увеличение ответственности поручителя¹, является *концепция участия поручителя в обеспеченном долге в качестве второго* (как правило, солидарного) *содолжника*. В этом случае решение, отраженное ранее в практике ВАС РФ, действительно представляется, на первый взгляд, логичным: один содолжник хочет увеличить общий долг, но он не может это сделать без согласия второго содолжника.

Однако такой подход к конструкции поручительства является неверным, он отвергнут как самим Кодексом, так и практикой ВАС РФ. Верное понимание природы поручительства заключается в том, что обязательство поручителя — это его собственный, самостоятельный долг перед кредитором, связанный с обеспеченным обязательством принципом акцессорности.

В связи с этим возникает совершенно резонный вопрос: если обязательство поручителя — самостоятельное обязательство, и он не участвует в обеспеченном долге, то почему изменение этого долга будет сказываться (например, в виде увеличения суммы, которую должен выплатить поручитель) на обязательстве поручителя?! Ведь фундаментальный принцип обязательственного права таков: о чем договорились двое, не сказывается на третьем.

Вернемся к примеру. Итак, должник и кредитор увеличили сумму долга, она теперь составляет не 100, а 150. Но почему это изменение должно сказаться на обязательстве поручителя? Ведь он же не давал согласия отвечать за невозврат должником 150, он обещал отвечать за невозврат 100! Следовательно, он по-прежнему отвечает за невозврат 100. И поэтому следует прийти к неизбежному выводу о том, что от изменения обеспеченного обязательства положение поручителя, не дававшего согласия отвечать на измененных условиях, не ухудшается; следовательно, сама почва для защиты поручителя отсутствует.

Получается, что правовая позиция, сформулированная в п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 января 1998 г. № 28 — это ошибка, допущенная в результате применения неверного взгляда на природу обязательства поручителя.

Исправление этой ошибки было осуществлено Президиумом ВАС РФ в Постановлении от 18 октября 2011 г. № 6977/11. В этом деле Президиум ВАС РФ не со-

¹ А на это действительно требуется его согласие, потому как никто не может быть принужден уплачивать долг в сумме большей, чем та, на которую он дал свое согласие.

гласился с идеей о том, что увеличение размера процентов по долгу должника прекращает поручительство. При этом Президиум ВАС РФ отталкивался в своих рассуждениях от следующего: коль скоро начисленная и предъявленная сумма процентов соответствовала первоначальным условиям основного обязательства, обеспеченного поручительством, и объем ответственности поручителя не изменился и остался прежним, оснований считать договоры поручительства прекращенными у судов не имелось.

Намного более решительным выглядит правовая позиция, касающаяся последствий изменений обеспеченного долга и сохранения поручительства на первоначальных условиях этого долга, отраженная в п. 37 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42: «Применяя названные положения ГК РФ [о прекращении поручительства при изменении основного обязательства], суды должны учитывать их цель, состоящую в защите поручителя от неблагоприятных изменений основного обязательства, а не в создании для него необоснованных преимуществ в виде прекращения поручительства и в том случае, если основное обязательство было изменено без каких-либо неблагоприятных последствий для поручителя, хотя бы и без согласия последнего».

Далее рассуждения Пленума ВАС РФ вполне предсказуемы. Он выводит общий принцип, лежащий в основе толкования п. 1 ст. 367 ГК РФ: «...изменение основного обязательства (в случае увеличения суммы долга должника перед кредитором, размера процентов по денежному обязательству) само по себе не ухудшает положение поручителя и не прекращает поручительство, так как в данном случае поручитель отвечает перед кредитором на первоначальных условиях обязательства, обеспеченного поручительством, как если бы изменения обязательства не произошло. Обязательство в измененной части не считается обеспеченным поручительством. При не согласованном с поручителем сокращении или увеличении срока исполнения обязательства, обеспеченного поручительством, поручительство также сохраняется, а поручитель отвечает перед кредитором до истечения сроков, определяемых в соответствии с п. 4 ст. 367 ГК РФ с учетом первоначальных условий обязательства».

Вернемся к приведенному чуть выше примеру. Должник должен кредитору 100, под 12% годовых, срок возврата долга 6 августа 2014 г. Этот долг был обеспечен поручительством без указания конкретного срока действия поручительства. Впоследствии сумма долга увеличилась до 150, проценты возросли до 14, а срок возврата был удлинён — до 1 января 2015 г. Представим себе, что должник не возвратил долг и кредитор обратился 1 февраля 2015 г. в суд с иском о взыскании с поручителя. Применяя позицию Пленума ВАС РФ, которая сформулирована в п. 37 Постановления от 12 июля 2012 г. № 42, следует прийти к следующему выводу: поручитель продолжает отвечать за должника, но на первоначальных условиях обязательства, так как их изменения с ним не согласовывались. Следовательно, с поручителя можно взыскать долг в сумме 100 и проценты на него в размере 12% годовых. Срок предъявления иска — 1 февраля 2015 г. — укладывается в срок существования поручительства исходя из п. 4 ст. 367 Кодекса (один год с момента, когда у кредитора возникло бы требование к должнику исходя из первоначальных условий обязательства, т.е. до 7 августа 2015 г.).

Ситуация не изменилась бы, если бы срок возврата долга был сокращен, например, с 6 августа 2014 г. до 1 апреля 2014 г. При этом кредитору не было бы необ-

ходимости ожидать наступления 6 августа 2014 г. для того, чтобы предъявить иск к поручителю. Дело в том, что одним из элементов правового положения поручителя является, в том числе, и то, что он должен быть готов в любой момент удовлетворить требование кредитора, который получил возможность досрочно требовать от должника возврата долга. Поэтому предъявление требования раньше установленного в договоре поручительства срока не может ухудшать положения поручителя, так как он и так всегда должен быть готов к этому.

Подобный подход ВАС РФ к разрешению вопроса о сохранении поручительства при изменении основного долга объясняется следующим образом. Самые распространенные отношения покрытия, которые объясняют выдачу третьим лицом обеспечения по долгу должника, это отношения корпоративной (дочерние и материнские компании; члены одной группы юридических лиц; общность учредителей и т.п.), родственной или иной аффилированности. В такой ситуации вообще не остается места для рассуждений об ухудшении положения лица, выдавшего обеспечение; ведь он и должник, будучи тесно связаны, должны считаться знающими обо всех изменениях в содержании обеспеченных поручительством обязательств и согласными с ними.

Аналогичного подхода по вопросу о сохранении поручительства при изменении обеспеченного обязательства придерживается и ВС РФ (Определение КГД ВС РФ от 13 сентября 2011 г. № 39-В11-5). Здесь ВС РФ пришел к выводу о том, что поскольку кредитор и должник неоднократно изменяли обязательство без согласия поручителя, то последний не может ссылаться на прекращение своего обязательства перед кредитором, если иск был заявлен кредитором к поручителю на первоначально согласованных с поручителем условиях обязательства.

В итоге эта революция в понимании связи изменений основного обязательства и сохранения поручительства, совершенная судами, была воспринята и законодателем. В итоге в п. 2 ст. 367 ГК РФ в настоящее время установлено именно то правило, которое вывели суды: при изменении основного обязательства поручительство сохраняется на первоначальных условиях.

По сути, это означает, что данная норма является новеллой только формально. Споры, связанные с изменением основного долга до вступления в силу новой редакции норм ГК РФ о поручительстве, должны решаться не на основе формального применения прежнего п. 1 ст. 367 ГК РФ, а правовых позиций высших судов, давших этой норме верное телеологическое толкование.

2.3. В Постановлении Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 есть одно небольшое уточнение по сравнению с текстом нормы п. 2 комментируемой статьи, которое также должно быть принято во внимание. Оно связано с тем, что выдача поручительств за вознаграждение по долгам лиц, обратившихся к таким «профессиональным» поручителям, все же (пусть и очень нечасто), но имеет место. Таким образом, наряду с аффилированностью должника и поручителя имеют место и такие отношения покрытия, объясняющие, почему поручитель выдал обеспечение по долгам третьего лица, как возмездный договор о выдаче поручительства, заключенный между должником и поручителем.

Следует ли и в этом случае совершенно игнорировать возможное влияние изменений обеспеченного обязательства на риски поручителя? По всей видимости, это было бы несправедливо, так как «профессиональный» поручитель, соглашаясь

за вознаграждение выдать поручительство, имеет собственные представления о тех рисках, которые он на себя принимает, и исходя из этих представлений он, во-первых, принимает решение о выдаче или невыдаче поручительства и, во-вторых, о размере вознаграждения за поручительство¹.

Эти обстоятельства учтены Пленумом ВАС РФ в абз. 5 п. 37 Постановления от 12 июля 2012 г. № 42: «Если поручитель докажет, что выдача поручительства за должника была обусловлена иными обстоятельствами, чем наличие общего с должником экономического интереса (например, систематическая выдача поручительств за вознаграждение является одним из видов предпринимательской деятельности поручителя), и в результате не согласованного с ним изменения условий обеспеченного обязательства оно стало заведомо неисполнимым, поручительство прекращается (п. 1 ст. 367 ГК РФ). Однако если будет установлено, что поручитель знал или должен был знать о таких изменениях обязательства, но не выражал своего несогласия с ними, он отвечает на первоначальных условиях обеспеченного обязательства».

Представляется, что эта правовая позиция может применяться и в условиях действующей редакции п. 2 комментируемой статьи. В этих целях норма о сохранении обязательства поручителя на условиях, указанных в договоре поручительства, должна толковаться ограничительно.

2.4. Известно также, что еще один возможный вид отношений покрытия, объясняющих появление поручительства, — это уже имеющиеся долговые отношения между поручителем и должником (поручитель должен должнику и потому он готов обеспечить обязательство должника в пределах суммы своего долга, имея в виду возможность последующего зачета своего долга против перешедшего к нему от кредитора требования).

Хотя в данном случае общий экономический интерес у должника и поручителя отсутствует и формально могла бы быть применена описанная выше правовая позиция из Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42, тем не менее, реального интереса у поручителя в прекращении поручительства нет. Ведь в любом случае — сколько бы ни не был должен должник кредитору — долг поручителя перед должником сохраняется и, уплатив в пределах этого долга кредитору, поручитель получит право на зачет. Единственная проблема в этом случае может возникнуть тогда, когда срок исполнения обеспеченного обязательства был увеличен, и потому оно, даже перейдя к поручителю в порядке суброгации, не будет считаться просроченным, а односторонний зачет его будет затруднен. По всей видимости, в этом случае все дополнительные издержки, которые понесет поручитель, должны быть взысканы с должника, давшего согласие на изменение срока исполнения обеспеченного долга и тем самым ущемившего интересы поручителя, надеявшегося на последующий зачет.

2.5. Безусловно, норма п. 2 комментируемой статьи, хотя и не содержит оговорки о праве сторон согласовать иное, является с точки зрения критериев, закрепленных в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, диспозитивной, и стороны договора поручительства вправе установить, что любое либо определенное изменение основного обязательства может прекратить поручительство.

¹ Разумно предположить, что чем выше риск поручителя, тем выше будет и его вознаграждение.

2.6. Итак, как минимум по общему правилу изменение основного долга будет означать, что поручитель отвечает перед должником на первоначальных условиях. Однако стороны договора поручительства могут установить в договоре, что параметры поручительского обязательства будут автоматически изменяться вместе с изменением основного обязательства. Договорная практика банков выработала очень распространенный прием: заранее устанавливаемое в договоре поручительства согласие поручителя отвечать по долгу должника на любых измененных условиях (иногда в пределах тех или иных лимитов).

Практика ВС РФ по вопросу о содержании заранее данного согласия поручителя отвечать на измененных условиях обязательства, складывавшаяся до реформы норм ГК РФ о поручительстве, свидетельствовала о том, что суды общей юрисдикции фактически не придали значения формулировкам этого согласия. По крайней мере в трех делах ВС РФ признавал поручительство не прекратившимся, указывая на то, что поручитель заранее дал согласие отвечать за любое изменение обязательства (определения КГД ВС РФ от 21 декабря 2010 г. № 16-В10-25, от 22 февраля 2011 г. № 11-В10-16 и от 12 июля 2011 г. № 16-В11-9).

В то же время у заранее данного согласия поручителя отвечать за «любые изменения обязательства» есть серьезный недостаток: юридически значимое согласие должно иметь *предмет*, т.е. быть согласием «с чем-либо». Такое согласие не может абстрактным («согласие с чем угодно»).

Этот тезис имеет как логическую основу (согласным всегда можно быть только *с чем-либо*), так и серьезную юридическую подоплеку. Заранее данное согласие поручителя отвечать за измененное обязательство — это юридически значимое действие, которое открывает широкое поле для злоупотреблений со стороны кредитора. Кроме того, абстрактное согласие отвечать на измененных условиях обязательства может ущемить интересы других кредиторов поручителя, так как делает практически непредсказуемым ответ на вопрос о том, сколько же поручитель будет должен кредитору в случае просрочки должника.

В связи с этим представляется правильным иной ответ на вопрос о содержании заранее выговариваемого согласия поручителя отвечать на измененных условиях обязательства: такое согласие не может быть абстрактным, из него должно быть ясно, в каких пределах поручитель согласился отвечать за изменившееся обязательство. Именно такую правовую позицию Пленум ВАС РФ сформулировал в п. 16 Постановления от 12 июля 2012 г. № 42, а затем поддержал законодатель в абз. 2 п. 2 комментируемой статьи.

Если поручитель абстрактно согласился отвечать за любое изменение обязательства, т.е. указанные пределы изменения обязательства в договоре поручительства не установлены, и при этом обеспеченное обязательство изменилось, то поручитель отвечает перед кредитором на первоначальных условиях обеспеченного обязательства (абз. 1 п. 2 ст. 367 ГК РФ).

2.7. Условие о заранее данном согласии поручителя отвечать за измененное обязательство, даже несмотря на жесткий стандарт содержания такого согласия, в случае навязывания такого условия слабой стороне договора может подвергаться дополнительной судебной проверке с точки зрения доктрины запрета несправедливых договорных условий, которая содержится в ст. 428 ГК РФ (см. также п. 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

3. Перевод долга согласно комментируемому пункту по общему правилу прекращает поручительство, если только поручитель не дал в разумный срок после направления ему уведомления о переводе долга согласие отвечать за нового должника.

Это связано с тем, что перевод долга фактически меняет имущественную массу должника, которая будет отвечать перед поручителем, исполнившим свое обязательство и приобретшим право кредитора в порядке суброгации, на другую имущественную массу – нового должника. При этом, разумеется, поручителя может ждать сюрприз в виде фактически неплатежеспособного нового должника.

3.1. Может ли согласие поручителя отвечать за нового должника при переводе долга быть предварительным (например включено в договор поручительства)? Закон прямо об этом не говорит, но из толкования абз. 2 п. 3 комментируемой статьи это со всей очевидностью вытекает.

При этом подход, схожий с описанным выше в отношении предварительно данного согласия отвечать на измененных условиях, был предложен судами и поддержан законодателем и для этого случая заранее данного согласия поручителя отвечать за нового должника (см. п. 17 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 и абз. 2 п. 3 комментируемой статьи). Таким образом, законодатель устанавливает необходимость указать критерии лиц, при переводе долга на которых поручитель продолжает оставаться связанным поручительством. Такие критерии должны быть достаточно определенные (например, «родственники должника», «любые юридические лица, аффилированные с должником» и т.п.). В случае если в заранее выговоренном согласии поручителя такие критерии отсутствуют и долг был переведен, а согласие поручителя отвечать за нового должника получено не было, то поручительство должно считаться прекратившимся по п. 3 ст. 367 Кодекса.

3.2. Условие о заранее данном согласии поручителя отвечать за нового должника при переводе долга, даже несмотря на жесткий стандарт содержания такого согласия, при навязывании такого условия слабой стороне договора может подвергаться дополнительной судебной проверке с точки зрения доктрины запрета несправедливых договорных условий, которая содержится в ст. 428 ГК РФ (см. также п. 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

4. Все сказанное выше о необходимости защищать поручителя от внезапного изменения имущественной массы, из которой тот будет удовлетворять требования, перешедшие к нему от кредитора, не относится к изменению фигуры должника в результате универсального правопреемства (смерть должника и реорганизация юридического лица-должника).

4.1. Практика ВС РФ по вопросу о том, сохраняется ли поручительство при смерти должника, сформированная в 2006–2012 гг., давала следующий ответ на этот вопрос.

Впервые проблема сохранения поручительства была затронута Судом в Обзоре законодательства и практики ВС РФ за третий квартал 2006 г., утв. Постановлением Президиума ВС РФ от 29 ноября 2006 г. В данном Обзоре содержался следующий вопрос (№ 22): «Требуется ли получение согласия поручителя отвечать за нового должника в случае смерти должника по основному обязательству, обеспеченному договором поручительства, при наличии правопреемника, принявшего наследство? Вправе ли суд удовлетворить требования кредитора в случае отсутствия согласия

поручителя отвечать за правопреемника должника при неисполнении или ненадлежащем исполнении обеспеченного поручительством основного обязательства и возложить в соответствии со ст. 363 ГК РФ такие обязательства на поручителя?» Отвечая на данный вопрос, ВС РФ признал, что поручительство прекращается по следующим основаниям. В соответствии с п. 2 ст. 367 ГК РФ (в дореформенной редакции) поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника. Поэтому в случае смерти должника по основному обязательству, обеспеченному договором поручительства, при наличии правопреемника, принявшего наследство, требуется согласие поручителя отвечать за нового должника, если договор поручительства не содержит в качестве условия согласие поручителя отвечать за исполнение обязательства перед любым новым должником в случае перевода долга по обеспечиваемому обязательству. *Следовательно, при отсутствии согласия поручителя отвечать за правопреемника должника в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения им основного обязательства возложение на него такой обязанности неправомерно.*

Непосредственное применение Судом норм, регулирующих перевод долга, к универсальному правопреемству, вызвало вполне ожидаемую и, в общем-то, правомерную критику. Однако важен сам принцип, сформулированный ВС РФ: *изменение фигуры должника может негативно сказаться на последующих возможностях поручителя по взысканию уплаченных кредитору сумм, и потому поручитель может быть привлечен к ответственности за наследника должника лишь при наличии его, поручителя, согласия.*

Впоследствии предметом рассмотрения в ВС РФ стал следующий спор (Определение КГД ВС РФ от 17 апреля 2007 г. № 45-В06-34). Поручитель дал поручительство за заемщика. Последний скончался, не оставив наследников, выморочное имущество отсутствовало. Суд иск удовлетворил, признав, что обязательства, вытекающие из кредитного договора, не связаны неразрывно с личностью должника. Смертью должника кредитное обязательство не прекращается, а подлежит исполнению поручителями, как солидарными с заемщиком должниками, являющимися ответственными перед банком в том же объеме, что и умерший должник. ВС РФ отменил судебный акт и направил дело на новое рассмотрение, указав, что смерть должника прекратила обеспеченное поручительством кредитное обязательство (в силу ст. 418 ГК РФ). С прекращением указанного обязательства прекращено и поручительство ответчиков (п. 1 ст. 367 ГК РФ), поэтому и предусмотренных законом оснований для удовлетворения заявленных банком требований не имелось. Кроме того, ВС РФ признал, что обязательства, вытекающие из кредитного договора, не связаны неразрывно с личностью должника, они могут быть исполнены его правопреемником либо иным другим лицом, давшим на это свое согласие. Однако это соображение не означает, что долг заемщика, который на других лиц не переводился ни при жизни должника, ни после его смерти, не прекратился после смерти последнего. В этом же деле ВС РФ подчеркнул, что привлечение поручителя к ответственности при фактическом отсутствии должника «противоречит природе поручительства».

В другом деле (Определение КГД ВС РФ от 29 августа 2007 г. № 34-В07-12) ВС РФ развил тезисы, высказанные в Определении от 17 апреля 2007 г. № 45-В06-34. Толкуя п. 1 ст. 418 ГК РФ, ВС РФ указал, что «из данной правовой нормы следует,

что смерть гражданина-должника влечет прекращение обязательства, если только обязанность его исполнения не переходит в порядке правопреемства к наследникам должника или иным лицам, указанным в законе». Суд подчеркнул, что, если в установленный законом срок заявление в нотариальный орган о принятии наследства после смерти заемщика подано не было, следовательно, обязательства заемщика прекратились. По мнению Суда, нормами ГК РФ о поручительстве не предусмотрен переход к поручителю в порядке правопреемства обязанностей по исполнению обязательств должника в случае его смерти. В связи с этим вывод нижестоящего суда о сохранении после смерти должника обязательства по кредитному договору и договору поручительства был признан противоречащим статьям 361, 367, 418 ГК РФ.

Позицию ВС РФ, выраженную в данных определениях, можно описать следующим образом: *отсутствие фигуры наследника влечет за собой безусловное прекращение обязательства должника в соответствии со ст. 418 ГК РФ. Это, в свою очередь, влечет за собой и прекращение поручительства в силу п. 1 ст. 367 Кодекса.*

Вопрос о том, прекращается ли обязательство в случае смерти должника в части, в которой оно не переходит к наследникам (т.е. за пределами стоимости принимаемого ими в составе наследства имущества), является не вполне однозначным в российском праве. В то же время судебная практика ВС РФ исходит из крайне спорной мысли о прекращении обязательства должника в такой ситуации (см. комментарий к ст. 418 ГК РФ). Но даже если предположить, что в ряде случаев смерть должника действительно прекратит обеспеченное обязательство в целом или в части, это никоим образом не должно влиять на сохранение самостоятельного обеспечительного обязательства поручителя.

4.2. В этом плане подход, сформулированный Пленумом ВАС РФ по вопросу о том, что происходит с поручительством в случае смерти должника, был более логичным. По мнению Пленума ВАС РФ (п. 20 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42), смерть должника не прекращает поручительство, за исключением случаев, когда обязательство прекращается смертью гражданина в соответствии со ст. 418 ГК РФ (т.е. когда личность должника имела принципиальное значение в обязательстве). При этом Пленум ВАС РФ также довольно категорично отверг идею применения к описываемой ситуации положений п. 2 ст. 367 ГК РФ в дореформенной редакции (о необходимости получения согласия поручителя при переводе долга). Несмотря на то что в самом тексте пункта обоснование этого подхода отсутствует, оно является очевидным — наследственное правопреемство является разновидностью универсального правопреемства, т.е. случая, когда фигура должника изменяется без какого-либо желания и участия кредиторов, а следовательно, и поручителей. Именно поэтому поручитель становится ответственным за исполнение наследниками, принявшими наследство, обязательств умершего должника.

В итоге законодатель поддержал подход ВАС РФ и прямо указал в комментируемом пункте, что смерть должника ни при каких обстоятельствах не прекращает поручительство; все описанные выше подходы ВС РФ в связи с этим утрачивают свою актуальность и применению не подлежат.

4.3. Поручительство сохраняется и при реорганизации должника. Это можно объяснить тем, что, выдавая поручительство, поручитель принимает на себя подразумеваемый риск неплатежеспособности не только должника, но и его правопреемников.

Однако судебная практика довольно длительное время исходила из того, что поручительство за правопреемника реорганизованного должника сохраняется лишь в том случае, если поручитель дал согласие отвечать за нового должника.

В 2011 году этот вопрос стал предметом рассмотрения в Президиуме ВАС РФ (Постановление от 17 марта 2011 г. № 15762/10). Предметом спора был вопрос о том, *сохраняется ли поручительство в случае, если должник был подвергнут реорганизации в форме выделения, причем обеспеченный долг был передан выделенному юридическому лицу*. Суды, рассматривая спор о признании поручительства прекратившимся, признали, что замена должника в основном обязательстве на юридическое лицо, вновь созданное в результате реорганизации правопреемника путем выделения, влечет за собой прекращение действия договора поручительства. Однако Президиум ВАС РФ не согласился с таким подходом, обратив внимание на то, что согласие поручителя отвечать за нового должника требуется при переводе долга (т.е. переходе долга в силу договора); при реорганизации же долги переходят в силу закона, что исключает возможность применения п. 2 ст. 367 ГК РФ в случае реорганизации должника.

Впоследствии именно такая правовая позиция была сформулирована в п. 19 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42: реорганизация не прекращает поручительство. Теперь этот подход прямо закреплен в комментируемом пункте.

Единственная возможность для поручителя освободить себя от договора поручительства в случае реорганизации должника — это включение в договор поручительства соответствующего отменительного условия. Положение п. 4 комментируемой статьи, хотя и не содержит оговорки о праве сторон согласовать иное, по своему смыслу и целям не может считаться императивным и является однозначно диспозитивным.

4.4. Разумеется, возможны ситуации, в которых реорганизация должника будет существенно нарушать интересы поручителя. Самый очевидный случай — это несправедливое распределение активов и пассивов реорганизуемого должника между правопреемниками в результате разделения или выделения. Например, одному из правопреемников были переданы все долги и неликвидное имущество, а другому, напротив, — все ценное имущество, но долги переданы не были вообще.

Теоретически кредитор мог бы, имея возможность получить соответствующую информацию о планируемом распределении активов, предъявить требование о досрочном исполнении обязательства в соответствии с положениями ст. 60 ГК РФ, однако он по каким-то причинам мог этого не сделать, рассчитывая на то, что он может удовлетворить свое требование за счет поручителя. Поручитель же в такой ситуации не имеет законных оснований возражать против предъявленного к нему требования такого кредитора, ссылаясь на то, что кредитор не заявил реорганизуемому должнику требование о досрочном исполнении (за исключением, пожалуй, случая, когда кредитор действовал осознанно во вред поручителю, т.е. случаев злоупотребления правом, запрещенных ст. 10 ГК РФ). Таким образом, поручитель будет вынужден заплатить кредитору, но полученное им в порядке суброгации требование будет фактически неисполнимо в принудительном порядке, так как у нового должника может не быть никаких активов, на которые можно было бы обратить взыскание.

Эта проблема решается следующим образом. Поручитель может воспользоваться теми же гарантиями при реорганизации должника, что и кредитор. К числу

таких гарантий относится и право кредитора требовать от всех лиц, участвовавших в реорганизации, солидарного исполнения обязательства, в случае если при реорганизации был нарушен принцип справедливого распределения активов и пассивов реорганизуемого юридического лица (п. 5 ст. 60 ГК РФ). Пленум ВАС РФ признал, что такое требование принадлежит и поручителю (см. абз. 2 п. 19 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

Однако очевидно и то, что солидаритет всех правопреемников в обязательстве правопреемника может быть гарантией только в случаях несправедливой реорганизации в форме выделения или разделения. Но в случае присоединения и слияния (например, должника с хорошим имущественным положением с другим лицом, обремененным существенными долгами) эта конструкция уже не может служить защитой поручителю (да и любому кредитору вообще). По всей видимости, в таком случае у поручителя лишь остается иск к участникам юридического лица-должника о возмещении убытков, причиненных принятием решения о реорганизации, если такое решение было принято во вред кредиторам правопреемника.

5. Согласно комментируемой норме поручительство прекратится, если поручитель отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем. Некоторые суды полагали, что эта норма должна применяться и тогда, когда должник обращался к кредитору с просьбой предоставить отсрочку по исполнению обязательства, изменить предмет исполнения обязательства, предоставить отступное и т.п., но кредитор отказался удовлетворить просьбу должника. По сути, прекращая поручительство в описанной ситуации, суды «карали» кредитора за его неуступчивость в отношениях с должником.

Спрашивается, насколько такой подход оправдан? Можно ли лишать обеспечения настойчивого кредитора, который требует от должника исполнения того, к чему последний обязался и не соглашается на компромиссы? Ответ совершенно очевиден: ни в коем случае нельзя. Иной подход, основанный на крайне широком толковании п. 5 ст. 367 ГК РФ, является антикредиторским, он наказывает кредитора только за то, что тот требует исполнения того, что и так ему причитается по обязательству.

Пленум ВАС РФ в свое время не поддержал идею широкого толкования комментируемой нормы, признав, что она не подлежит применению в случае, если должник или поручитель предлагает кредитору отступное (см. п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

6. Довольно много проблем в судебной практике породило и такое основание прекращения поручительства, как истечение сроков, установленных в п. 6 ст. 367 ГК РФ. В соответствии с названной нормой поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. Если такой срок не установлен, оно прекращается, если кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иска к поручителю. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства.

6.1. В этих нормах нельзя найти ответа на вопрос о том, в течение какого срока (если он, разумеется, не установлен договором поручительства) кредитор может предъявить иск к поручителю, обеспечившему уже просроченное обязательство (послесрочное поручительство). Пленум ВАС РФ, толкуя указанные положения, признал, что если поручительством обеспечивается обязательство, срок исполнения которого в момент заключения договора поручительства наступил и которое не исполнено должником, то при отсутствии иного указания в договоре поручительства оно прекращается, если кредитор в течение года со дня заключения договора поручительства не предъявит иска к поручителю. В результате к послесрочному поручительству был применен тот же подход, который законодатель предусмотрел для поручительств, вообще не содержащих срока действия: кредитор, обязательство перед которым просрочено, должен в течение некоторого времени явно выразить намерение воспользоваться правами по обеспечительной сделке. Иное будет означать, что поручитель в течение неопределенного периода времени будет пребывать в «подвешенном» состоянии, ожидая иска кредитора. Законодатель считал, что разумный срок для того, чтобы кредитор мог обозначить свое намерение воспользоваться обеспечительными правами, составляет год. И именно поэтому Пленум ВАС РФ, обсуждая поручительство по тем обязательствам, которые в момент выдачи обеспечения уже были просрочены, применил аналогичный подход (см. абз. 3 п. 33 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

6.2. Еще одна интересная проблема, связанная с применением п. 6 ст. 367 ГК РФ, — это вопрос о том, с какого момента кредитор, чьи требования защищаются не путем предъявления самостоятельного иска к поручителю, а иным образом, считается предъявившим требование по договору поручительства.

Обсуждаемый вопрос может встать в следующих ситуациях: во-первых, это случай, когда юридическое лицо-поручитель находится в состоянии ликвидации, и, во-вторых, случай банкротства поручителя. В первом случае требование кредитора защищается путем подачи требования ликвидатору поручителя, во втором — путем подачи заявления об установлении требования в деле о банкротстве поручителя. По своей природе оба эти действия ничем не отличаются от подачи иска — их совершение свидетельствует о том, что кредитор заинтересован в реализации своих прав по обеспечительной сделке. Соответственно, должно считаться, что кредитором были соблюдены сроки, установленные п. 6 ст. 367 ГК РФ, если он до истечения этих сроков заявил требование ликвидационной комиссии в ходе процедуры ликвидации поручителя — юридического лица или подал заявление об установлении требований в деле о банкротстве поручителя (абз. 4 п. 33 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

6.3. Комментируемая норма говорит о том, что при отсутствии конкретного срока действия поручительства годичный срок начинает отсчитываться от момента наступления срока исполнения обеспечиваемого обязательства. Но что конкретно это значит? Ведь во многих случаях момент, когда наступает срок исполнения обязательства, и момент, когда начинается просрочка, не совпадают.

Это происходит тогда, когда срок исполнения должником обязательства предстает в виде определенного периода времени. Например, у заемщика по договору кредита обычно есть определенный период времени, в течение которого он может погасить соответствующую часть долга и проценты за предшествующий расчетный

месяц. Просрочка наступает не на следующий день после окончания расчетного месяца, а по истечении этого периода для оплаты.

С точки зрения русского языка фраза «наступает срок» в контексте срока в виде периода времени означает не окончание этого срока, а начало его исчисления (наступило лето, наступила старость и т.п.). Соответственно, в такого рода случаях срок исполнения обязательства наступает, когда этот период начинает течь (должник уже может погасить долг в любой из дней в рамках этого периода), но просрочка — с момента, когда этот период оканчивается.

Соответственно, при буквальном толковании год следует отсчитывать не с момента просрочки, а с момента начала исчисления периода для погашения долга (при наличии договоренности о сроке исполнения в виде периода времени). В то же время с учетом того, что, как не раз отмечалось, условием права, запускающим созревание обязательства поручителя, является просрочка должника, логично предположить, что и срок действия поручительства при отсутствии четких указаний на сей счет в договоре должен рассчитываться с момента просрочки. Соответственно, указание в комментируемой норме на наступление срока исполнения следует толковать не буквально.

6.4. Довольно длительное время в судебной практике обсуждался вопрос о природе сроков, установленных в п. 6 ст. 367 Кодекса: являются ли они пресекательными сроками, установленными законом для существования права кредитора требовать исполнения поручителем своего обязательства, или же это срок для защиты этого права, т.е. срок исковой давности.

Различия между правовыми последствиями квалификации этих сроков довольно значительны. Так, течение срока исковой давности может быть прервано, приостановлено или возобновлено после истечения; пропущенный по уважительной причине срок исковой давности может быть восстановлен судом; о применении исковой давности должно быть заявлено стороной в деле. К пресекательным срокам все эти правила не применяются.

Формулировки п. 6 ст. 367 Кодекса недвусмысленно свидетельствуют в пользу того, что установленные им сроки являются сроками существования поручительства, а не сроками исковой давности. Это следует из употребляемых законодателем выражений: в законе сказано, что «поручительство прекращается», а не «иск должен быть предъявлен поручителем в течение...». Если бы в законе фигурировала последняя формулировка, это свидетельствовало бы о том, что этот срок является сроком исковой давности. На это обратил внимание Пленум ВАС РФ в абз. 5 п. 33 Постановления от 12 июля 2012 г. № 42, также присоединившись к взгляду на сроки поручительства как на сроки существования прав кредитора по отношению к поручителю, а не как на сроки исковой давности.

6.5. Еще одна проблема, связанная с применением правил ГК РФ о сроках существования поручительства, — это сочетание возможности кредитора потребовать досрочного исполнения обязательства от должника и требований к поручителю.

Здесь следует различать несколько ситуаций. Первая из них — когда поручительство содержит срок, в течение которого кредитор должен предъявить иск к поручителю. В этом случае Пленум ВАС РФ в абз. 1 п. 34 Постановления от 12 июля 2012 г. № 42 пришел к выводу, что предъявление досрочных требований к должнику не изменяет порядок течения срока поручительства, оно существует до срока,

установленного в договоре поручительства. Например, долг должника, возникший 1 марта 2008 г., должен был быть исполнен 1 марта 2013 г., срок поручительства был установлен до 1 марта 2015 г. В марте 2011 г. возникло основание для досрочного исполнения обязательства, и кредитор предъявил к должнику соответствующее требование, которое не было удовлетворено должником. К поручителю требование было предъявлено в мае 2012 г. Поручитель не может ссылаться на истечение годичного срока для предъявления к нему требования, установленного во втором предложении п. 4 ст. 367 ГК РФ, так как срок существования поручительства определен договором поручительства и кредитор может предъявить иск к поручителю до 1 марта 2015 г. Способом защиты интересов поручителя в описанной ситуации значительного разрыва срока исполнения основного долга и обязательства поручителя может быть заявление им в соответствии со ст. 364 ГК РФ принадлежащего должнику возражения о применении исковой давности по основному требованию.

6.6. Иным должно быть решение для ситуации, когда срок действия поручительства не установлен. В этом случае срок существования поручительства тесно связан с моментом возникновения у кредитора возможности требовать от должника досрочного исполнения обязательства. И тогда можно обнаружить почву для применения второго предложения комментируемого пункта ст. 367 ГК РФ, устанавливающего годичный срок (со дня наступления срока исполнения обеспеченного обязательства) для предъявления требования к поручителю. Именно такое разъяснение и содержится во втором абзаце п. 34 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42.

6.7. Иногда на практике стороны договора поручительства определяют срок действия поручительства таким образом: «поручительство действует до полного исполнения должником своих обязательств перед кредитором».

В свое время Президиум ВАС РФ довольно жестко высказался по поводу подобного рода условия: *условие договора о действии поручительства до фактического исполнения обеспечиваемого обязательства не может рассматриваться как устанавливающее срок действия поручительства, поскольку не соответствует требованиям ст. 190 ГК РФ* (см. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 января 1998 г. № 28).

Этот подход был дважды применен ВАС РФ при рассмотрении конкретных споров в порядке надзора. В первом из дел (Постановление Президиума ВАС РФ от 31 октября 2000 г. № 261/00) Президиум ВАС РФ, по сути, исключил возможность установления в договоре поручительства срока «до исполнения должником обязательства», признав, что, «удовлетворяя иск продавца векселей к поручителю, судебные инстанции ошибочно исходили из того, что поскольку срок действия договора купли-продажи установлен до его полного исполнения, то и поручитель несет ответственность перед кредитором также до полного исполнения основного обязательства. В соответствии со статьей 190 ГК РФ установленный сделкой срок определяется календарной датой или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами. Срок может определяться также указанием на событие, которое должно неизбежно наступить».

В более позднем деле (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 июня 2010 г. № 2751/10) Президиум ВАС РФ подтвердил приверженность этой позиции, сочтя, что «предусмотренное в договоре поручительства условие о действии поручительства до фактического исполнения основного договора не может считаться условием

о сроке». Логика дальнейших рассуждений Президиума ВАС РФ довольно очевидна: коль скоро условие договора поручительства о сроке отсутствует, то подлежит применению общее правило ст. 367 ГК РФ о том, что поручительство прекращается, если кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иск к поручителю.

Наконец, тот же строгий вывод воспроизводится и в абз. 3 п. 34 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42. Этой же позиции придерживается и ВС РФ (определения КГД ВС РФ от 22 октября 2013 г. № 18-КГ13-101; от 1 апреля 2014 г. № 18-КГ14-5; от 10 ноября 2015 г. № 80-КГ15-18)

Такой подход игнорирует явно выраженную волю сторон договора поручительства, т.е. существенно ограничивает свободу договора, и потому требует не только формального догматического объяснения, но и подкрепления его политико-правовыми соображениями.

Строго говоря, конечность срока поручительства призвана защищать поручителя от неопределенно длительного пребывания в состоянии обязанного лица. Именно поэтому закон предоставляет поручителю либо возможность точно договориться о сроке, на который будет выдано поручительство, либо устанавливает для него гарантию в виде годового срока существования поручительства после просрочки (либо двухлетнего срока со дня заключения договора поручительства по обязательствам, не содержащим указание на срок). Из совокупности этих правил можно сделать вывод, что период существования поручительства не может быть неопределенным, так как «вечные» обязанности противоречат идее свободы воли, являющейся центральной в частном праве.

Однако условие о существовании поручительства «до полного исполнения должником обязательства» вносит в отношения кредитора и поручителя элемент неопределенности, причем этот элемент связан не с действиями или бездействием самих сторон договора, а с поведением третьего лица. Следовательно, такая неопределенность носит неустранимый самими сторонами договора поручительства (в первую очередь поручителем) характер, и потому она не укладывается в существующую идеологию всегда определенного срока существования поручительства.

Конечно, можно попытаться возразить следующим образом: если обеспеченное обязательство не будет исполняться должником в течение очень длительного времени, то поручитель, хотя и оставаясь связанным поручительством, может, тем не менее, прибегнуть к защите путем заявления возражения об истечении исковой давности по основному требованию. Но российская судебная практика, видимо, считает этот аргумент недостаточно убедительным. Поэтому, по всей видимости, с точки зрения устранения такой неопределенности подход, не допускающий поручительство, действующее «до полного исполнения должником всех обязательств», является актуальным до настоящего времени.

6.8. Что происходит с обязательством поручителя, если иск к нему был предъявлен до истечения срока, а впоследствии срок действия поручительства истек? Очевидно, что в таком случае обязательство не должно прекращаться. Иначе говоря, поручительство прекращается, только если в соответствующий срок кредитор не предъявил иск к поручителю.

Это не следует из буквального прочтения первого предложения абз. 1 комментируемого пункта, регулирующего ситуацию наличия в договоре поручительства

срока его действия, но вытекает из толкования данной нормы в системном единстве со вторым и третьим предложениями данного абзаца. Похожее решение прямо закреплено в п. 1 ст. IV.G.-2:108 Модельных правил европейского частного права.

При этом, судя по всему, согласно российскому закону в указанный срок должен быть предъявлен именно иск (либо требование ликвидатору или заявление об установлении требования в банкротстве), но не простая претензия.

§ 6. Независимая гарантия

Статья 368. Понятие и форма независимой гарантии

1. По независимой гарантии гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства. Требование об определенной денежной сумме считается соблюденным, если условия независимой гарантии позволяют установить подлежащую выплате денежную сумму на момент исполнения обязательства гарантом.

2. Независимая гарантия выдается в письменной форме (пункт 2 статьи 434), позволяющей достоверно определить условия гарантии и удостовериться в подлинности ее выдачи определенным лицом в порядке, установленном законодательством, обычаями или соглашением гаранта с бенефициаром.

3. Независимые гарантии могут выдаваться банками или иными кредитными организациями (банковские гарантии), а также другими коммерческими организациями.

К обязательствам лиц, не указанных в абзаце первом настоящего пункта и выдавших независимую гарантию, применяются правила о договоре поручительства.

4. В независимой гарантии должны быть указаны:

дата выдачи;

принципал;

бенефициар;

гарант;

основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается гарантией;

денежная сумма, подлежащая выплате, или порядок ее определения;

срок действия гарантии;

обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии.

В независимой гарантии может содержаться условие об уменьшении или увеличении суммы гарантии при наступлении определенного срока или определенного события.

5. Правила настоящего параграфа применяются также в случаях, когда обязательство лица, предоставившего обеспечение, состоит в передаче акций, облигаций или вещей, определенных родовыми признаками, если иное не вытекает из существа отношений.

Комментарий

1. Независимая (до 1 июня 2015 г. — банковская) гарантия — это личный неакцессорный способ обеспечения обязательств. Его существо заключается в том, что

дополнительно к имущественной массе должника, которая изначально ответственна перед кредитором, последний приобретает право удовлетворяться из имущественной массы другого лица – гаранта. В этом смысле гарантия очень близка к другому личному способу обеспечения – поручительству.

1.1. Как и в случае с поручительством у гаранта возникает самостоятельный долг перед кредитором (бенефициаром), погашение которого гарантом приводит к признанию исполненным обеспеченного обязательства. Основное отличие гарантии от поручительства заключается в том, что первая является неакцессорным обеспечением, а поручительство – акцессорное обеспечение. Наиболее значимое различие между гарантией и поручительством заключается в том, что гарант (в отличие от поручителя) не имеет права на заявление кредитору личных возражений, которые мог бы выдвинуть против требования кредитора должник.

Иными словами, разницу между гарантией и поручительством можно описать так: поручитель платит, потому что должник не исполнил обязательство и кредитор (бенефициар) предъявил требование гаранту об оплате, при этом реальное состояние взаимоотношений кредитора (бенефициара) и должника (принципала) для гаранта значения не имеет.

В связи с неакцессорностью обязательства гаранта обратное его требование к должнику (принципалу) о возмещении уплаченного является регрессным (т.е. вновь возникшим, не связанным вообще с долгом должника перед кредитором); положения о суброгации (которые объясняют переход обеспеченного долга к поручителю, исполнившему обязательство) к этому требованию не применяются. Именно поэтому принципал не может выдвигать против гаранта возражения, которые вытекают из его отношений с бенефициаром, он просто обязан возместить гаранту уплаченное. Однако если принципал полагает, что бенефициар в результате платежа гаранта получил недолжное (и это затронуло имущественные интересы принципала), он может предъявить соответствующий иск к бенефициару о возврате неосновательно полученного.

В целом с точки зрения правовой политики позиция кредитора по гарантии отличается от позиции кредитора по поручительству тем, что в случае с гарантией кредитор может получить исполнение от гаранта, а при возникновении проблем в отношениях с должником ожидать иска от последнего, в котором должник будет доказывать, что у него были основания не платить и те или иные возражения против требования кредитора. В случае же с поручительством кредитор, конфликтующий с должником, неизбежно окажется втянутым в конфликт с лицом, предоставившим обеспечение (поручителем), которое выдвинет против него те же возражения, что и должник. Таким образом, кредитор вынужден предъявлять иск к поручителю, доказывая, что оснований для задержки должником платежа нет.

Непонимание этой фундаментальной особенности юридической конструкции независимой (ранее – банковской) гарантии приводит к тому, что при рассмотрении дел о взыскании с гаранта денежных средств по гарантии некоторые суды начинают тщательно изучать состояние отношений бенефициара и принципала, хотя это не имеет никакого отношения к требованию бенефициара о совершении платежа (см. об этом комментарии к ст. 370, 375¹, 376 ГК РФ).

1.2. Независимый и неакцессорный характер обязательства гаранта сближает гарантию с векселем. Помимо того, что вексель является ценной бумагой и потому

обладает качеством свободной обращаемости, есть еще одно различие. Вексельная сумма должна быть определенной, а не определенной. В случае же с гарантией законодатель допускает определенный характер денежной суммы, подлежащей уплате гарантом бенефициару. Это одно из немногих проявлений экономической (но не юридической!) связи между обязательством гаранта и обязательством должника перед бенефициаром. Например, гарантия может содержать указание на то, что гарант обязан уплатить бенефициару сумму невозвращенного и неотработанного подрядчиком аванса, но не более чем столько-то миллионов рублей. Бенефициар-кредитор самостоятельно определяет сумму задолженности подрядчика и предъявляет требование об уплате этой определенной им денежной суммы гаранту.

1.3. Еще одним существенным отличием гарантии от поручительства является то, что здесь не возникает процессуальный солидаритет: кредитор не может предъявить требование к гаранту и основному должнику как к солидарным должникам.

Это объясняется тем, что требование бенефициара к гаранту не связано общими возражениями (общими с точки зрения процессуального доказывания фактами) с требованием кредитора к должнику. В связи с этим совместное рассмотрение требования к должнику и требования к гаранту не привнесет в процесс никакой экономии. По всей видимости, руководствуясь именно этими соображениями, законодатель не вводит норму о процессуальной солидарности ответственности гаранта и принципала перед должником.

1.4. Указание в п. 1 комментируемой статьи на то, что гарантия выдается по просьбе должника, требует пояснения. Безусловно, на практике независимые гарантии выдаются чаще всего на основе того, что принципал заключает с гарантом договор о выдаче гарантии (как правило, возмездный). Как минимум банки выдают независимые гарантии только в таком случае, получая за принятие на себя обеспечительного обязательства определенное вознаграждение.

Соответственно в подобных случаях «просьба должника» оформляется договором. Но с учетом того, что по действующей редакции ГК РФ независимые гарантии вправе выдавать и другие предприниматели, могут сложиться ситуации, когда отношения покрытия, раскрывающие причину выдачи гарантии, реализуются не в форме предварительного заключения договора между принципалом и гарантом, а в иной форме. При этом чаще всего и здесь гарант будет выдавать гарантию на основании некоего обращения должника (принципала). Например, такая ситуация будет иметь место, когда дочернее общество попросит материнскую компанию выдать независимую гарантию в обеспечение долга.

Во всех подобных случаях действительность гарантии не зависит от отношений покрытия, на что прямо указано в п. 1 ст. 370 ГК РФ. Если договор о выдаче гарантии по какой-то причине недействителен, это никак не сказывается на действительности гарантии.

1.5. Здесь возникает важный вопрос о последствиях выдачи гарантии без просьбы должника.

Допустим, гарант по какой-то причине выдал гарантию бенефициару без согласия должника или договор о выдаче гарантии, в котором та самая указанная в п. 1 комментируемой статьи просьба должника и отражалась, был признан недействительным по причине того или иного порока воли принципала или незаключенным по причине подделки его подписи. Влияют ли эти обстоятельства на действительность гарантии?

С одной стороны, если исходить из того, что «просьба» должника является каким-то принципиальным условием действительности отношений по гарантии, это может крайне серьезно ударить по интересам бенефициара, который в большинстве случаев проверить действительность отношений покрытия не может. Подобный риск существенно усложнит практику применения гарантий в коммерческом обороте. Бенефициары будут вынуждены погружаться в проверку того, что просьба бенефициара о выдаче гарантии, обращенная к гаранту, действительно имела место. Даже при самой тщательной проверке бенефициар быть абсолютно уверенным в этом не сможет. В итоге это породит череду споров о действительности гарантии и во многом лишит такие гарантии смысла.

При этом с учетом того, что принципалу и гаранту, вошедшим в сговор, как правило, не составит труда в суде изобрести какой-либо повод придаться к действительности отношений покрытия, положение бенефициара оказывается особенно шатким.

Но, с другой стороны, вариант выдачи гарантии без просьбы должника может использоваться недобросовестным кредитором с целью лишить должника возможности выдвигать возражения против притязаний кредитора. Для этого кредитору требуется лишь симитировать получение гарантии от некоего аффилированного лица, далее получить от гаранта платеж, после чего руками этого гаранта предъявить регрессный иск к должнику, в рамках которого в силу общих правил о регрессе должник не сможет выдвигать гаранту возражения, которые у него имелись против бенефициара (см. комментарий к ст. 379 ГК РФ). Кроме того, такое новое регрессное требование будет иметь обновленную исковую давность (см. ст. 200 ГК РФ).

При этом если до 1 июня 2015 г. вероятность возникновения таких случаев была крайне низка в силу того, что гарантии могли выдаваться только банками или страховыми компаниями, то сейчас в условиях, когда гарантии вправе выдавать любые коммерческие организации (см. п. 3 комментируемой статьи), пространство для злоупотреблений может увеличиться. Должнику будет достаточно затруднительно доказать недобросовестный сговор бенефициара и гаранта на практике.

Решение данной проблемы, видимо, состоит не в признании гарантии, выданной без просьбы должника, недействительной и не в поражении в правах по гарантии бенефициара, а в предоставлении должнику права выдвигать против регрессного иска выплатившего долг по гарантии гаранта возражения, которые у должника имелись в отношении кредитора (бенефициара). Основой для такой позиции будут положения о последствиях недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1, ст. 10 ГК РФ).

2. Гарантия является односторонней сделкой и влечет возникновение обязательства гаранта без необходимости выражения бенефициаром своей воли вступить в соответствующие права по гарантии (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. № 27).

В то же время нет никаких причин запрещать оформлять независимые гарантии в виде соглашения между гарантом и бенефициаром. Тут работает принцип *a fortiori*: если закон позволяет породить правоотношения по гарантии на основе одностороннего волеизъявления гаранта, то тем более он допускает формирование тех же правоотношений и посредством соглашения сторон.

2.1. Гарантия выдается в письменной форме, т.е. выражается на бумаге и заверяется подписью.

Может ли гарантия выдаваться в электронной форме? В п. 3 постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14 была подтверждена возможность выдачи банковской гарантии в электронной форме, в частности, с использованием телекоммуникационной системы *SWIFT* (СВИФТ). СВИФТ (*SWIFT – Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*) представляет собой международную систему передачи информации и осуществления платежей, позволяющую обмениваться защищенными электронными сообщениями и предназначенную для коммуникации между банками разных стран. До принятия Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14 суды практически единодушно считали, что поскольку банковская гарантия представляет собой одностороннюю сделку, то она может быть выдана только путем составления письменного документа, выражающего ее содержание и подписанного уполномоченным лицом гаранта. Иная форма банковской гарантии (например, путем направления электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы *SWIFT*) допускалась лишь при наличии соглашения между гарантом и бенефициаром о возможности использования такого способа выдачи гарантии.

Но в международной практике выдача гарантий в форме электронных *SWIFT*-сообщений распространена весьма широко; причем российские банки, участвующие в международных финансовых операциях, также широко используют систему *SWIFT*. В связи с этим у иностранных и российских банков, сталкивающихся с такой ситуацией, позиция российских судов, отказывающихся признавать юридическую силу за волеизъявлением, подтвержденным *SWIFT*-сообщениями, вызывала, мягко говоря, недоумение.

В самом ГК РФ нет и не было запрета на совершение односторонней сделки путем направления одной из сторон соответствующего документа при помощи почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи. Более того, в ГК РФ имеется норма, которая позволяет применять правила об обязательствах и договорах к односторонним сделкам, если это не противоречит закону, одностороннему характеру и существу сделки (ст. 156 ГК РФ). Безусловно, что в случае с электронной формой банковской гарантии такого противоречия нет. С учетом того, что ст. 434 ГК РФ прямо допускает заключение договоров посредством обмена электронными сообщениями, есть все основания считать, что закон предоставляет возможность совершения односторонней сделки путем передачи лицом, совершающим такую сделку, электронного сообщения, содержащего соответствующее волеизъявление. Главное, чтобы можно было достоверно установить, что документ исходит именно от лица, совершившего такую одностороннюю сделку (п. 2 ст. 434 ГК РФ). Система *SWIFT* идентифицировать отправителя позволяет.

Но отправка электронного сообщения через систему *SWIFT* является не единственным вариантом выдачи гарантий посредством электронного сообщения. Судебная практика в частности признает возможность выдачи независимой гарантии в электронной форме посредством ее заверения усиленной электронной подписью и фиксации факта ее выдачи на специализированном сайте в рамках реализации законодательства о государственных закупках (определения КЭС ВС РФ от 21 ноября 2016 г. № 305-ЭС16-10047 и № 305-ЭС16-9281). Подробнее о возможности совершения сделок посредством направления электронных сообщений и об условиях

признания соблюденной письменной формы сделки при электронной коммуникации см. комментарий к ст. 434 ГК РФ.

Любопытно, что выдача гарантии в форме электронного сообщения (например, при помощи системы *SWIFT*) часто позволяет бенефициару в большей степени быть уверенным в том, что воля гаранта действительно была выдана, чем при получении простого письменного документа с подписью, особенно когда такой документ передается бенефициару не сам гарант, а принципал (проверить подлинность подписи на соответствующей бумаге бенефициару очень сложно).

3. Гарантом по независимой гарантии может быть любая коммерческая организация, а не только банк или страховая организация (как было до 1 июня 2015 г.).

3.1. В этом нововведении есть логика: такой сложный и сопряженный с повышенным риском предъявления необоснованных требований кредитора неакцессорный обеспечительный инструмент, как независимая гарантия, действительно должен быть доступен только наиболее искушенным участникам оборота – предпринимателям. При этом вряд ли было бы верным утверждение, что только банки и страховые компании (профессиональные участники финансового рынка) могут осознанно принимать на себя риски, связанные с выдачей неакцессорного обеспечения.

Кроме того, следует иметь в виду, что прежняя редакция нормы ст. 364 ГК РФ, действовавшая до 1 июня 2015 г., позволяла блокировать для поручителя выдвижение возражений, которые мог бы выдвинуть должник. Таким образом, диспозитивность прежних правил о возражениях поручителя предоставляла возможность порождения договором поручительства в значительной степени неакцессорных личных обеспечений (по сути – гарантий). Выходило довольно нелогичное решение: неакцессорное поручительство мог выдать кто угодно, даже обычные граждане, но те же неакцессорные обеспечения в виде гарантий могли быть выданы только банками и страховыми компаниями.

В настоящее время в законодательном решении есть определенная логика: поручительство строго акцессорно и блокировка выдвижения возражений должника для поручителя не допускается. Впрочем, отражение этой идеи в тексте ст. 364 ГК РФ крайне противоречиво, (см. комментарий к ст. 364 ГК РФ). При этом любой субъект предпринимательской деятельности имеет право выдавать неакцессорное личное обеспечение, называемое теперь независимой гарантией.

Возможно, что через некоторое время в практике будет наблюдаться интенсификация выдачи коммерсантами независимых гарантий как более удобного для кредитора обеспечения.

В принципе такой подход соответствует тому, что происходит в мировой торговой практике. Известный международно-правовой акт, устанавливающий регулирование независимых гарантий по требованию (Унифицированные правила для гарантий по требованию (публикация Международной торговой палаты № 758)), не вводит каких-либо ограничений по субъектам, имеющим право выдавать гарантии.

3.2. Действующая редакция комментируемого пункта поднимает вопрос о том, могут ли индивидуальные предприниматели выдавать независимые гарантии. С учетом нормы п. 3 ст. 23 ГК РФ о том, что к индивидуальным предпринимателям применяются правила ГК РФ о коммерческих юридических лицах, представляется, что ответ на этот вопрос должен быть утвердительным.

3.3. Согласно п. 3 комментируемой статьи «к обязательствам лиц, не указанных в абзаце первом настоящего пункта и выдавших независимую гарантию, применяются правила о договоре поручительства». Иначе говоря, если лицо, не являющееся коммерческой организацией или индивидуальным предпринимателем, оформило документ под названием «независимая гарантия», по своему содержанию соответствующий квалифицирующим признакам такой гарантии, данная сделка не должна признаваться ничтожной. Вместо этого должна происходить так называемая конверсия: такая односторонняя сделка должна порождать отношения по поручительству.

Тот факт, что поручительство является договором, а здесь речь идет об односторонней сделке не имеет принципиального значения.

Во-первых, в силу того, что на такую конверсию прямо указывает закон.

Во-вторых, в силу того, что в принципе нет серьезных оснований блокировать возможность формирования отношений по поручительству на основании односторонней сделки поручителя (см. комментарий к ст. 362 ГК РФ).

4. Закон устанавливает восемь обязательных (существенных) условий независимой гарантии.

Кодекс не устанавливает последствия нарушения правил о существенных условиях гарантии. Представляется, что в данном случае с учетом применимости общих правил о договорах к односторонним сделкам (ст. 156 ГК РФ) следует применять положения ст. 432 ГК РФ о том, что при отсутствии существенных условий договора такой договор считается незаключенным.

Гарантия в случае отсутствия того или иного существенного условия не может порождать правовых последствий, сопряженных именно с выдачей гарантии. В то же время если соответствующий документ не содержит существенного условия гарантии, но в нем есть существенные условия договора поручительства, разумно осуществлять конверсию: такой документ можно рассматривать в качестве односторонней сделки по выдаче поручительства. Например, если в гарантии отсутствует существенное условие о ее сроке, ничто не препятствует применению к такому документу режима поручительства и, в частности, диспозитивных правил ГК РФ, восполняющих такой пробел в отношении договора поручительства (ст. 363 ГК РФ).

Подробнее о возможности формирования обязательства поручителя на основании односторонней сделки см. комментарий к ст. 362 ГК РФ.

4.1. Из существенных условий, указанных в п. 4 ст. 368 ГК РФ, отдельного комментирования заслуживают лишь пять из них. Другие три существенных условия гарантии (дата выдачи гарантии, принципал и гарант) довольно просты и в отдельном обсуждении не нуждаются.

(а) Указание на то, что в гарантии должен быть обозначен бенефициар, означает, что допускаясь ранее судебной практикой гарантии на предъявителя (в связи с тем, что ГК РФ не устанавливал такого существенного условия гарантии, как указание бенефициара, ср. п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. № 27) с 1 июня 2015 г. стали невозможны.

В то же время дискуссионным вопросом может быть возможность выдачи гарантий без указания определенного бенефициара, но с фиксацией процедуры определения бенефициара. С одной стороны, ст. 430 ГК РФ допускает заключение договора в пользу неопределенного, но определимого третьего лица, что наталкивает на мысль

о возможной аналогии закона. С другой стороны, имеются определенные сомнения в том, что природа независимой гарантии сочетается с такой деформализацией.

(б) В гарантии должно быть указано основное обязательство, исполнение по которому обеспечивается гарантией.

Проблема стандарта описания обеспеченного гарантией обязательства довольно длительное время была острой в судебной практике. Суды колебались, отвечая на вопрос о том, насколько детально гаранту следует описывать то обязательство, в обеспечение которого выдана гарантия.

Некоторые суды придерживались следующей позиции. Неакцессорность банковской гарантии подразумевает, что описание обеспеченного гарантией обязательства может быть самым общим и потому подробная идентификация обеспечиваемого обязательства не требуется. Другие же, напротив, признавали гарантию ничтожной со ссылкой на отсутствие конкретизации обеспечиваемого обязательства в рамках договора, ссылка на который приведена в тексте гарантии.

В то же время если исходить из смысла норм § 6 гл. 23 ГК РФ, то независимая гарантия является единственным способом обеспечения, который практически лишен свойства акцессорности, т.е. не зависит от основного обязательства. Поэтому требование подробного описания обеспечиваемого обязательства противоречит сути гарантии, которая в отличие от залога или поручительства, для которых необходима более высокая степень детализации обеспечиваемых обязательств, носит абстрактный характер.

При рассмотрении вопроса о стандарте описания в гарантии обеспеченного долга ВАС РФ пришел к достаточно либеральному выводу и существенно смягчил требования к описанию обеспеченного обязательства в банковской гарантии. По мнению ВАС РФ (п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14), в гарантии достаточно упомянуть обеспечиваемый договор (например, указанием на его число и номер) либо описать характер обязательства (например, основной долг и проценты по определенному договору или виду договоров, основной долг и убытки). Специально детализировать существо обеспеченного обязательства в гарантии необходимости нет. Позиция, изложенная в данном Постановлении, должна свести на нет процессуальную тактику, когда гарант или принципал, ссылаясь на некорректность описания в гарантии обеспеченного обязательства, настаивали на признании выдачи банковской гарантии недействительной или несостоявшейся сделкой.

Указания в гарантии на то, что она обеспечивает какое-либо конкретное обязательство, может иметь значение для целей идентификации гарантии (ср. ст. 5 Унифицированных правил для гарантий по требованию).

Также следует отметить, что указание на обеспечиваемое обязательство может иметь значение в том случае, если обсуждается ситуация получения бенефициаром двойного платежа (и от принципала, и от гаранта, об этом см. комментарий к ст. 376 ГК РФ).

Может ли быть выдана гарантия в обеспечение будущих и еще не возникших обязательств или вовсе любых денежных обязательств принципала перед бенефициаром? С учетом того, что п. 2 ст. 339 и п. 3 ст. 361 ГК РФ допускают такую возможность в отношении таких акцессорных обеспечений, как залог и поручительство, выдаваемые лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, никаких сомнений в том, что возможна и аналогичная модель независимой гарантии, быть не может.

В частности, судебная практика ВАС РФ допускала возможность выдачи гарантии для обеспечения будущих обязательств (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 ноября 1998 г. № 6429/98). Иначе говоря, существенное условие в виде идентификации обеспечиваемого обязательства будет считаться зафиксированным в гарантии и тогда, когда в гарантии прямо указывается на то, что она обеспечивает то или иное обязательство, которое может возникнуть в будущем либо в принципе любые обязательства принципала перед бенефициаром.

(в) В гарантии должна быть указана денежная сумма, подлежащая выплате, или порядок ее определения. Иными словами, сумма гарантии может быть как определенной, так и определенной. Например, в гарантии может быть указано, что гарант обязан уплатить денежную сумму, которая будет определена как задолженность покупателя по договорам поставки, в обеспечение которых выдается гарантия. Разумеется, во избежание неожиданностей в части определения суммы долга в гарантии целесообразно указывать в таком случае максимальный предел суммы, которую гарант обязуется уплатить.

(г) В гарантии должен быть указан срок действия гарантии. Как уже отмечалось выше, отсутствие срока в гарантии влечет за собой признание гарантийного обязательства невозникшим (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. № 27; Постановление Президиума ВАС РФ от 27 февраля 2001 г. № 6437/00). Однако, как уже отмечалось, такой подход не отвергает возможность квалификации соответствующих правоотношений в качестве поручительства с применением правил ГК РФ о сроке поручительства (см. ст. 367 ГК РФ).

Долгое время для судебной практики было проблемой, как следует оценивать гарантии, срок действия которых заведомо меньше, чем срок исполнения обязательств по договору.

Согласно ст. 378 ГК РФ обязательство гаранта перед бенефициаром прекращается окончанием срока, на который выдана гарантия. При этом закон не требует, чтобы этот срок превышал или был равен сроку исполнения обязательства. Однако зачастую суды считали гарантию, выданную на меньший срок, чем обеспечиваемое обязательство, ничтожной. Эту позицию в свое время даже поддержал Президиум ВАС РФ при рассмотрении нескольких дел в порядке надзора (см. постановления Президиума ВАС РФ от 31 мая 2005 г. № 929/05, от 25 ноября 1997 г. № 8065/95). Эта позиция получила широкое распространение на практике.

Однако такой подход не может быть поддержан. Ведь вполне возможны случаи, когда, например, договор между сторонами заключен на несколько лет, и в этом договоре согласован механизм ежегодного возобновления гарантий. Либо может иметь место иная ситуация: заказчик досрочно отказывается от исполнения договора ввиду некачественного выполнения работ подрядчиком и требует возврата уплаченных тому аванса и возмещения убытков. При этом срок гарантии, обеспечивавший обязательства подрядчика, может быть меньше срока исполнения основного обязательства по договору подряда, но вполне укладываться в сроки исполнения обязательства по возврату авансу, которое возникло в результате волеизъявления заказчика.

Опираясь на такие рассуждения, Пленум ВАС РФ в п. 2 Постановления от 23 марта 2012 г. № 14 изменил сложившуюся в предшествующие годы практику и пришел к выводу о том, что сам по себе факт того, что срок, на который была выдана гарантия, меньше срока исполнения основного обязательства, не означает отсутствия

у нее обеспечительной функции и как следствие — ее недействительности¹. Этот вывод впоследствии получил развитие в деле, рассмотренном Президиумом ВАС РФ (см. Постановление от 2 октября 2012 г. № 6040/12), в котором Суд, обсуждая силу банковской гарантии, выданной на срок меньший, чем срок исполнения обеспеченного договора, признал, что «в гарантии имущественный интерес бенефициара состоит в возможности получить исполнение максимально быстро, не опасаясь возражений должника, в тех случаях, когда кредитор полагает, что срок исполнения обязательства либо иные обстоятельства, на случай наступления которых кредитор себя обеспечивал, наступили. Основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут служить исключительно обстоятельства, связанные с несоблюдением условий самой гарантии».

Наконец, следует отметить, что нормы ГК РФ не проясняют значение срока независимой гарантии. Очевидно, что речь идет о сроке существования такого обязательства гаранта.

В то же время предъявление бенефициаром иска к гаранту в пределах указанного срока исключает возможность прекращения обязательств гаранта в случае истечения указанного в гарантии срока после подачи такого иска. Иное толкование приводило бы к абсурду.

При этом применение по аналогии норм о договоре поручительства (п. 6 ст. 367 ГК РФ) может навести на мысль, что в указанный срок бенефициар должен успеть не просто заявить требование гаранту, а предъявить гаранту иск.

В то же время если такая интерпретация верна, представляется, что в случае, когда бенефициар заявил гаранту претензию до истечения срока, последующее истечение срока в течение отведенного гаранту законом или условиями гарантии периода на рассмотрение требований бенефициара не должно блокировать право на иск к гаранту, если гарант в итоге отказал в выплате, а бенефициар после этого заявил иск в суд без неразумных задержек. Модельные правила европейского частного права идут еще дальше и устанавливают, что в пределах срока гарантии бенефициару достаточно просто заявить письменное требование о выплате по гарантии (ст. IV.G.-3:107). Это решение представляется более логичным. Возможно, его следует реализовать и в контексте российского права как минимум в отношении гарантии (раз уже п. 6 ст. 367 ГК РФ не оставляет сомнений в обратном решении этого вопроса в отношении поручительства) на основе телеологического толкования закона.

(д) Довольно туманным является такое существенное условие гарантии, как указание на «обстоятельства, при наступлении которых должна быть выплачена сумма гарантии».

Эту норму следует трактовать следующим образом. Под обстоятельством, при наступлении которого должна быть уплачена сумма гарантии, прежде всего следует

¹ Кроме того, в п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2014 г. № 14 сформулирована следующая правовая позиция: суды вообще не должны вдаваться в изучение вопроса о том, есть ли у обеспечительной сделки обеспечительная функция. Выбор конкретных видов и условий обеспечения — это личное дело сторон такой сделки; суд не может и не должен подменять собой волю сторон обязательства, определяя, имеется ли у обеспечительной сделки обеспечительная функция или нет. Такое подчеркнуто уважительное отношение к волеизъявлению сторон сделки, стремление сохранить ее силу, а не разрушить в угоду стороны обязательства, уклоняющейся от его исполнения, является отличительной особенностью практики ВАС РФ последних лет его существования.

понимать неполучение бенефициаром исполнения по обеспеченному обязательству со стороны принципала.

Такое толкование вытекает из существа отдельных норм о независимой гарантии (см. п. 2 ст. 376 ГК РФ), регулирующих процедуру предъявления требования бенефициара. Так, ненаступление обстоятельств, с которыми связан платеж по гарантии, является основанием для приостановления гарантом исполнения (но не отказа от исполнения) независимой гарантии (см. комментарий к ст. 376 ГК РФ).

5. Реформа 2015 г. ввела в Кодекс очень любопытный институт, допускающий в качестве содержания обязательства гаранта по независимой гарантии не совершение платежа, а передачу акций, облигаций или вещей, определяемых родовыми признаками.

Закон не устанавливает, в обеспечение каких обязательств могут быть выданы соответствующие независимые гарантии. Логично предположить, что они необходимы в первую очередь для того, чтобы обеспечить обязательство по передаче соответствующих объектов. То есть если, например, должник обязан передать определенные ценные бумаги кредитору, то третье лицо может обеспечить это обязательство, выдав гарантию, содержанием которой будет обязанность по передаче того же количества ценных бумаг, что и должник. В случае неисполнения должником обязательства по передаче бумаг кредитор, заинтересованный именно в получении бумаг, может предъявить соответствующее требование к гаранту и получить желаемое (см. также комментарий к п. 1 ст. 361 ГК РФ и проблеме поручительства по неденежным требованиям).

Однако обеспечительная функция такой сделки вряд ли будет исчерпываться только лишь обеспечением обязательств по передаче таких же ценных бумаг или вещей, определяемых родовыми признаками. Вполне можно представить себе ситуации, когда такое обеспечение может быть дано и по денежным требованиям. Например, имеется денежный долг перед кредитором; обеспечителем выступает третье лицо, которое является акционером должника. Третье лицо готово обеспечить денежный долг гарантией, содержанием которой будет обязательство по передаче пакета ценных бумаг кредитору взамен исполнения, причитающегося с должника.

Отчасти это обязательство напоминает залог, при этом, однако, кредитор не будет иметь приоритет при удовлетворении требования к обеспечителю в случае его банкротства. Мыслимы ситуации, когда залог ценных бумаг или соответствующих вещей, определенных родовыми признаками, невозможен для обеспечителя (например, он связан ковенантом («негативный залог»), либо ценные бумаги в настоящее время находятся в залоге, который через некоторое время должен прекратиться), но принять на себя обязательство по передаче таких объектов кредитору он вполне готов.

Статья 369. Утратила силу с 1 июня 2015 г.

Комментарий

Утратившая силу статья содержала нормы, которые предусматривали два правила: во-первых, указывалось на то, что за выдачу гарантии принципал уплачивает

гаранту вознаграждение, и, во-вторых, устанавливалось, что гарантия обеспечивает надлежащее исполнение обязательства принципала перед бенефициаром.

(а) Отказ от нормы о вознаграждении может быть объяснен тем, что отношения между гарантом и принципалом являются их внутренним делом и собственно к обязательствам по гарантии не имеют никакого отношения. Договор о выдаче гарантии (если гарантия выдается именно в рамках таких отношений покрытия) является обязательственным отношением, в котором бенефициар не участвует и которого он не затрагивает. В связи с этим установление в правилах о гарантии норм, регулирующих обязательства между гарантом и принципалом, является не вполне уместным.

В силу общего принципа, согласно которому презюмируется возмездность договора (п. 3 ст. 423 ГК РФ), если в договоре о выдаче гарантии не указано на безвозмездность, гаранту причитается оплата за принятие на себя соответствующих обеспечительных обязательств и сопряженных с ними рисков. При этом если цена в таком договоре не определена, она должна определяться по правилам ст. 424 ГК РФ.

Однако если отношения между гарантом и принципалом основаны, например, на корпоративной связи, то никакого смысла во взимании платы за выдачу гарантии нет. Другой пример, в котором вряд ли есть смысл обсуждать возмездность выдачи гарантии, — когда гарант имеет долг перед принципалом и, рассчитывая на возможный в будущем зачет этого долга, соглашается выдать за него гарантию на сумму долга.

Таким образом, заметно, что презумпция платности выдачи гарантии нередко опровергается в силу существа отношений. В связи с этим устранение из ГК РФ нормы об обязательной выплате вознаграждения за выдачу гарантию следует приветствовать.

(б) Более сложно объяснить исключение из текста Кодекса положения о том, что гарантия является способом обеспечить надлежащее исполнение обязательства принципала перед бенефициаром. Как уже упоминалось выше, гарантия является независимым (неакцессорным) обеспечением, очень слабо юридически связанным с обеспеченным долгом. Указание в гарантии на то, что она выдана в качестве обеспечения какого-либо требования служит скорее идентификационным целям, так как гарант по общему правилу не вправе выдвигать против бенефициара возражения, вытекающие из сделки, которая была обеспечена гарантией.

Однако суды с завидным постоянством игнорировали независимый характер гарантии, предпочитая вникать в вопрос о том, а действительно ли было нарушено обеспеченное обязательство.

Для того чтобы исключить намеки на юридическую связь между гарантией и обеспеченным долгом, законодатель (наряду с довольно жесткими формулировками, регулирующими основания для отказа в платеже, см. ст. 376 ГК РФ и комментариев к ней) также исключил из Кодекса норму, ссылаясь на которую суды ранее погружались в изучение состояния отношений между бенефициаром и принципалом.

Статья 370. Независимость гарантии от иных обязательств

1. Предусмотренное независимой гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, от отношений между принципалом и гарантом, а также

от каких-либо других обязательств, даже если в независимой гарантии содержатся ссылки на них.

2. Гарант не вправе выдвигать против требования бенефициара возражения, вытекающие из основного обязательства, в обеспечение исполнения которого независимая гарантия выдана, а также из какого-либо иного обязательства, в том числе из соглашения о выдаче независимой гарантии, и в своих возражениях против требования бенефициара об исполнении независимой гарантии не вправе ссылаться на обстоятельства, не указанные в гарантии.

3. Гарант не вправе предъявлять бенефициару к зачету требование, уступленное гаранту принципалом, если иное не предусмотрено независимой гарантией или соглашением гаранта с бенефициаром.

Комментарий

1. Как уже многократно упоминалось выше, обязательство гаранта совершить платеж является неакцессорным, т.е. это обязательство не связано юридически с тем долгом, в обеспечение которого оно было установлено. Это ключевой квалифицирующий признак независимой гарантии.

1.1. Простое упоминание в гарантии обеспеченного обязательства не превращает независимую гарантию в поручительство, так как такое указание является в силу закона существенным условием гарантии (п. 4 ст. 368 ГК РФ). О том же говорит и п. 1 IV.G.-3:101 Модельных правил европейского частного права. Однако в том случае, если воля гаранта в гарантии явно направлена на то, чтобы совершить платеж лишь при условии, что бенефициар докажет, что должник нарушил обязательство, такую гарантию следует квалифицировать как одностороннюю сделку по выдаче поручительства. Иначе говоря, здесь название документа будет противоречить его существу, а в силу известного принципа приоритета существа над формой при квалификации сделок ключевое значение будет иметь именно первое.

1.2. Принцип независимости гарантии предполагает, что никакое обстоятельство, которое может возникнуть в отношениях между бенефициаром и принципалом, не повлияет на обязательство гаранта произвести платеж.

Примерный перечень таких обстоятельств содержится в п. 2 ст. 376 ГК РФ. К ним относятся недействительность обеспеченного долга, невозникновение долга, принятие бенефициаром исполнения обеспеченного долга, наличие основания для должника приостановить исполнение обязательства, истечение исковой давности по основному обязательству и проч.

Иными словами, в каком бы состоянии не находились отношения бенефициара и принципала, гарант обязан совершить платеж при получении требования от бенефициара.

Такая жесткость регулирования отношений по гарантии подтверждается судебной практикой. Так, в значительном числе дел ВАС РФ и ВС РФ, поддерживая идею независимости гарантии, отказывали гарантам в праве ссылаться на отношения бенефициара и принципала (см., например, постановления Президиума ВАС РФ от 2 октября 2012 г. № 6040/12 и от 24 июня 2014 г. № 3853/14, определения КЭС ВС РФ от 20 мая 2015 г. № 307-ЭС14-4641, от 8 ноября 2016 г. № 305-ЭС16-9887, от 25 ноября 2016 г. № 305-ЭС16-10078). Единственное признаваемое в практике

исключение — случай явной недобросовестности бенефициара (см. комментарий к ст. 376 ГК РФ).

После совершения платежа гарант имеет право на регрессное требование к принципалу (о регрессном характере требования см. ст. 379 ГК РФ и, например, Постановление Президиума ВАС РФ от 17 ноября 1998 г. № 6429/98), причем именно регрессный характер этого требования служит, как уже упоминалось выше, защитой интересов гаранта от возражений принципала о недействительности отношений между ним и бенефициаром, о невозникновении требований бенефициара и пр.

2. Независимость обязательства гаранта обеспечивается крайне формальным регулированием возражений гаранта против требований бенефициара. Они, как уже упоминалось выше, не могут вытекать из отношений бенефициара и принципала в силу неакцессорного характера гарантии.

2.1. Не допускаются также возражения, вытекающие из соглашения между гарантом и принципалом (например, о расторжении договора о выдаче гарантии, о признании его недействительным и пр.). Это объясняется тем, что бенефициар не является участником этих отношений покрытия, и потому они в силу ст. 308 ГК РФ не могут быть ему противопоставлены.

Все возражения гаранта в отношении бенефициара могут быть сведены лишь к действительности самой гарантии, а также к несоответствию требования о выплате по гарантии и документов, прилагаемых к такому требованию, положениям самой гарантии (например, ненадлежащее оформление или непредставление документов, необходимых для совершения платежа, предъявление требования после истечения срока действия гарантии и т.п.). Кроме того, возможны возражения, которые не основаны на тексте гарантии, но связаны с личностью того, кто предъявляет требование. Например, гарант вправе ссылаться на то, что требование по гарантии предъявлено от имени бенефициара неуполномоченным лицом (ст. 312 ГК РФ).

Наличие просроченного принципалом долга не может обуславливать платеж по гарантии, так как это превращает независимое обеспечение в акцессорное. Разумеется, если в гарантии имеются соответствующие положения, связывающие выплату по гарантии с наличием обеспеченного просроченного долга, ее следует квалифицировать как одностороннюю сделку, направленную на установление поручительства.

2.2. Спорным является вопрос о возможности включения в гарантию указания на право гаранта выдвигать против требования бенефициара не все, а лишь некоторые возражения принципала.

Очевидно, что такие условия должны допускаться, но вероятнее всего такая гарантия должна в этом случае переквалифицироваться в поручительство, и соответственно обеспечитель будет иметь возможность выдвигать и иные возражения должника против требования кредитора.

При этом спорной является ситуация, когда из текста гарантии, предусматривающей право гаранта выдвигать определенное возражение принципала, недвусмысленно следует, что иные возражения гаранту недоступны. Одно из возможных решений: установить, что в таком случае переквалификация также возможна, и мы будем иметь поручительство с ограниченными возможностями по выдвиганию возражений (поручитель будет иметь возможность выдвигать только те возражения,

которые прямо указаны). Другое решение — допущение возможности существования гарантии, имеющей лишь частично неакцессорный характер. Впрочем, проблема «промежуточного звена» — частично неакцессорного обеспечения — в российском праве пока не решена. См. также комментарии к п. 1 и 5 ст. 364 ГК РФ.

3. Вполне очевидно, что гарант, получив требование о платеже от бенефициара, не может заявлять к зачету требования, которые могут быть у принципала против бенефициара, так как такие требования не принадлежат гаранту. Но закон идет дальше и запрещает гаранту производить зачет против требования бенефициара встречного требования к нему, которое было уступлено гаранту принципалом ранее. Допустим, заказчик по договору подряда отказался от договора в связи с некачественной работой подрядчика и потребовал возврат неотработанных авансов. Обязательство по возврату авансов было обеспечено гарантией и соответствующее требование было предъявлено заказчиком-бенефициаром гаранту. Однако подрядчик, полагая, что работы были им выполнены качественно, уступил гаранту требование об оплате работ, которое, как он полагал, у него (подрядчика) имеется в отношении заказчика.

Если допустить возможность зачета требования бенефициара и требования, уступленного принципалом, то на бенефициара будет возложено бремя обращения в суд с требованием о признании такого зачета недействительным по причине некачественности выполненных работ и недействительности уступки от принципала к гаранту (либо в рамках дела о взыскании с гаранта суммы гарантии суд будет вынужден изучать содержание отношений бенефициара и принципала). Но тем самым будет нарушен принцип независимости гарантии и бенефициар не сможет воспользоваться теми преимуществами, которые этот принцип предоставляет кредитору.

В связи с этим законодатель ограничивает возможность описанного зачета.

3.1. Но что если у гаранта имеется собственное, не приобретенное у принципала ранее, встречное требование к бенефициару? Может ли в такой ситуации гарант погасить требование бенефициара зачетом?

Видимо, на этот вопрос следует ответить положительно. Этот вывод недвусмысленно следует из системного толкования комментируемой нормы. Если бы законодатель хотел вовсе заблокировать возможность погашения требований бенефициара зачетом, он бы прямо закрепил это. Тот факт, что в законе запрещено использовать зачет только в случае, когда встречное требование у гаранта возникло в результате уступки такого требования принципалом, со всей очевидностью указывает *a contrario*, что в остальных случаях зачет возможен.

Кроме того, право на выдвижение гарантом личных возражений, имеющихся у него против бенефициара, предусмотрено в п. 2 ст. IV.G.-3:103 Модельных правил европейского частного права. Про право гаранта заявить зачет по своему встречному требованию к бенефициару (за исключением требований, перешедших к гаранту от принципала) говорит и ст. 18 Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах

3.2. При этом конечно же условия гарантии возможность такого способа погашения требований бенефициара могут блокировать (в силу того, что зачет в принципе может быть заблокирован договором в силу ст. 411 ГК РФ, в данном случае — условиями той сделки, которая порождает долг стороны, чье право на зачет блокируется).

Если гарантия блокирует право гаранта на зачет и выдвижение иных личных, основанных на отношениях гаранта и бенефициара возражений против требования последнего, речь идет о так называемой гарантии по первому требованию («*on first demand*»), которая нередко используется в международной коммерческой практике. Эта разновидность независимой гарантии прямо урегулирована в Модельных правилах европейского частного права (ст. IV.G.-3:104), которые указывают на то, что по таким гарантиям выдвижение личных возражений гаранта против требования бенефициара невозможно.

Статья 371. Отзыв и изменение независимой гарантии

1. Независимая гарантия не может быть отозвана или изменена гарантом, если в ней не предусмотрено иное.

2. В случаях, когда по условиям независимой гарантии допускается ее отзыв или изменение гарантом, такой отзыв или такое изменение производится в форме, в которой выдана гарантия, если иная форма не предусмотрена гарантией.

3. Если по условиям независимой гарантии допускается возможность ее отзыва или изменения гарантом с согласия бенефициара, то обязательство гаранта считается измененным или прекращенным с момента получения гарантом согласия бенефициара.

4. Изменение обязательства гаранта после выдачи независимой гарантии принципалу не затрагивает прав и обязанностей принципала, если он впоследствии не дал согласие на соответствующее изменение.

Комментарий

1. Гарантия является односторонней сделкой, однако в отличие от ряда других односторонних волеизъявлений (например, завещание) она по общему правилу не может быть отменена или изменена лицом, совершившим сделку (гарантом).

Такое отступление от принципа свободной отмены односторонних волеизъявлений является разумным, так как при ином подходе – возможности гаранта односторонним волеизъявлением отменить гарантию вовсе или, например, снизить сумму гарантии ее обеспечительная функция будет сведена к минимуму.

1.1. Данная норма диспозитивна, что позволяет гаранту при составлении текста гарантии предусмотреть иное, включив право на отзыв (произвольно или в определенных случаях) или право на изменение гарантии.

Гарантия, выданная на таких условиях, будет действительной сделкой, правда, с резко ослабленным обеспечительным эффектом. Примечательно, что в силу особенностей юридической конструкции гарантии (как односторонней сделки) у кредитора – бенефициара нет никаких правовых возможностей препятствовать выдаче гарантии именно на таких условиях; он, скажем, не вправе не принять ее, так как его волеизъявление для силы гарантии не имеет никакого значения. В связи с этим возможности кредитора – бенефициара, получившего гарантию на условиях, предусматривающих возможность отзыва или изменения гарантом суммы и иных условий гарантии, по защите своих интересов лежат лишь в плоскости его отношений с принципалом. В частности, в договоре с принципалом может быть

установлено, каковыми должны быть условия гарантии, может ли в ней содержаться право гаранта на отзыв гарантии и т.п. Кроме того, именно в договоре бенефициара с принципалом могут содержаться условия, устанавливающие последствия выдачи гарантом гарантии с содержанием, не устраивающим бенефициара.

1.2. Судебная практика исходит из того, что отзыв гарантии, не содержащей такого права, по правилам ст. 102 Закона о банкротстве («Отказ от исполнения сделок должника») невозможен (Определение КЭС ВС РФ от 17 мая 2016 г. № 307-ЭС15-18994).

2. Отзыв и изменение гарантии должны осуществляться в той же форме, в которой была выдана сама гарантия. Эта норма соответствует норме п. 1 ст. 452 ГК РФ, установленной законодателем для формы изменения или расторжения договора, либо положениям ГК РФ о форме отмены доверенности, вступившим в силу с 1 января 2017 г. (п. 1 ст. 188 ГК РФ). Соответственно если, например, гарантия выдавалась в форме электронного *SWIFT*-сообщения, то и отзыв такой гарантии должен осуществляться в той же форме.

3. Отзыв или изменение гарантии могут быть обусловлены получением согласия бенефициара. При этом прекращение или изменение гарантии вступает в силу не с момента выражения воли гаранта, а с момента получения согласия бенефициара. По сути, речь идет о том, что, если гарантия предусматривает возможность ее отзыва или изменения с согласия бенефициара, такие отзыв или изменение оформляются соглашением указанных лиц.

При этом нет никаких возражений против того, чтобы согласие бенефициара было выражено заранее, до волеизъявления гаранта. В такого рода случаях отзыв или изменения должны считаться произошедшими в момент совершения соответствующего волеизъявления гарантом.

4. В связи с тем, что гарантия является односторонней сделкой, она не может оказать влияние на обязанности и права принципала, которые существуют у того по отношению к гаранту и вытекают из соглашения о выдаче гарантии. Например, увеличение объема гарантии, которое было произведено гарантом, не может повлечь за собой автоматическое возникновение у принципала обязанности соразмерно увеличить обеспечение по возможному регрессному иску банка.

Кроме того, видимо, законодатель имел в виду, что объем регрессного требования гаранта, произвольно увеличившего сумму гарантии без согласия принципала, не будет превышать то, что было указано в гарантии изначально.

Можно предположить, что гарант вправе потребовать от принципала и остальную часть выплаченного бенефициару, но в этой части принципал должен иметь право выдвигать против такого требования свои возражения, которые у него имелись против бенефициара (как если бы в этой части имела место суброгация). Иначе гарант может своим односторонним решением увеличить сумму гарантии, выплатить бенефициару сумму, в разы превышающую то, что на самом деле должен принципал и в обеспечение чего и выдавалась по его просьбе гарантия изначально, а затем потребовать выплаты по регрессу всей этой суммы, тем самым причинив принципалу непоправимый ущерб и вынудив его требовать возврата неосновательного обогащения от бенефициара, который к тому времени может уже обанкротиться.

Легализация такой практики сделала бы гарантию абсолютно неприемлемым (с учетом возникающих потенциально безграничных рисков) способом обеспечения для должников. Этот сценарий явно не вписывается в общие принципы гражданского права, и комментируемая норма его обоснованно блокирует.

В то же время, как указано в данной норме, согласие принципала на изменение снимает указанные проблемы, и тогда изменение гарантии гарантом скажется на правах и обязанностях принципала. При этом в норме закреплено, что согласие может быть последующим. Может ли оно быть предварительным и при этом еще и абстрактным? Может ли принципал в соглашении о выдаче гарантии согласиться на любые изменения гарантом суммы или сроков гарантии? Этот вопрос пока в российском праве не решен.

Статья 372. Передача прав по независимой гарантии

1. Бенефициар по независимой гарантии не вправе передавать другому лицу право требования к гаранту, если в гарантии не предусмотрено иное.

Передача бенефициаром прав по независимой гарантии другому лицу допускается лишь при условии одновременной уступки тому же лицу прав по основному обязательству.

2. В случае, когда по условиям независимой гарантии допускается передача бенефициаром права требования к гаранту, такая передача возможна лишь с согласия гаранта, если в гарантии не предусмотрено иное.

Комментарий

1. Права бенефициара по банковской гарантии по общему правилу не трансферабельны, т.е. они не могут быть переданы другому лицу. Это касается не только прав по гарантии до момента предъявления требования к гаранту, но и прав бенефициара на получение платежа после того, как требование было предъявлено. Уступка прав по гарантии в нарушение этого запрета ничтожна как нарушающая прямо выраженный законодательный запрет (п. 2 ст. 168 ГК РФ).

Эта идея явным образом позаимствована из ст. 9 Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах и разделяется рядом правопорядков. В то же время эта идея отвергается многими странами и не нашла поддержку в Модельных правилах европейского частного права. Последние по общему правилу допускают уступку прав по гарантии вместе с уступкой прав по обеспечиваемому требованию. Исключение здесь делается лишь для особо рискованной формы независимой гарантии — гарантии по первому требованию, т.е. такой независимой гарантии, в силу которой гарант не вправе выдвигать против требования бенефициара даже свои личные возражения и заявлять зачет по своим собственным встречным требованиям к бенефициару (ст. IV.G.-3:108 Модельных правил европейского частного права).

1.1. Ограничение на оборот требования, вытекающего из гарантии, представляет еще одно важное отличие гарантии от ценной бумаги, удостоверяющей денежное требование (например, векселя).

1.2. Однако в самой гарантии может быть установлено, что вытекающие из нее права могут быть переданы другому лицу (так называемая трансферабельная га-

рантия). Тем не менее свободный оборот гарантии и в данном случае ограничен. Законодатель, отступая от в целом неакцессорного характера обязательства гаранта, устанавливает такое правило, которое именуется акцессорностью следования (т.е. держателем обеспечения может быть только кредитор по обязательству, ради которого обеспечение было установлено).

Этот подход обусловлен, по всей видимости, стремлением законодателя сохранить экономическое единство гарантии и обеспеченного долга, не превращая первую в самостоятельный и оборотоспособный финансовый инструмент. Уступка прав по гарантии без передачи обеспеченного требования влечет за собой ничтожность уступки; так, передача обеспечения без основного долга нарушает существо законодательного регулирования и прямо выраженный законодательный запрет (п. 2 ст. 168 ГК РФ). Ранее эта же идея высказывалась в судебной практике (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 13 июля 1999 г. № 6450/98).

Соответственно если гарантия трансферабельна, переход прав по гарантии возможен только одновременно с переходом прав по обеспеченному долгу.

1.3. Если же гарантия не имеет оговорок о возможности уступки прав по гарантии, уступка основного обеспеченного долга влечет прекращение гарантии (по аналогии с нормами о прекращении залога — см. предл. 2 п. 2 ст. 354 ГК РФ).

1.4. Комментируемая норма запрещает уступку прав по гарантии, но ничего не говорит о судьбе гарантии при универсальном правопреемстве, а также при иных основаниях перехода обеспечиваемого права в силу закона (например, суброгации).

Представляется, что случай с реорганизацией бенефициара достаточно очевиден: гарантия должна сохраняться, а права по ней должны переходить в силу закона к правопреемнику. То же, видимо, должно иметь место и в случае с наследственным правопреемством, хотя этот случай кажется достаточно умозрительным.

Применительно к суброгации вопрос не столь прост. Представим, что третье лицо в соответствии с п. 2 ст. 313 ГК РФ погасило просроченный денежный долг должника и в силу п. 5 той же статьи приобрело право требования к должнику в силу закона. Перейдет ли к такому лицу право требования по гарантии или гарантия прекратится? Перейдет ли к поручителю, исполнившему обязательство должника-принципала, право по гарантии, которая вместе с поручительством обеспечивала это требование? Сюда же стоит отнести ситуацию погашения долга должника-принципала третьим лицом, вступившим в долг по соглашению с кредитором по модели интерцессии (экспромиссии) на основании правил ст. 391 ГК РФ. Из буквального смысла п. 1 ст. 384 ГК РФ и комментируемой нормы скорее следует вывод о сохранении гарантии и о переходе прав по ней вместе с основным обеспечиваемым требованием во всех указанных случаях суброгации.

Но следует признать, что такое решение ставит под сомнение обоснованность той жесткости, с которой закон подходит к переходу прав по гарантии при уступке. Если имеется масса случаев, когда право спокойно воспринимает замену бенефициара в ситуации перехода права в силу закона (в том числе на основании ранее заключенной бенефициаром с третьим лицом сделки), имеется ли смысл столь принципиально запрещать и уступку прав по гарантии вместе с уступкой обеспечиваемого требования? Видимо, недаром вопрос о трансферабельности гарантии — это один из тех неочевидных вопросов, по которому зарубежные правовые порядки занимают диаметрально противоположные точки зрения.

2. Передача прав по трансферабельной гарантии, когда сама возможность уступки прав по гарантии прямо предусмотрена в ее тексте, допускается по общему правилу с согласия гаранта. Скорее всего интерес гаранта в том, чтобы контролировать уступку требования по гарантии, связан в первую очередь с желанием иметь предсказуемую фигуру бенефициара. Неакцессорность гарантии и потенциальный высокий риск злоупотреблений независимым характером гарантии со стороны недобросовестных бенефициаров является главным объяснением того, почему для гаранта фигура бенефициара является довольно существенной.

2.1. В отсутствие согласия на допущенную текстом гарантии уступку прав по гарантии такая уступка может быть признана недействительной по ст. 173¹ ГК РФ (оспоримость сделок, совершенных в отсутствие требуемых по закону согласий третьих лиц), а также по п. 2 ст. 382 ГК РФ (оспоримость уступки, совершенной без согласия должника, требующегося в силу закона), если будет доказано, что цессионарий знал или должен был знать об отсутствии согласия гаранта на уступку.

В то же время право гаранта согласовывать уступку прав по гарантии может быть исключено гарантией. Иначе говоря, для того чтобы уступка прав по гарантии была не просто возможна, но и не требовала согласия гаранта, в гарантии на это должно быть прямо указано. При наличии такой оговорки в гарантии уступка бенефициаром своего требования к гаранту вместе с уступкой прав по обеспеченному долгу не потребует получения согласия гаранта.

2.2. Довольно сложным является вопрос о том, как работает передача права по гарантии при уступке основного требования. Условие о трансферабельности прав по гарантии, содержащееся в самой гарантии, и сопровождающееся оговоркой об отсутствии необходимости получить согласие гаранта на уступку, может означать, что при уступке обеспеченного требования права по гарантии перейдут к новому кредитору автоматически, без специального волеизъявления прежнего бенефициара, т.е. в силу самого факта уступки обеспеченного долга (в строгом соответствии с п. 1 ст. 384 ГК РФ).

Если права по гарантии трансферабельны, но для их уступки требуется согласие гаранта, применение правил ст.157¹ и ст. 173¹ ГК РФ приводит к выводу о том, что уступка, неправомерно совершенная без согласия третьего лица (в данном случае гаранта), сама по себе действительна, пока не будет оспорена. Соответственно, видимо, логично предположить, что право по гарантии перейдет цессионарию даже при отсутствии согласия гаранта, но последний вправе оспорить такой переход права, если докажет, что цессионарий знал об отсутствии согласия гаранта на такую уступку.

Статья 373. Вступление независимой гарантии в силу

Независимая гарантия вступает в силу с момента ее отправки (передачи) гарантом, если в гарантии не предусмотрено иное.

Комментарий

(а) Норма о вступлении гарантии в силу в момент отправки ее гарантом заимствована из Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах

(ст. 7) и Унифицированных правил для гарантий по требованию (см. ст. 4). Гарантия вступает в силу либо при передаче гарантии, либо в момент ее отправки, т.е. тогда, когда гарантия покидает сферу контроля гаранта.

По сути здесь мы имеем отступление от общего правила ст. 165¹ ГК РФ, согласно которому правовые последствия юридически значимых сообщений наступают с момента их доставки адресату.

(б) С учетом того, что почтовые сообщения нередко теряются в пути, такое решение законодателя выглядит на первый взгляд несколько странно. Оно может приводить в ряде случаев к некоторым трениям в отношениях между бенефициаром и принципалом. Так, например, принципал может заявить, что гарантия выдана, сославшись на ее отправку, и потребовать от бенефициара исполнения его обязательств, обусловленных выдачей гарантии. При этом бенефициар оказывается в сложном положении: по условиям договора он уже должен приступить к исполнению, но уверенности в том, что гарантия к нему в итоге придет, у него нет. В связи с этим сторонам рекомендуется прямо указывать в договоре, что для них принципиальное значение будет иметь не момент выдачи гарантии, а момент ее фактического получения.

Наверное, эффективное применение этого положения возможно сегодня в отношении гарантий, которые выдаются путем *SWIFT*-сообщений, т.е. по электронным каналам. Вместе с тем временной промежуток между отправлением электронного сообщения и его восприятием адресатом может быть настолько крайне незначительным, что он не будет иметь какого-либо юридического значения.

(в) Указание на передачу гарантии для определения момента возникновения обязательств по гарантии требует определения того, о выдаче гарантии кому идет речь. Идет ли речь исключительно о передаче гарантии бенефициару, т.е. той стороне, чьи права эта односторонняя сделка порождает? Или возможно вступление гарантии в силу и тогда, когда она передана принципалу для того, чтобы он при желании мог передать ее своему кредитору в обеспечение долга? Представляется, что на последний вопрос стоит ответить утвердительно.

(г) В любом случае комментируемая норма является диспозитивной, и она может быть изменена в самой гарантии. Наверное, наиболее разумное решение относительно момента вступления гарантии в силу сегодня — это непосредственное указание в самой гарантии той даты, с которой она считается действующей.

Статья 374. Представление требования по независимой гарантии

1. Требование бенефициара об уплате денежной суммы по независимой гарантии должно быть представлено в письменной форме гаранту с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать обстоятельства, наступление которых влечет выплату по независимой гарантии.

2. Требование бенефициара должно быть представлено гаранту до окончания срока действия независимой гарантии.

Комментарий

1. Предъявление требования по гарантии подчинено строгому формальному требованию: бенефициар должен выполнить условия платежа по гарантии, направив гаранту требование о выплате и документы, предусмотренные гарантией, строго в письменной форме. Нарушение (даже формальное) этого правила влечет за собой отказ в выплате по гарантии (см. п. 1 ст. 376 ГК РФ и комментарий к нему). Подобная строгость объясняется стремлением законодателя за счет формализации процесса представления документов снизить риски, связанные с тем, что в силу неакцессорного характера гарантии бенефициар может получить недолжное. Например, в гарантии может быть установлено, что при предъявлении требования об уплате по гарантии поставщик должен представить накладные, подтверждающие отгрузку товара по договору поставки, в обеспечение обязательств покупателя по которому была выдана гарантия. Тем самым риск того, что поставщик, не отгрузивший товар, воспользуется свойством неакцессорности гарантии и потребует платежа от гаранта, существенно снижается.

1.1. Для того чтобы обязанность бенефициара по представлению документов считалась исполненной, достаточно представить документы, которые по формальным критериям соответствуют условиям гарантии (например, представить документы, являющиеся накладными или актами КС-2, КС-3, и т.п.). Однако судебная практика изобилует примерами, когда гаранты (как правило, банки) предъявляют требования к тому, чтобы содержание представленных документов соответствовало тем или иным критериям или требованиям, не описанным в гарантии.

Так, например, по обстоятельствам одного из дел Президиума ВАС РФ гарант отказался совершить платеж по гарантии, сославшись на то, что накладные не содержат реквизитов договора поставки, в обеспечение обязательств по которому была выдана гарантия. Президиум ВАС РФ счел, что эти доводы противоречат независимому характеру гарантии. Коль скоро банк осознавал, что гарантия выдается им в обеспечение оплаты поставленных чулочно-носочных изделий, то накладные на отгрузку чулочно-носочных изделий, пусть даже не содержащие отсылку к соответствующему договору поставки, должны рассматриваться как надлежащие документы, соответствующие положению гарантии об обязательном предъявлении бенефициаром гаранту накладных на отгрузку товара (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № 3853/14). Впрочем, исходя из рассуждений высшей судебной инстанции, можно сделать вывод о том, что вполне допустимым будет указание в гарантии на обязанность представить накладные, которые должны были бы содержать те или иные обязательные сведения.

1.2. Эта практика была продолжена КЭС ВС РФ. В деле о взыскании с гаранта суммы гарантии (которая обеспечивала обязательство подрядчика по возврату неотработанного аванса на случай досрочного прекращения договора подряда) гарант выдвинул возражение о том, что представленные ему документы не свидетельствуют о том, что авансы действительно не были отработаны и возвращены, но убедительных документов, подтверждающих этот факт, представлено не было. Однако КЭС ВС РФ посчитала, что в отсутствие в гарантии прямого и недвусмысленного указания на то, какие именно документы должны быть представлены в подтверждение требования бенефициара, доводы гаранта о том, что представленные ему документы

не подтверждают наступление обстоятельств, указанных в гарантии, подлежат отклонению как противоречащие положениям ГК РФ о гарантии (Определение КЭС ВС РФ от 20 мая 2015 г. № 307-ЭС14-4641).

1.3. Требуемое в силу норм комментируемой статьи указание бенефициаром в своем требовании к гаранту на факт наступления обстоятельств, которые указаны в гарантии (соответствующая норма была заимствована из Унифицированных правил для гарантий по требованию, см. ст. 15), выполняет следующую задачу. Если бенефициар имел намерения злоупотребить независимостью гарантии и несмотря на то, что он получил причитающееся от принципала, бенефициар предъявил гаранту требование о платеже, такое утверждение бенефициара в тексте требования будет являться доказательством намеренного причинения вреда интересам принципала и гаранта (о проблеме двойного платежа по гарантии см. далее комментарий к ст. 376 ГК РФ). Возможно, по замыслу законодателя необходимость сделать прямое утверждение в письменной форме о том, что обязательство принципала было нарушено, удержит участников оборота от злоупотреблений. Кроме того, утверждение бенефициара о том, что принципал не исполнил денежное обязательство (при наличии достоверного доказательства обратного) будет служить доказательством того, что бенефициар действует заведомо недобросовестно и потому гарант вправе не удовлетворять такое требование.

1.4. Может ли гарантия указывать на то, что платеж будет осуществляться только на основании одного лишь требования с указанием наступления оснований для погашения долга должником без приложения каких-либо дополнительных документов? Ответ, конечно же, должен быть положительным. В ряде случаев бывает трудно представить себе, какие документы должны прилагаться к такому требованию (например, когда гарантия обеспечивает требование займодавца о возврате займа).

1.5. Судебная практика допускает некоторые ограничения в отношении свободы гаранта в установлении в тексте гарантии списка документов, которые необходимо прилагать к требованию о выплате. В частности, ВС РФ не признает допустимым указание в гарантии необходимости прилагать к требованию оригинал самой гарантии в письменной форме в тех случаях, когда сама гарантия выдавалась в электронной форме (определения КЭС ВС РФ от 21 ноября 2016 г. № 305-ЭС16-10047 и № 305-ЭС16-9281). Если установление таких требований в тексте гарантии действительно влечет невозможность реализации прав бенефициара, такое проявление свободы гаранта в определении содержания гарантии может и должно быть заблокировано как явное злоупотребление свободой договора.

2. Требование о платеже по гарантии должно быть представлено гаранту до истечения срока действия гарантии. Выражение «представлено гаранту» следует понимать в том смысле, что требование должно быть получено гарантом до истечения срока.

Но здесь при отправке требований посредством почты или иных организаций связи возникает один из примеров некоторого противоречия между нормой ст. 165¹ ГК РФ, вступившей в силу 1 сентября 2013 г., и нормой п. 2 ст. 194 ГК РФ, действующей с 1 января 1995 г. Применение положения п. 2 ст. 194 ГК РФ приводит к выводу о том, что факт сдачи требования в организацию связи даже в последний день (до 24:00 последнего дня) означает, что требование было представлено свое-

временно, даже если гарант получит его за пределами срока действия гарантии. В то же время согласно положениям п. 1 ст. 165¹ ГК РФ заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю.

Вопрос о системном толковании указанных норм в российском праве пока однозначно не решен. В некоторых разъяснениях ВС РФ, касающихся данной коллизии (впрочем, не в контексте проблематики гарантии), можно обнаружить намеки на то, что в случаях такого рода коллизии своевременность извещения вопреки буквальному смыслу п. 2 ст. 194 ГК РФ будет определяться по моменту доставки, а не по моменту сдачи сообщения в организацию связи (см. Обзор судебной практики Верховного Суда РФ № 3 (2015), утвержденный Президиумом ВС РФ **25 ноября 2015 г.** (вопрос № 2)).

В то же время одним из возможных решений данной коллизии является признание приоритета ст. 165¹ ГК РФ в вопросе о моменте возникновения правового эффекта юридически значимых сообщений, а п. 2 ст. 194 ГК РФ – в вопросе о своевременности таких сообщений.

Применение этого подхода в отношении требования по гарантии влечет следующий вывод: требование, сданное до истечения срока в организацию связи (на почту, телеграф), считается заявленным в срок; однако правовые последствия предъявления этого требования (обязанность провести проверку требования и приложенных документов и осуществить платеж) возникнут на стороне гаранта лишь после того, как соответствующее требование будет ему доставлено.

Ясного ответа на этот вопрос пока в российском праве нет.

Судебная практика допускает урегулирование вопроса о том, обязан ли бенефициар обеспечить получение гарантом требования до истечения срока действия гарантии или же он только должен сдать требование о платеже в организацию связи, в самой гарантии (определения КЭС ВС РФ от 22 июня 2015 г. № **305-ЭС15-2155** и от 12 октября 2015 г. № **305-ЭС15-8885**). По всей видимости, с учетом некоторой неопределенности в вопросе о соотношении ст. 165¹ и п. 2 ст. 194 ГК РФ лучшей рекомендацией будет именно положительное решение этого вопроса в тексте гарантии.

Статья 375. Обязанности гаранта при рассмотрении требования бенефициара

1. По получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копию требования со всеми относящимися к нему документами.

2. Гарант должен рассмотреть требование бенефициара и приложенные к нему документы в течение пяти дней со дня, следующего за днем получения требования со всеми приложенными к нему документами, и, если требование признано им надлежащим, произвести платеж. Условиями независимой гарантии может быть предусмотрен иной срок рассмотрения требования, не превышающий тридцати дней.

3. Гарант проверяет соответствие требования бенефициара условиям независимой гарантии, а также оценивает по внешним признакам приложенные к нему документы.

Комментарий

1. Закон устанавливает обязанность гаранта вступить в коммуникацию с принципалом, сообщив ему о факте предъявления требования о платеже по гарантии и передав копию требования и приложенных бенефициаром документов.

1.1. Эта коммуникация не имеет такого же серьезного значения, как коммуникация поручителя и должника, в рамках которой последний обязан сообщить поручителю обо всех имеющихся возражениях против требования кредитора. Характерно то, что законодатель (в отличие от поручительства) не устанавливает обязанность принципала хоть как-то реагировать на переданные гарантом копии. Обязанность дать ответ гаранту относительно обстоятельств, повлекших предъявление бенефициаром требования, может следовать либо из договора о выдаче гарантии, заключенного гарантом и принципалом, либо из общих положений п. 3 ст. 307 ГК РФ о добросовестном поведении в обязательственных отношениях.

Обязанность гаранта уведомить принципала о предъявленном требовании важна, пожалуй, лишь для целей предотвращения злоупотреблений бенефициара. Своевременное получение информации о поступлении требования по гарантии дает принципалу шанс оперативно упредить удовлетворение требования бенефициара, представив гаранту убедительные доказательства того, что платеж уже осуществлен (что в силу укоренившейся судебной практики дает гаранту право отказать от удовлетворения требований бенефициара, см. подробнее комментарий к ст. 376 ГК РФ), либо обратив внимание гаранта на те или иные формальные пороки в предъявленной документации, которые также являются основанием для отказа в выплате. Иногда то, на что может не обратить внимание гарант, может обнаружить заинтересованный в предотвращении необоснованного платежа по гарантии (влекущего неизбежный регресс) и лучше знающий бенефициара принципал.

1.2. В случае если гарант не вступил в информационный обмен с принципалом и заплатил бенефициару, хотя он мог бы выдвинуть возражение против двойного платежа, если бы оперативно сообщил принципалу о поступлении требования от бенефициара, то к отношениям гаранта и принципала, связанным с обратным требованием гаранта, можно применить положения ст. 10 или ст. 404 ГК РФ о вине кредитора и отказать в удовлетворении обратного требования в целом или в части. Похожие правила содержатся в ст. IV.G.-3:102 Модельных правил европейского частного права.

1.3. Если принципал в ответ на сообщение гаранта не уведомил его о том, что обязательство перед бенефициаром было им исполнено, то соответствующее возражение принципала со ссылкой на ст. 10 или ст. 404 ГК РФ в дальнейших его отношениях с гарантом должно игнорироваться.

1.4. Закон не обязывает гаранта незамедлительно сообщать принципалу об удовлетворении требований бенефициара или об отказе от удовлетворения такого требования и основаниях для такого отказа. В то же время логично выведение таких информационных обязанностей из правила п. 3 ст. 307 ГК РФ, предусматривающего возможность выявления подразумеваемых информационных обязанностей из принципа добросовестности. Требование направления таких уведомлений прямо закреплено и в ст. IV.G.-3:102 Модельных правил европейского частного права.

2. По итогам рассмотрения представленных бенефициаром требований гарант может принять одно из трех решений: осуществить платеж по гарантии; приостановить платеж (см. п. 2 ст. 376 ГК РФ) либо отказать в платеже.

Установленный законом пятидневный срок для рассмотрения требования является диспозитивным, однако законодатель установил ограничение для усмотрения гаранта в части формулирования условия о сроке: указанный в гарантии срок для рассмотрения представленных бенефициаром документов не может превышать 30 дней.

2.1. В случае если в гарантии установлен срок для рассмотрения документов, превышающий 30 дней, следует, исходя из явной воли сторон, максимально удлинить срок рассмотрения требования о платеже, считать, что в гарантии установлен 30-дневный срок для рассмотрения этого требования.

Признавать гарантию недействительной в данном случае было бы явно несправедливо. Такое решение поразило бы негативными последствиями в первую очередь бенефициара; однако последний (в силу того, что гарантия является односторонней сделкой) не участвует в составлении текста гарантии и, следовательно, он должен быть защищен от подобного дефекта гарантии. Разумеется, можно полагать, что бенефициар, получивший от гаранта гарантию с некорректно сформулированным условием о сроке рассмотрения требования, может вернуть гарантию гаранту и потребовать выдачи новой гарантии, реквизиты которой будут заполнены в соответствии с законом. Однако такое решение намного менее удачное, чем хорошо известный классической цивилистике прием, автоматически редуцирующий предусмотренные сторонами сроки до максимальных, установленных в законе, так как он оставляет бенефициара без обеспечения.

2.2. В случае если в гарантии вообще не указан срок рассмотрения требования, подлежит применению общий пятидневный срок, установленный в законе.

3. Комментируемая норма устанавливает важнейший принцип регулирования гарантий, который вытекает из ее независимого характера: гарант не имеет права вникать в существо отношений между бенефициаром и принципалом, он должен ограничиться лишь формальной проверкой представленных бенефициаром документов.

3.1. Проверка приложенных к требованию документов должна осуществляться исключительно по внешним признакам, т.е. по соответствию наименования и содержания реквизитов документов требованиям к ним, указанным в гарантии. Так, если в гарантии было указано, что бенефициар обязан приложить к требованию накладные на отгруженный товар, то это означает, что достаточно убедиться, что документы, именуемые накладными и соответствующие общим к ним требованиям (например, содержащие дату, подписи передавшего и принявшего товары лиц и т.п.), представлены, а товар, указанный в них, соответствует предмету договора, в обеспечение которого была выдана гарантия.

Значимость именно формальной проверки соответствия представленных документов условиям гарантии удачно подчеркнута в ст. 6 Унифицированных правил для гарантий по требованию: «Гаранты имеют дело с документами, а не с товарами, услугами или работами, к которым документы могут иметь отношение». Норма комментируемого пункта представляет собой заимствование из процитированного положения, изложенное, правда, более формальным языком.

В Унифицированных правилах для гарантий по требованию намного удачнее решен вопрос о подписях на документах. Во-первых, ст. 19 этих правил допускает представление документов вообще без подписи в том случае, если бенефициар направил гаранту неподписанные документы, которые в остальном могут выполнять функцию обычного документа, а при этом в гарантии нет требования о представлении подписанных документов. Если в гарантии отсутствует указание на то, что документы должны быть подписаны определенным лицом, то должны быть приняты любые документы, содержащие подпись (скриптурный акт), в том числе без указания имени и должности подписавшего документ.

По всей видимости, в отсутствие подобного регулирования в нормах ГК РФ соответствующие положения (о подписях на документах) будут крайне желательны в текстах независимых гарантий. Например, если в гарантии есть требование о представлении счетов-фактур, а в отношениях между бенефициаром и принципалом существует электронный обмен такими документами, то представленные распечатки электронных счетов-фактур (т.е. не содержащие соответствующих подписей вообще) могут быть отклонены гарантом именно по этой формальной причине. Указание в гарантии на то, что представляются и неподписанные документы, эту проблему снимает.

3.2. Именно вопрос о том, соответствуют ли представленные бенефициаром документы требованиям, указанным в гарантии, является ключевым в судебных спорах между бенефициарами и гарантами о взыскании сумм гарантий.

При этом зачастую гаранты выдвигают доводы о том, что условие гарантии о составе документов, которые подлежат представлению бенефициаром, содержит дополнительные требования к содержанию документов. Как правило, соответствующие положения гарантий действительно могут быть истолкованы двусмысленно. Например, в одном из дел банк-гарант заявил о том, что представленные документы (спецификации на отгрузку товара) являются ненадлежащими, так как они относятся к договорам поставки чулочно-носочных изделий, заключенным до выдачи гарантии. Общие фразы гарантии о том, что ею обеспечивается обязательство оплатить поставленные принципалу чулочно-носочные изделия, были истолкованы Президиумом ВАС РФ в том смысле, что оно должно распространяться на любые заключенные принципалом и бенефициаром договоры поставки этого товара. Президиум ВАС РФ объяснил такое решение известным приемом толкования договора, который именуется толкованием *contra proferentem* (т.е. толкованием к невыгоде того лица, которое составило текст сделки). Таким лицом является, как правило, гарант (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № 3853/14; см. также подробнее комментарий к ст. 431 ГК РФ).

В другом деле Президиум ВАС РФ счел, что гарант не может отказать в платеже со ссылкой на то, что из представленных документов не следует, что подрядчик допустил нарушение договора подряда и заказчик был вправе отказать в одностороннем порядке от договора подряда и потребовать возврата неотработанного подрядчиком аванса. Президиум ВАС РФ подчеркнул, что из текста гарантии не следует, что она была дана в обеспечение обязательств по возврату неотработанного аванса, обязательство по возврату которого возникло в связи с нарушениями подрядчика. А это означает, что вызывающее сомнения условие должно быть истолковано против автора текста гарантии, т.е. против гаранта (Постановление Президиума ВАС РФ от 2 октября 2012 г. № 6040/12).

Споры по гарантиям, рассмотренные КЭС ВС РФ, также свидетельствует о том, что толкование положений гарантий, основанное на приеме *contra proferentem*, прижилось в судебной практике. Так, в одном деле Коллегия истолковала против банка условие гарантии, из которого было не ясно, какие именно требования – возникшие до определенной даты или после нее – обеспечены гарантией; Коллегия признала, что при неясности соответствующего условия следует считать, что обеспеченными являются все требования (Определение КЭС ВС РФ от 20 мая 2015 г. № 307-ЭС14-4641).

Статья 375¹. Ответственность бенефициара

Бенефициар обязан возместить гаранту или принципалу убытки, которые причинены вследствие того, что представленные им документы являлись недостоверными либо предъявленное требование являлось необоснованным.

Комментарий

(а) Комментируемая статья устанавливает правила об ответственности бенефициара за злоупотребления независимой природой гарантии.

Прежде всего необходимо установить характер такой ответственности, в частности, имеет ли она договорный или внедоговорный характер. От ответа на этот вопрос зависят многие практические последствия. Так, ответственность за внедоговорный вред (ст. 1064 ГК РФ) базируется на принципе вины (пусть и презюмируемой); ответственность за вред, причиненный нарушением договорного обязательства, основывается на идее о том, что нарушитель, являющийся лицом, которое осуществляет предпринимательскую деятельность, отвечает и за случайно допущенное нарушение (см. п. 3 ст. 401 ГК РФ).

Если признать, что бенефициар, представивший недостоверные документы или предъявивший необоснованное требование, отвечает по правилам деликтного права (гл. 59 ГК РФ), то это будет означать, что он может освободиться от ответственности, если докажет, что он не знал и не мог знать о том, что представленные документы недостоверны (например, были фальсифицированы третьими лицами, не являющимися сотрудниками бенефициара).

Если же исходить из того, что ответственность бенефициара в рамках комментируемой статьи основывается на п. 3 ст. 401 ГК РФ, то бенефициар сможет освободиться от ответственности только в том случае, если докажет, что представление недостоверных документов или необоснованного требования произошло вследствие действия непреодолимой силы. Понятно, что такое фактически маловероятно; следовательно, бенефициар будет отвечать за причиненные убытки всегда.

Формально, бенефициар не состоит ни с гарантом, ни с принципалом в договорных отношениях по поводу гарантии. Гарантия является односторонней сделкой, обязывающей гаранта осуществить платеж; принципал состоит в договорных отношениях лишь с гарантом (договор о выдаче гарантии), договорная же связь у него с бенефициаром в рамках обеспечительных правоотношений вообще отсутствует.

Таким образом, формально можно утверждать, что вред, причиненный предъявлением необоснованного требования и недостоверных документов, является все-таки внедоговорным и должен регулироваться положениями гл. 59 ГК РФ.

Единственным догматическим возражением, которое можно было бы выдвинуть против этого вывода, является довод о том, что в силу положений ст. 156 ГК РФ к односторонним сделкам могут быть применены положения о договорах, если иное не вытекает из существа сделки, т.е. в том числе правила о последствиях нарушения договорных обязательств (прежде всего ст. 401 ГК РФ).

Представляется, что квалификация действий бенефициара, охватываемых ст. 375¹ ГК РФ, как деликта является все же более предпочтительным решением. Это связано с тем, что бенефициар, не участвуя в составлении текста гарантии, не должен нести повышенную ответственность (за случайные нарушения) за свои действия при предъявлении требования. Применение принципа ответственности за вину, фундаментального для деликтного права, в данном случае является более предпочтительным, чем безвиновная ответственность предпринимателей, установленная п. 3 ст. 401 ГК РФ.

(б) Но здесь следует сделать важную оговорку. Комментируемая норма говорит именно об ответственности, т.е. о возмещении убытков. И такая ответственность, как указано ранее, видимо, должна носить деликтный характер и зависеть от вины бенефициара. Само же требование о возврате неосновательно полученного должно квалифицироваться как иск о возврате неосновательного обогащения и подчиняться правилам гл. 60 ГК РФ. Соответственно тот факт, что бенефициар не несет ответственность за предъявление необоснованных требований в силу применения правил ст. 401 ГК РФ, освобождает его от обязанности возмещения убытков, но не освобождает от необходимости вернуть неосновательное обогащение.

Положения ст. IV.G.-3:106 Модельных правил европейского частного права также подчиняют требование бенефициара о возврате неосновательно полученного по гарантии правилам о неосновательном обогащении.

Соответственно с учетом этого положения комментируемой статьи должны пониматься как дающие принципалу или гаранту право требовать от бенефициара, получившего платеж от гаранта при отсутствии обеспеченного долга, возмещения убытков в дополнение к кондикционному иску.

(в) Принципал может заявить требование о возврате полученного бенефициаром и возмещении убытков в связи с заявлением необоснованного требования о платеже по гарантии в случае, если бенефициар потребовал и получил исполнение от гаранта в ситуации отсутствия обеспеченного долга.

Если регрессное требование гаранта было удовлетворено, то это неизбежно означает, что бенефициар получил исполнение недолжного за счет принципала. Разумеется, все дополнительные затраты и иные убытки, понесенные принципалом в связи с таким злоупотреблением бенефициара, также подлежат возмещению, если отсутствуют основания для освобождения бенефициара от ответственности.

(г) Ответственность бенефициара перед гарантом также основана на случае получения бенефициаром исполнения недолжного (в том числе двойного исполнения

как от гаранта, так и от принципала). Иск гаранта к бенефициару о возврате неосновательного обогащения и возмещении убытков, причиненных необоснованным требованием о платеже, возможен, в частности, в ситуации, когда гаранту не удалось удовлетворить регрессный иск к принципалу (например, вследствие банкротства последнего).

Статья 376. Отказ гаранта удовлетворить требование бенефициара

1. Гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования, если это требование или приложенные к нему документы не соответствуют условиям независимой гарантии либо представлены гаранту по окончании срока действия независимой гарантии. Гарант должен уведомить об этом бенефициара в срок, предусмотренный пунктом 2 статьи 375 настоящего Кодекса, указав причину отказа.

2. Гарант имеет право приостановить платеж на срок до семи дней, если он имеет разумные основания полагать, что:

- 1) какой-либо из представленных ему документов является недостоверным;**
- 2) обстоятельство, на случай возникновения которого независимая гарантия обеспечивала интересы бенефициара, не возникло;**
- 3) основное обязательство принципала, обеспеченное независимой гарантией, недействительно;**
- 4) исполнение по основному обязательству принципала принято бенефициаром без каких-либо возражений.**

3. В случае приостановления платежа гарант обязан уведомить бенефициара и принципала о причинах и сроке приостановления платежа незамедлительно.

4. Гарант несет ответственность перед бенефициаром и принципалом за необоснованное приостановление платежа.

5. По истечении срока, предусмотренного пунктом 2 настоящей статьи, при отсутствии оснований для отказа в удовлетворении требования бенефициара (пункт 1 настоящей статьи) гарант обязан произвести платеж по гарантии.

Комментарий

1. Принцип независимости гарантии ярко проявляется в регулировании оснований для отказа в платеже по гарантии, которые устанавливаются комментируемой статьей. В случае если в гарантии содержатся дополнительные основания для отказа в платеже по ней, связанные не с соблюдением бенефициаром тех или иных формальных требований, а с действительным состоянием отношений между принципалом и бенефициаром, такую гарантию следует квалифицировать как поручительство (см. комментарий к ст. 368 ГК РФ ранее).

1.1. В законе предусмотрено два основания для отказа в платеже по гарантии: истечение срока действия гарантии и непредставление бенефициаром документов, указанных в гарантии.

1.2. Судебная практика ВАС РФ выработала третье основание — явная недобросовестность бенефициара (см. п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. № 27).

Самый типичный пример такой недобросовестности – это случай, когда бенефициар злонамеренно и умышленно требует от гаранта выплаты в ситуации, когда он уже получил ранее платеж по обеспеченному гарантией долгу от принципала.

Аналогичного подхода придерживается и ВС РФ. Так, в одном из определений КЭС ВС РФ указано следующее: «В качестве исключения из общего принципа независимости банковской гарантии сложившаяся судебная практика рассматривает ситуацию, когда недобросовестный бенефициар, уже получивший надлежащее исполнение по основному обязательству, в целях собственного неосновательного обогащения, действуя умышленно во вред гаранту и принципалу, требует платежа от гаранта» (Определение КЭС ВС РФ от 12 августа 2015 г. № 305-ЭС15-4441). Это основание для отказа в выплате базируется в судебной практике на положениях ст. 10 ГК РФ.

Логика судов, видимо, была такой. Взыскание с гаранта денежной суммы по гарантии в пользу бенефициара, уже получившего исполнение (и тем самым желающего получить второй раз один и тот же долг), неизбежно породит регрессное требование к принципалу. Окажется, что принципал заплатит одну и ту же сумму дважды – и бенефициару, и гаранту. Разумеется, впоследствии принципал сможет предъявить к бенефициару иск о неосновательном обогащении, который с высокой степенью вероятности будет удовлетворен. Но восстановление *status quo* потребует нового судебного процесса. Кроме того, возможно, что бенефициар окажется неплатежеспособным и т.п. Решение, позволяющее отказывать в удовлетворении требований бенефициара при наличии неоспоримых доказательств уплаты долга должником, снижает издержки, которые должны будут понести все участники отношений по гарантии (за счет вынужденного «круговорота» денежных средств), и избавляет судебную систему от тех дел, которые могут быть отсечены еще на стадии возникновения спора.

Вероятно, выработанный судебной практикой подход о правомерности отказа в выплате по гарантии при угрозе двойного платежа в дальнейшем начнет применяться и в ситуации, когда у гаранта имеются однозначные доказательства не полного, а частичного погашения долга принципалом.

Так, например, при реализации такого подхода, если гарант получает требование по гарантии на сумму в 10 млн руб., а у него имеются достоверные доказательства того, что принципалом долг погашен на сумму в 9 млн руб., гарант может осуществить выплату в размере 1 млн руб. и отказать в выплате в остальной части по основанию злоупотребления правом.

1.3. По сути в этом не указанном прямо в законе, но выводимом в судебной практике основании для отказа в выплате по гарантии проявляется определенное ослабление идеи независимости гарантии, выработанное в целях противодействия явным злоупотреблениям.

Строго выдержать принцип неакцессорности российское право не смогло, по всей видимости, по причине оказавшихся довольно распространенными на практике злоупотреблениями независимым характером гарантии.

Но допущение отказа в выплате по гарантии на основании ст. 10 ГК РФ вопреки прямо провозглашенной в п. 1 ст. 370 ГК РФ идее независимости долга гаранта от обеспечиваемого обязательства несколько размывает различие между акцессорным поручительством и неакцессорной гарантией и ставит ребром вопрос об оп-

ределении четких критериев квалификации требования по гарантии в качестве злоупотребления правом.

Такие критерии, видимо, должны быть достаточно жесткими и не приводить к тому, что отказ в выплате по гарантии можно будет обосновывать отсутствием оснований для удовлетворения бенефициара по обеспечиваемому требованию, поскольку это полностью лишит независимость гарантии какого-либо смысла и окончательно размоет различие между поручительством и гарантией.

В настоящий момент в судебной практике эти критерии пока лишь нащупываются.

Так, например, использование иных способов погашения долга (например, зачет, прощение долга, новация или предоставление отступного, расторжение договора), в результате которых принципал и гарант полагают, что долг принципала перед бенефициаром прекращен, как правило, не рассматриваются судами как основание для применения ст. 10 ГК РФ. Это связано с тем, что обсуждение вопроса о том, произошло ли прекращение обеспеченного долга, неизбежно повлечет необходимость вникать в существо отношений между бенефициаром и принципалом, что невозможно в деле по иску бенефициара против гаранта.

Так, например, в одном деле ВС РФ также подтвердил, что простое неисполнение бенефициаром (заказчиком) тех или иных обязанностей по обеспеченному договору (в данном деле – уклонение заказчика от принятия надлежаще выполненных работ по договору подряда) не означает наличие у гаранта права отказать в платеже (по гарантии, выданной в обеспечение обязательств по возврату неотработанных подряда авансов) со ссылкой на ст. 10 ГК РФ (Определение КЭС ВС РФ от 12 августа 2015 г. № 305-ЭС15-4441).

1.4. Иначе говоря, пока единственный поддержанный высшими судами случай правомерного отказа в выплате по гарантии имеет место тогда, когда гарант получает от принципала бесспорные подтверждения осуществления платежа (в форме соответствующего платежного документа с реквизитами, указывающими однозначно на то, что данный платеж погашал обеспеченный долг). Наличие у гаранта доказательств прощения долга, зачета, предоставления отступного, новации, расторжения договора и т.п., как правило, не считается основанием для отказа в выплате.

Представляется, что по тем же причинам не может являться основанием для отказа в выплате по гарантии то обстоятельство, что обеспечиваемый такой гарантией долг не возник (например, обязанность по возврату неотработанных авансов не возникла в силу неправомерности расторжения договора).

В то же время иногда в практике ВС РФ встречаются намеки на то, что при наличии явных признаков злоупотребления правом со стороны бенефициара отказ в выплате может быть признан допустимым и при отсутствии обеспечиваемого обязательства.

Так, в Определении КЭС ВС РФ от 28 июля 2016 г. № 305-ЭС16-3999, в котором рассматривался вопрос о правомерности отказа в выплате по гарантии в ситуации, когда у гаранта имелись сомнения в возникновении обеспечиваемого гарантией обязательства по уплате неустойки, Суд, признавая отказ гаранта в выплате неправомерным, тем не менее указал: «В качестве исключения из общего принципа независимости банковской гарантии сложившаяся судебная практика рассматривает ситуацию, когда недобросовестный бенефициар в целях собственного неосновательного обогащения, действуя во вред гаранту и принципалу,

требует платежа от гаранта *в отсутствие обеспечиваемого обязательства*. В этом случае иск бенефициара не подлежит удовлетворению на основании статьи 10 Гражданского кодекса».

Данный пассаж наводит на мысль о том, что, если бы отсутствие оснований для начисления неустойки принципалу было бы абсолютно очевидным, Суд мог бы признать требование к гаранту об оплате такой неустойки злоупотреблением правом.

В другом деле КЭС ВС РФ, не согласившись с правомерностью отказа в выплате, все же указал, что для подтверждения злоупотребления правом гарантом могли быть представлены доказательства, подтверждающие, что у подрядчика не возникло обеспечиваемое гарантией обязательство по возврату аванса (Определение КЭС ВС РФ от 20 мая 2015 г. № 307-ЭС14-4641).

Таким образом, вряд ли можно уверенно утверждать, что закрепленный сейчас в практике высших судов случай угрозы двойного платежа не будет в дальнейшем дополнен какими-то иными случаями, когда гарант будет признан управомоченным отказать в выплате по гарантии со ссылкой на злоупотребление правом.

Например, есть основания предполагать, что в выплате может быть отказано, если имеется вступившее в силу судебное решение, подтверждающее погашение долга должника иным кроме фактического платежа способом или его отсутствие. Так, если суд признал неправомерным расторжение договора и констатировал сохранение его в силе, требование бенефициара о выплате по гарантии, обеспечивавшей обязательство поставщика (принципала) по возврату предоплаты, является очевидным злоупотреблением правом.

1.5. Можно предложить в качестве критерия для применения ст. 10 ГК РФ в подобном рода случаях следующее: гарант вправе отказать в выплате по гарантии на основании злоупотребления правом, *если у любого разумного лица на его месте с учетом доступной ему информации и без специального исследования состояния отношений между принципалом и бенефициаром не возникало бы абсолютно никаких сомнений в отсутствии (в том числе прекращении) обеспечиваемого обязательства и недобросовестности поведения бенефициара, пытающегося получить неосновательное обогащение*. Одни лишь сомнения (даже разумные) в наличии у бенефициара оснований для получения исполнения от принципала не могут послужить причиной для отказа в выплате.

Иначе говоря, если гарант уверен в том, что обеспеченного обязательства нет либо оно прекращено платежом или на ином основании, он может *на свой страх и риск* отказать удовлетворять требование бенефициара в надежде на то, что к моменту рассмотрения спора у него окажутся на руках бесспорные доказательства неосновательности требований бенефициара (например, вступивший в силу судебный акт, подтверждающий отсутствие обеспеченного долга принципала).

Но если к моменту рассмотрения спора по иску бенефициара гаранту не удастся получить и представить в суд бесспорные доказательства верности данной информации, изучение которых не потребует привлечения в дело третьих лиц или проведения каких-либо сложных исследований, гарант не сможет подтвердить свой аргумент об очевидном злоупотреблении правом, и тогда он будет привлечен к ответственности за просрочку в исполнении своего обеспечительного обязательства перед бенефициаром. Перспектива такого развития событий должна в теории вынуждать

гаранта отказывать в выплате по гарантии только в ситуации, когда он абсолютно уверен в недобросовестном характере требования бенефициара.

О праве гаранта отказать в выплате по гарантии в ситуации, когда требование бенефициара со всей очевидностью является злоупотреблением права или носит мошеннический характер, говорит и п. 1 ст. IV.G.-3:105 Модельных правил европейского частного права.

1.6. Гарант обязан уведомить бенефициара об отказе в платеже в пятидневный срок, указав причины, по которым он принял такое решение. В отношении стандарта исполнения этой обязанности подлежит применению принцип добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ). Это означает, что банк должен максимально подробно указать бенефициару на его ошибки при заявлении требования о платеже (какие документы не были представлены или какие имеются дефекты в предъявленных документах), с тем чтобы бенефициар имел возможность оперативно исправить их и предъявить повторное требование.

2. Новеллой регулирования гарантий является введение для гаранта семидневного периода, который можно условно обозначить как «период для сомнений». В течение этого периода гарант вправе приостановить платеж по гарантии. Он необходим для того, чтобы гарант имел возможность обсудить с принципалом состояние его отношений с бенефициаром и сделать вывод о том, не произведен ли принципалом платеж по обеспеченному долгу.

2.1. Продолжительность «периода сомнений» семь дней. Эта норма диспозитивная, так как она не содержит запрета устанавливать иной срок «периода сомнений» в гарантии, но во всяком случае общий срок рассмотрения требования бенефициара должен укладываться в установленный императивной нормой п. 2 ст. 375 ГК РФ 30-дневный срок.

2.2. Основанием для приостановления платежа является наличие у гаранта обоснованных сомнений в том, что обеспеченный долг существует. Законодатель устанавливает четыре ситуации, являющиеся основанием для приостановления платежа: 1) недостоверность представленных документов; 2) невозникновение долга принципала; 3) исполнение принципалом обеспеченного долга; 4) недействительность обеспеченной сделки. Последнее основание является весьма сомнительным, поскольку в силу п. 3 ст. 329 ГК РФ при недействительности обеспеченной сделки обеспечительная сделка будет автоматически обеспечивать обязательства по реституции.

3. К уведомлению гаранта о приостановлении платежа подлежит применению стандарт добросовестного поведения (п. 3 ст. 307 ГК РФ), предполагающий, что гарант должен максимально подробно описать основания для приостановления платежа, с тем чтобы бенефициар имел возможность оперативно устранить сомнения гаранта.

4. Если гарант необоснованно приостановил платеж, он обязан возместить бенефициару причиненные этим убытки.

Это касается не только случаев, когда гарант отказал в платеже, но бенефициар добился судебного взыскания суммы по гарантии, но и ситуаций, когда впоследствии гарант совершил платеж. В случае если отсрочка в платеже (максимальный срок

которой – семь дней) повлекла за собой возникновение убытков у бенефициара, они также подлежат возмещению.

Лицом, имеющим право на возмещение убытков, вызванных необоснованным приостановлением платежа, также является и принципал. Эти убытки могут составлять, например, суммы тех штрафных санкций, которые бенефициар начислит принципалу за период необоснованного приостановления банком платежа.

5. Как уже упоминалось, процедура приостановления платежа нужна не столько для гаранта, сколько для предостережения бенефициара от предъявления необоснованного требования.

Этот вывод подтверждается нормой п. 5 комментируемой статьи, из которой следует, что основания для приостановления платежа не являются основаниями для отказа в выплате по гарантии. Исключение составляет разве что выработанное судебной практикой недопущение получения гарантом платежа в результате злоупотребления правом. В случае если срок для приостановления платежа истек и установленные законом или в судебной практике основания для отказа в выплате (непредставление документов, предъявление гарантии за пределом срока ее действия, злоупотребление правом) отсутствуют, гарант обязан совершить платеж, даже если бенефициар никак на сомнения гаранта не отреагировал.

Тем не менее в период приостановления гарант может предпринять шаги по защите своего интереса, например, в уголовно-процессуальном порядке.

Статья 377. Пределы обязательства гаранта

1. Предусмотренное независимой гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром ограничено уплатой суммы, на которую выдана гарантия.

2. Ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательства по гарантии не ограничена суммой, на которую выдана гарантия, если в гарантии не предусмотрено иное.

Комментарий

1. Ограничение акцессорности гарантии выражается также и в ограничении действия акцессорности объема обеспечительного требования. Например, поручитель обязан уплатить кредитору столько, сколько должен должник или, скажем, залогодержатель может потребовать выплатить ему из стоимости предмета залога денежной суммы, которая соответствует долгу должника перед ним. В случае с гарантией правило является принципиально иным – гарант платит в пределах суммы гарантии независимо от того, что обеспеченный долг может быть существенно выше.

1.1. Этот платеж прекращает требование бенефициара к принципалу; переход требования к гаранту не происходит (см. комментарий к ст. 379 ГК РФ). К погашению требования бенефициара применяются, в частности, положения ст. 319 ГК РФ.

1.2. Применение этой нормы не составляет проблемы в случаях, когда сумма гарантии является определенной.

В случае если сумма гарантии является определенной, комментируемую норму следует применять с учетом возникновения или невозникновения тех обстоятельств, которые влияют на сумму гарантии.

2. Если гарант допустил необоснованное приостановление платежа по гарантии либо неправомерно отказался платить по гарантии и в отношении него бенефициар поставил вопрос о применении мер ответственности в виде неустойки (установление в гарантии неустойки за несвоевременный платеж допускается судебной практикой, см. Постановление Президиума ВАС РФ от 21 марта 2000 г. № 6820/99) или возмещения убытков, соответствующие суммы являются самостоятельным долгом гаранта, образовавшимся в результате его собственных действий.

В связи с этим по общему правилу выплаченные гарантом суммы санкций не входят в общую сумму гарантии и не могут быть возмещены впоследствии за счет принципала в порядке регресса.

Исключением из этого правила будут случаи, когда необоснованное приостановление платежа было связано с недобросовестным поведением принципала (например, принципал сообщил ложные сведения о своих отношениях с бенефициаром, из которых гарант сделал ошибочный вывод о наличии оснований для приостановления платежа). В последней ситуации суммы санкций, уплаченные бенефициару, могут быть взысканы гарантом с принципала в порядке регресса.

Статья 378. Прекращение независимой гарантии

1. Обязательство гаранта перед бенефициаром по независимой гарантии прекращается:

- 1) уплатой бенефициару суммы, на которую выдана независимая гарантия;**
- 2) окончанием определенного в независимой гарантии срока, на который она выдана;**
- 3) вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии;**
- 4) по соглашению гаранта с бенефициаром о прекращении этого обязательства.**

2. Независимой гарантией или соглашением гаранта с бенефициаром может быть предусмотрено, что для прекращения обязательства гаранта перед бенефициаром необходимо вернуть гаранту выданную им гарантию.

Прекращение обязательства гаранта по основаниям, указанным в подпунктах 1 и 2 пункта 1 настоящей статьи, не зависит от того, возвращена ли ему независимая гарантия.

3. Гарант, которому стало известно о прекращении независимой гарантии по основаниям, предусмотренным настоящей статьей, должен уведомить об этом принципала без промедления.

Комментарий

1. Комментируемый пункт содержит самые очевидные основания для прекращения гарантии (уплата суммы гарантии, истечение срока гарантии, отказ бенефициара от прав по гарантии и соглашение о прекращении гарантии).

1.1. Срок гарантии является сроком существования права, а не сроком исковой давности. В связи с этим в случае пропуска срока он не может быть восстановлен.

1.2. Однако закрытость перечня оснований для прекращения гарантии, содержащегося в комментируемом пункте, не означает, что не возможны иные

способы прекращения гарантии (например, путем зачета, ликвидации гаранта или бенефициара и другие способы прекращения обязательств, предусмотренные гл. 26 ГК РФ).

Следует также помнить о том, что в соответствии с п. 1 ст. 371 ГК РФ гарантия может быть прекращена односторонним волеизъявлением самого гаранта (отзыв гарантии), если такое право предоставлено гаранту текстом гарантии.

Кроме того, указание в п. 1 комментируемой статьи на то, что гарантия прекращается в результате соглашения гаранта и бенефициара открывает полную свободу усмотрения указанных сторон отношений, возникающих из гарантии.

1.3. Также не исключено, что гарантия может прекратиться в результате соглашения между принципалом и бенефициаром, в котором будет предусмотрено освобождение гаранта от обязательств по гарантии (договор в пользу третьего лица, ст. 430 ГК РФ).

2. В случае прекращения гарантии последняя (если она составлена в письменной форме, а не в форме *SWIFT*-сообщения или в форме иного электронного документа) должна быть возвращена гаранту, если обязанность по возврату гарантии предусмотрена в самой гарантии. Если такая обязанность прямо не предусмотрена, бенефициар обязан вернуть гарантию при получении требования гаранта. Это следует из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ), а также общего правила п. 2 ст. 408 ГК РФ о том, что кредитор, чье требование было подтверждено соответствующим долговым документом, обязан вернуть его должнику по требованию последнего после учинения исполнения.

2.1. Согласно п. 2 комментируемой статьи с возвратом гаранту независимой гарантии текст такой гарантии может связывать сам факт прекращения обязательств гаранта вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии и соглашения гаранта с бенефициаром о прекращении обязательства по гарантии.

Из смысла данной нормы следует, что факт прекращения обязательств гаранта на основании уплаты гарантом бенефициару суммы, на которую выдана независимая гарантия, или окончания определенного в независимой гарантии срока, на который она выдана, не может быть увязан с моментом ее возврата. Предъявление требования по гарантии за пределами ее срока (даже если у бенефициара сохранится на руках подлинник гарантии) повлечет за собой отказ в платеже. Равным образом бенефициар, получивший платеж от гаранта, но сохранивший на руках подлинник гарантии, никогда уже более не сможет получить платеж второй раз. Гарант предъявит доказательство платежа по гарантии и этого будет достаточно для отказа в иске.

3. Закон обязывает гаранта незамедлительно уведомить принципала о прекращении гарантии, чтобы принципал понимал, что его обязательство более не обеспечено гарантией, поскольку с этим могут быть связаны серьезные последствия для принципала в его отношениях с бенефициаром, например, акселерация долга в связи с его необеспеченностью.

В то же время данная норма, видимо, должна толковаться ограничительно. Вряд ли гарант обязан извещать принципала о прекращении гарантии в связи с истечением ее срока, если принципал ранее был извещен о сроке выданной гарантии.

Статья 379. Возмещение гаранту сумм, выплаченных по независимой гарантии

1. Принципал обязан возместить гаранту выплаченные в соответствии с условиями независимой гарантии денежные суммы, если соглашением о выдаче гарантии не предусмотрено иное.

2. Гарант не вправе требовать от принципала возмещения денежных сумм, уплаченных бенефициару не в соответствии с условиями независимой гарантии или за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром, за исключением случаев, если соглашением гаранта с принципалом предусмотрено иное либо принципал дал согласие на платеж по гарантии.

Комментарий

1. В результате платежа у гаранта по общему правилу возникает требование к принципалу о возмещении уплаченного.

1.1. Такое требование является регрессным, и к нему применяются положения соглашения гаранта и принципала о выдаче гарантии, а также норма п. 3 ст. 200 ГК РФ о начале течения срока исковой давности по регрессным обязательствам (срок исковой давности начинает течь со дня исполнения основного обязательства). Регрессный характер требования гаранта отличает, как уже упоминалось выше, гарантию от поручительства, при котором происходит суброгация (переход кредиторского требования к поручителю, исполнившему свое обязательство).

Ранее именно на регрессный характер такого требования прямо указывала ст. 379 ГК РФ, но с 1 июня 2015 г. данное указание было устранено. Тем не менее это изменение, видимо, не должно рассматриваться как намек на суброгационную природу такого требования. Переход права в силу закона возможен только тогда, когда имеется соответствующая норма закона. Таковой в ГК РФ не существует.

Кроме того, с экономической точки зрения платеж по гарантии с обязательством принципала возместить сумму уплаченного в порядке регресса может рассматриваться как кредит, который был выдан гарантом принципалу путем уплаты кредиторам принципала суммы долга¹. Несмотря на то что законом не предусмотрено применение положений гл. 42 ГК РФ о займе и кредите (в частности, положения ст. 809 и 811 ГК РФ о процентах за пользование кредитом и их начислении в дополнение к процентам за просрочку по денежному обязательству) к отношениям по возмещению выплаченных гарантом сумм, соответствующие нормы можно применять по аналогии.

1.2. В связи с тем, что требование гаранта является регрессным (т.е. вновь возникшим), принципал не имеет права выдвигать против гаранта какие-либо возражения, вытекающие из отношений принципала с бенефициаром (например, возражение об истечении срока исковой давности по обеспеченному требованию, о том, что бенефициар-подрядчик ненадлежащим образом выполнил работы, оплата которых была обеспечена гарантией, и т.п.). Возражения принципала могут вытекать исключительно из договора между ним и гарантом о выдаче гарантии. Соответственно после выплаты

¹ Одно из объяснений того, почему в России независимая гарантия была именно банковской гарантией и правом ее выдачи обладали кредитные организации, как раз и заключалось в том, что природа гарантии оценивалась в юридической литературе как форма кредита.

возмещения гаранту принципал, имевший против бенефициара соответствующие возражения, будет вынужден предъявлять кондикционный иск к бенефициару.

Кроме того, из регрессной природы требования гаранта к принципалу следует, что к гаранту не переходят обеспечения, которые могли обеспечивать долг принципала перед бенефициаром.

1.3. Согласно комментируемой норме регресс может быть исключен соглашением о выдаче гарантии. В том случае, если гарант в соответствии с соглашением о выдаче гарантии не имеет права на предъявление требования о возмещении уплаченного, гарантия тяготеет уже не к кредиту, а к страхованию (именно этим, кстати, объясняется прежняя норма ГК РФ о том, что банковские гарантии имели право выдавать также страховые компании).

Тем не менее это не означает, что такие гарантии не могут быть выданы лицами, не являющимися профессиональными участниками страхового бизнеса. Например, материнская компания, имеющая общую экономическую цель с дочерней компанией, может выдать гарантию, не предусматривающую право на регресс, так как для нее экономически регресс является бессмысленным: выплата по гарантии с последующим регрессом или без такового по сути приведет к одному и тому же результату в виде уменьшения стоимости активов этой группы юридических лиц (уменьшение активов дочерней компании повлечет снижение стоимости корпоративного права, принадлежащего материнской компании).

1.4. Об особенностях регрессного требования гаранта к принципалу при выдаче гарантии без просьбы должника см. комментарий к п. 1 ст. 368 ГК РФ.

1.5. Регрессное требование к гаранту может быть обеспечено любыми способами обеспечения обязательств (залогом, поручительством), а также другой гарантией, называемой в обороте в таком случае контргарантией (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 17 ноября 1998 г. № 6429/98).

1.6. Следует сказать, что Модельные правила европейского частного права не проводят столь жесткого различия между требованиями о возмещении должником уплаченного по обеспечительному обязательству в рамках гарантии и в рамках поручительства. В обоих случаях применяется универсальный правовой режим, предполагающий, в том числе, суброгацию (см. ст. IV.G.-2:113 и IV.G.-3:109). В частности, к гаранту, исполнившему требование бенефициара по независимой гарантии, согласно этим статьям Модельных правил европейского частного права переходят обеспечения, которые также обеспечивали долг принципала перед бенефициаром (включая залог).

2. Не подлежат возмещению те суммы, которые были уплачены гарантом вследствие его собственных неправомερных действий.

2.1. Такие случаи распадаются на две группы. Первую из них составляют ситуации, когда гарант осуществил платеж по гарантии в нарушение ее условий (например, бенефициар не представил документов, предусмотренных гарантией) либо при наличии иного основания для отказа в платеже (например, за пределами срока действия гарантии).

Тем не менее такие платежи гаранта могут породить право на регресс в случае, если они были согласованы с принципалом в соглашении о выдаче гарантии либо отдельно.

2.2. Вторую группу составляют ситуации, когда гарант осуществил дополнительные выплаты в связи с собственной просрочкой. Например, гарант уплатил

бенефициару неустойку за просрочку платежа по гарантии; соответствующая сумма не возмещается принципалом.

В комментируемой статье предусматривается, что иное может быть установлено соглашением между принципалом и гарантом. Однако свобода усмотрения сторон, заключающаяся в возмещении гаранту денежных сумм, составляющих санкции за неправомерное поведение гаранта, должна быть резко ограничена. По всей видимости, речь должна идти исключительно о том, что такое возмещение возможно лишь в случае, если просрочка выплаты сумм по гарантии возникла в результате неправомерных действий принципала. Например, принципал не сотрудничал с гарантом при предъявлении бенефициаром требования о платеже либо предоставил гаранту недостоверную информацию.

В иных случаях (т.е. когда поведение принципала было безупречным) возмещение гаранту взысканных с него санкций будет нарушать фундаментальные принципы частного права и разумный баланс интересов сторон.

§ 7. Задаток

Статья 380. Понятие задатка. Форма соглашения о задатке

1. Задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне, в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения.

2. Соглашение о задатке независимо от суммы задатка должно быть совершено в письменной форме.

3. В случае сомнения в отношении того, является ли сумма, уплаченная в счет причитающихся со стороны по договору платежей, задатком, в частности вследствие несоблюдения правила, установленного пунктом 2 настоящей статьи, эта сумма считается уплаченной в качестве аванса, если не доказано иное.

4. Если иное не установлено законом, по соглашению сторон задатком может быть обеспечено исполнение обязательства по заключению основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором (статья 429).

Комментарий

1. Как следует из п. 1 ст. 380 ГК РФ, стороны могут согласовать в качестве обеспечения обязательства условие о задатке. Согласованную в качестве задатка денежную сумму уплачивает плательщик по договору своему контрагенту, рискуя при этом утратить данную сумму в случае нарушения договора со своей стороны и имея право требовать ее возврата в двойном размере в случае нарушения договора со стороны получателя. Задаток обеспечивает взаимные обязательства сторон двустороннего возмездного договора, одно из которых носит денежный характер.

1.1. По сути задаток выступает в качестве меры ответственности. В связи с этим к задатку подлежат применению общие положения ГК РФ об ответственности. В частности, задаток не может быть применен против нарушившей договор стороны, если та освобождается от ответственности (ст. 401 ГК РФ). Также суд вправе

снизить размер присваиваемого задатка или половину возвращаемого в двойном размере задатка, если имела место вина кредитора (ст. 404 ГК РФ).

1.2. Задаток является фактически особой разновидностью неустойки, хотя и рассматривается в доктрине и судебной практике чаще всего как особая мера ответственности наряду с неустойкой. Основное отличие задатка от неустойки состоит в механике его реализации (внесение «наперед», право присвоения и обязанность вернуть в двойном размере). С учетом близости правовой природы неустойки и задатка неудивительно, что нормы о неустойке применимы к задатку по аналогии закона. В частности, к задатку подлежит применению ст. 333 ГК РФ (п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81, см. комментарий к ст. 333 ГК РФ).

1.3. Как указано в п. 1 ст. 380 ГК РФ, задаток имеет три основные функции. Во-первых, он обеспечивает обязательства по договору (точнее сказать, выступает в качестве санкции за нарушение обязательств). Во-вторых, он подтверждает факт заключения договора. В-третьих, он имеет платежную функцию, так как уплата задатка засчитывается в счет платежей по договору.

При этом тот факт, что задаток выступает в качестве доказательства заключения договора, не означает, что включение в договор условия о задатке превращает договор в реальный. Иногда встречающееся мнение о том, что до внесения задатка договор не считается заключенным, не вытекает из закона и является не вполне логичным.

1.4. Как следует расценить конструкцию, во всем идентичную обычному задатку, но не имеющую платежную функцию? Такая ситуация имеет место тогда, когда некая сумма вносится стороной, которая не является плательщиком по договору. При нарушении договора этой стороной указанная сумма присваивается пострадавшей стороной, при нарушении договора получателем такого платежа последний должен вернуть его в двойном размере, но при этом платежная функция отсутствует, так как либо денежные обязательства по такому договору вовсе отсутствуют (например, договор мены, соглашение акционеров и т.п.), либо они возложены на получателя платежа. Нет никаких сомнений, что такого рода проявление свободы договора должно допускаться, несмотря на то, что описанная конструкция не соответствует в полной мере квалифицирующим признакам классического задатка. Будет ли она непоименованным способом обеспечения, к которому по аналогии применяются нормы о задатке и неустойке, или неустойкой — вопрос по большому счету не принципиальный, так как отличия в правовых режимах задатка и неустойки незначительны.

1.5. В силу п. 5 ст. 448 ГК РФ задаток может вноситься в качестве условия участия в торгах, обеспечивая в этом случае обязательства заключить договор по результатам торгов между организатором торгов и их победителем.

2. Норма п. 2 ст. 380 ГК РФ устанавливает обязательность письменной формы соглашения о задатке. При этом в отличие от ст. 331 ГК РФ, которая прямо указывает на то, что несоблюдение письменной формы соглашения о неустойке влечет недействительность такого соглашения, п. 2 ст. 380 ГК РФ не содержит оговорку о недействительности. Соответственно, в силу п. 1–2 ст. 162 ГК РФ такое соглашение в случае его заключения в устной форме будет действительным, но стороны будут лишены права ссылаться на свидетельские показания при доказывании факта согласования задатка и его условий. Такое решение законодателя по-разному урегу-

лировывать один и тот же элемент правовых режимов неустойки и задатка несколько непоследовательно. Между неустойкой и задатком нет принципиальных различий, которые могли бы убедительно обосновать такое различие в регулировании.

3. Согласно п. 3 ст. 380 ГК РФ если существует сомнение в вопросе, имели ли стороны в виду именно задаток или их воля была направлена на согласование простого аванса, суды должны склоняться к последнему варианту интерпретации. Иначе говоря, в спорных случаях задаток не предполагается. Поэтому стороны должны отражать свою волю согласовать задаток максимально ясно и недвусмысленно.

В силу этой же нормы в случае, когда соглашение о задатке заключено устно, соответствующий платеж следует квалифицировать в качестве аванса, если с учетом ограничения на допустимые средства доказывания, предусмотренного в ст. 162 ГК РФ, не будет доказано обратное.

4. До 1 июня 2015 г. по вопросу о возможности обеспечения задатком обязательств по предварительному договору существовали три позиции. ВС РФ вполне обоснованно признавал такую возможность (определения КГД ВС РФ от 10 марта 2009 г. № 48-В08-19; от 13 ноября 2012 г. № 11-КГ12-20), в то время как ВАС РФ абсолютно неоправданно отвергал ее (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 января 2010 г. № 13331/09). Некоторые же нижестоящие арбитражные суды были склонны рассматривать такую конструкцию в качестве законного, но непоименованного средства обеспечения. С учетом редакции п. 4 ст. 380 ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., вопрос можно считать решенным, и допустимость включения условия о задатке в предварительный договор – окончательно признанной. Задаток, будучи включен в предварительный договор, реализует свои обеспечительную и доказательственную функции в отношении обязательств по предварительному договору, в то время как платежную функцию – по основному договору в случае его заключения в рамках реализации предварительного договора. Иначе говоря, задаток засчитывается в счет платежей по основному договору, когда и если он будет заключен. Последнее не указано прямо в законе, но легко выводится из смысла закона. По сути, платежная функция задатка, включенного в предварительный договор, носит отложенный характер, что не мешает этому условию быть квалифицированным в качестве полноценного задатка и подпадать под правила, предусмотренные ст. 380–381 ГК РФ. Но важный нюанс состоит в том, что для признания такого рода условия в качестве задатка необходимо, чтобы вносила его та сторона предварительного договора, которая станет плательщиком по основному договору в случае его заключения.

Статья 381. Последствия прекращения и неисполнения обязательства, обеспеченного задатком

1. При прекращении обязательства до начала его исполнения по соглашению сторон либо вследствие невозможности исполнения (статья 416) задаток должен быть возвращен.

2. Если за неисполнение договора ответственна сторона, давшая задаток, он остается у другой стороны. Если за неисполнение договора ответственна сторона, получившая задаток, она обязана уплатить другой стороне двойную сумму задатка.

Сверх того, сторона, ответственная за неисполнение договора, обязана возместить другой стороне убытки с зачетом суммы задатка, если в договоре не предусмотрено иное.

Комментарий

1. Согласно п. 1 ст. 381 ГК РФ при прекращении обеспечиваемого обязательства по соглашению сторон до начала его исполнения или вследствие невозможности исполнения задаток подлежит возврату. Это вполне логичное решение, так как расторжение договора прекращает оба взаимных обязательства и разрывает синаллагматическую связь. Та же ситуация возникает и при прекращении одного из двух взаимных обязательств невозможностью исполнения: встречное обязательство в этом случае также отпадает, так как иначе разрывалась бы синаллагматическая связь. А раз оба взаимных обязательства в указанных случаях прекращаются, то оснований для удержания задатка больше не остается.

1.1. Вызывает некоторое сомнение указание на то, что задаток возвращается при прекращении обязательства по соглашению сторон или в силу невозможности исполнения до начала исполнения данного обязательства. Представляется, что толковать данную норму от обратного и выводить из нее оставление задатка у кредитора при прекращении обеспеченного обязательства после начала его исполнения не стоит. Если, например, заказчик внес задаток, подрядчик приступил к исполнению, но после этого наступает невозможность исполнения, прекращающая обязательство подрядчика, и при этом подрядчик не отвечает за возникновение невозможности, блокирование возврата задатка не имеет под собой никаких оснований. Что касается расторжения по соглашению сторон, то и оно не должно блокировать возврат задатка, даже если оно заключено после начала исполнения. Единственное возможное исключение проявляется в ситуации, когда договор расторгается, хотя и по соглашению, но основанием для такого расторжения послужило нарушение договора одной из сторон или прямо выраженный неправомерный отказ исполнять свои обязательства. Но и в таком случае проведение какой-либо черты по линии «до или после начала исполнения» нелогично. Если сторона еще до начала исполнения заявляет другой стороне прямо, что она не будет (не хочет, не может и т.п.) исполнять свои обязательства, и в итоге стороны пришли в связи с этим к соглашению о расторжении, в котором вопрос о судьбе задатка не решен, то логично предполагать, что стороны подразумевали оставление задатка у получившей его стороны.

1.2. Положения п. 1 ст. 381 ГК РФ являются, безусловно, диспозитивными. В частности, стороны соглашения о расторжении договора могут договориться о том, что задаток остается у лица, его получившего, в счет покрытия потерь, вызванных расторжением договора (т.е. в качестве платы за согласие на расторжение). Стороны также вправе договориться о том, что задаток не подлежит возврату и при прекращении обязательств невозможностью исполнения.

2. Пункт 2 ст. 381 ГК РФ фиксирует квалифицирующие признаки задатка, то, как этот институт в принципе работает (право на присвоение задатка и возврат в двойном размере).

2.1. Как видно из указанной нормы, задаток носит «обоюдоострый» характер и может выступить в качестве меры ответственности в отношении случаев нару-

шения обоих взаимных обязательств сторон двустороннего договора, что нехарактерно для других мер ответственности. Если стороны договорились о том, что при нарушении договора стороной, получившей задаток, у другой стороны нет права требовать возвращения задатка в двойном размере, и подлежит возврату только сумма уплаченного задатка, такое условие следует признавать законным. Но при этом, так как эта воля сторон явным образом расходится с квалифицирующими признаками задатка, следует считать, что стороны договорились о праве получателя аванса присвоить его себе в качестве неустойки в случае нарушения договора другой стороной и вынужденного расторжения договора. Как уже отмечалось в комментарии к ст. 330 ГК РФ, условие о присвоении аванса является особой разновидностью неустойки.

2.2. При этом основанием для применения условия о задатке является согласно п. 2 ст. 381 ГК РФ «неисполнение договора». Речь в данном случае не идет о том, что задаток нельзя применить в случае ненадлежащего исполнения. Под неисполнением договора для целей настоящей нормы подразумевается не сам характер нарушения (текущая просрочка), а правовой итог, к которому пришли отношения сторон нарушенного договора с учетом реакции кредитора на состоявшееся нарушение. Договор окончательно становится неисполненным в случае, когда пострадавшая от нарушения договора сторона расторгла договор. Соответственно, использовать механизм задатка можно по общему правилу тогда, когда произошло такое нарушение, которое спровоцировало пострадавшую сторону на расторжение нарушенного договора. При этом неважно, состояло ли нарушение в неисполнении (т.е. текущей просрочке) или ненадлежащем исполнении (т.е. исполнении обязательства с просрочкой или иным дефектом). Таким образом, задаток является аналогом неустойки, установленной на случай вынужденного расторжения нарушенного договора и покрывающей убытки кредитора от срыва контракта (подробнее о такой неустойке см. комментарии к ст. 330 ГК РФ и п. 2 ст. 396 ГК РФ). Если кредитор требует возврата задатка в двойном размере или заявляет о его присвоении, договор должен одновременно или предварительно расторгаться. Покупатель не может требовать возврата двойного размера задатка из-за нарушения продавцом своих обязательств по передаче вещи и одновременно настаивать на передаче вещи в натуре.

Такое толкование конструкции задатка соответствует тому, что на практике имеют в виду стороны большинства соглашений о задатке. Поэтому оно должно быть признано как подразумеваемое диспозитивное правило. При этом ничто не мешает сторонам согласовать задаток, который можно применять (требовать возврата в двойном размере или присваивать) при одном лишь факте нарушения (например, при попадании продавца в просрочку), независимо от того, влечет ли такое нарушение расторжение договора или нет.

2.3. Согласно абз. 2 п. 2 ст. 381 ГК РФ кредитор вправе взыскать с нарушителя договора убытки с зачетом суммы задатка (т.е. в сумме, превышающей размер задатка), если стороны не согласовали иное. Что понимается под согласованием иного? Во-первых, это альтернативное соотношение задатка и убытков. Во-вторых, кумулятивное взыскание и того, и другого. В-третьих, исключение права на взыскание убытков и ограничение прав кредитора только реализацией механизма задатка. Это положение дел в целом соответствует тому решению, которое отражено в законе применительно к неустойке (ст. 394 ГК РФ).

§ 8. Обеспечительный платеж

Статья 381¹. Обеспечительный платеж

1. Денежное обязательство, в том числе обязанность возместить убытки или уплатить неустойку в случае нарушения договора, и обязательство, возникшее по основаниям, предусмотренным пунктом 2 статьи 1062 настоящего Кодекса, по соглашению сторон могут быть обеспечены внесением одной из сторон в пользу другой стороны определенной денежной суммы (обеспечительный платеж). Обеспечительным платежом может быть обеспечено обязательство, которое возникнет в будущем.

При наступлении обстоятельств, предусмотренных договором, сумма обеспечительного платежа засчитывается в счет исполнения соответствующего обязательства.

2. В случае ненаступления в предусмотренный договором срок обстоятельств, указанных в абзаце втором пункта 1 настоящей статьи, или прекращения обеспеченного обязательства обеспечительный платеж подлежит возврату, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

3. Договором может быть предусмотрена обязанность соответствующей стороны дополнительно внести или частично вернуть обеспечительный платеж при наступлении определенных обстоятельств.

4. На сумму обеспечительного платежа проценты, установленные статьей 317¹ настоящего Кодекса, не начисляются, если иное не предусмотрено договором.

Комментарий

1. Статья 381¹ ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., вводит регулирование такого давно известного практике способа обеспечения, как обеспечительный платеж. В реальной договорной практике такие условия нередко обозначают так же, как гарантийный платеж (депозит), страховой депозит или обеспечительный депозит.

1.1. Обеспечительный платеж, как он урегулирован теперь в ГК РФ, следует отличать от условия договора, которое стороны иногда называют также обеспечительным платежом, но которое, по сути, является условием о задатке. Возникновение практики обозначения задатка в качестве обеспечительного платежа касалось в основном случаев обеспечения обязательств по предварительному договору и было вызвано желанием сторон обойти признанный в свое время в практике ВАС РФ запрет на включение задатка в предварительный договор (см. комментарий к ст. 380 ГК РФ). В свете того что ГК РФ с 1 июня 2015 г. прямо признал возможность включения задатка в предварительный договор (п. 4 ст. 380 ГК РФ), а также чтобы избежать путаницы, которая неизбежно возникает в связи с тем, что законодатель термин «обеспечительный платеж» присвоил совсем иному способу обеспечения, использование вместо понятия «задаток» эвфемизма «обеспечительный платеж» нецелесообразно.

1.2. Суть конструкции обеспечительного платежа состоит в том, что одна из сторон договора в обеспечение возможных в будущем, но не predeterminedных своих денежных обязательств перед кредитором вносит ему вперед некую сумму на своего рода «депозит», сумма которого (или часть суммы которого) может быть кредитором зачтена к сумме возникшего у лица, внесшего такой платеж, денежного обязательства

(если таковое действительно возникнет). Такие денежные платежи часто вносятся при получении вещей в прокат (при этом нередко ошибочно называются залогом) и нацелены на обеспечение возможных требований прокатной конторы о погашении ущерба в случае порчи или гибели объекта проката. В аренде недвижимости такого рода «депозиты», как правило, нацелены на покрытие возможного ущерба недвижимости, либо неустоек, начисляемых на арендатора в связи с возможными нарушениями условий использования предмета аренды. Чаще всего требованиями, ради гарантирования которых вносятся такие «депозиты», являются требования о возмещении убытков или неустойки. Но потенциал такой конструкции достаточно широк. Обеспечительный платеж может вноситься в счет возможных обязательств по возмещению потерь (ст. 406¹ ГК РФ), внесению платы за отказ от договора или его за изменение (п. 3 ст. 310 ГК РФ), возмещение расходов на исполнение обязательства и т.п. Кроме того, например, в финансовых сделках деривативного типа подобного рода «депозиты» могут гарантировать оплату соответствующих периодических платежей, если оные в результате колебания цены базового актива будут причитаться с внесшей такой «депозит» стороны.

1.3. При возникновении денежного обязательства, обеспеченного внесением должником обеспечительного платежа, у другой стороны возникает право на зачет требования по данному обязательству к встречному требованию плательщика о возврате обеспечительного платежа. Из буквального прочтения п. 1 данной статьи (слова «засчитывается») может возникнуть впечатление, что такой зачет осуществляется автоматически. Но такое толкование вряд ли оправдано, так как не соответствует общепринятой практике, тому, что имеют в виду большинство контрагентов, согласовывающих обеспечительный платеж, и не вполне соответствует логике такого института, как способ обеспечения обязательств. Для последних характерно инициативное их использование по воле кредитора. Соответственно, зачет должен происходить не автоматически, а на основе инициативы лица, получившего обеспечительный платеж. Реализация зачета по смыслу ст. 381¹ ГК РФ происходит посредством уведомления должника. Кредитор, у которого возникло обеспеченное таким платежом денежное требование к должнику, может и не воспользоваться своим правом на зачет, оставив себе возможность воспользоваться им в будущем, и потребовать от должника погашения данного возникшего долга на общих основаниях. Тот факт, что требование адресата зачета (например, арендатора) о возврате обеспечительного платежа еще не созрело, не препятствует зачету в рамках данной конструкции; достаточно лишь того, что созрело обеспеченное требование заявителя зачета. Это, впрочем, в полной мере укладывается в общие правила о зачете (см. комментарий к ст. 410 ГК РФ), которые устанавливают в качестве позитивной предпосылки зачета лишь созревший характер требования заявителя зачета.

Лицо, внесшее такой платеж, не вправе инициировать такой зачет и освободиться от исполнения обеспеченного таким платежом обязательства, сославшись на наличие у кредитора обеспечительного платежа. Последнее связано с тем, что требование этой стороны о возврате обеспечительного платежа еще не созрело, что не соответствует требованиям ст. 410 ГК РФ об условиях допустимости зачета. В то же время если срок действия договора и возврата обеспечительного платежа наступает, такое лицо также приобретает право на зачет.

При этом ничто не блокирует право сторон договориться в договоре, что правом на зачет обладает также и лицо, внесшее обеспечительный платеж. Кроме того, стороны могут договориться, что зачет будет происходить автоматически в момент возникновения обеспеченного обязательства.

1.4. Стороны могут договориться о восполняемом характере обеспечительного платежа. В последнем случае, если в ходе исполнения договора возникло обеспечиваемое денежное обязательство, и кредитор воспользовался своим правом на зачет, у него возникает право потребовать донесения обеспечительного платежа с целью восстановления размера обеспечения на случай повторного возникновения соответствующих обязательств (например, выявления нового ущерба арендованному имуществу). По общему правилу обеспечительный платеж является невозполняемым.

1.5. От обычного аванса обеспечительный платеж отличается тем, что он вносится не с целью погашения существующего денежного долга за товар, работы или услуги, а на покрытие денежных обязательств внесшего такой платеж лица, которые еще не существуют в момент уплаты обеспечительного платежа и возникновение которых в будущем не predetermined. Вероятностный характер возникновения обеспечиваемых денежных обязательств (т.е. самого основания для оплаты) препятствует признанию таких «депозитов» классическим авансированием. Этот квалифицирующий признак обеспечительного платежа не вполне четко отражен в тексте ст. 381¹ ГК РФ, но может быть выведен из толкования п. 1 данной статьи и самой природы этого института. Во-первых, если бы речь шла о внесении обеспечительного платежа в счет уже возникших денежных обязательств (например по оплате), то данная конструкция была бы обычным авансом и лишалась бы статуса обеспечения и не заслуживала бы указания в [гл. 23](#) ГК РФ, посвященной средствам обеспечения. Во-вторых, указанные в п. 1 ст. 381¹ ГК РФ примеры тех обязательств, которые могут быть обеспечены обеспечительным платежом, как раз и состоят в обязательствах, возникновение которых не predetermined (убытки, неустойка, платежи по деривативным договорам). В-третьих, в норме п. 1 ст. 381¹ ГК РФ указывается на то, что обеспечительным платежом может быть обеспечено обязательство, которое возникнет в будущем. Данное положение следует толковать не как устанавливающее одну из возможностей, а как указание на квалифицирующий признак обеспечительного платежа. Иначе говоря, условие договора должно квалифицироваться как обеспечительный платеж только тогда, когда этот платеж обеспечивает обязательство, которое может возникнуть в будущем.

1.6. При этом ничто не мешает сторонам предусмотреть в договоре комбинированное условие о внесении аванса, который может использоваться арендодателем одновременно и в качестве обеспечительного платежа. Например, стороны договора аренды могут согласовать внесение арендатором аванса за последний месяц аренды и установить, что данную сумму арендодатель может использовать в качестве обеспечения возможных обязательств арендатора по покрытию убытков арендодателя, связанных с причинением вреда арендованному имуществу, или неустойки, начисленной за нарушение арендатором тех или иных обязательств. В подобных случаях при возникновении соответствующих денежных обязательств арендатора в ходе исполнения договора арендодатель может зачесть сумму такого аванса в счет своих возникших требований и предъявить арендатору требование о повторном внесении аванса за последний месяц аренды.

Кроме того, вполне возможна (и часто используется на практике) и такая комбинация, когда обеспечительный платеж рассматривается как аванс за последний месяц аренды, но проявляет себя как обеспечение не только в случае выявления нарушений арендатором условий договора аренды и возникновения обязательств по возмещению убытков или уплате неустойки, но и в случае осуществления арендатором закрепленного за ним в договоре права на немотивированный отказ от договора, выступая в этом случае обеспечением обязательства арендатора по внесению платы за отказ от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ). Если арендатор отказался от договора, а обеспечительный платеж не сработал ранее в обеспечение обязательств по возмещению убытков или уплате неустойки, такой платеж засчитывается в счет платы за отказ от договора. При этом стороны договора аренды, предоставляя такое право на немотивированный отказ еще и арендодателю, закрепляют на случай осуществления арендодателем этого права его обязанность вернуть такой обеспечительный платеж в двойном или ином кратном размере. Здесь соответствующая сумма сверх суммы полученного обеспечительного платежа являет собой плату за отказ от договора арендодателя. В подобной ситуации обеспечительный платеж, идущий в покрытие платы за отказ от договора любой из сторон договора аренды, очень напоминает задаток, но, конечно же, таковым не является, так как не связан с нарушением договора. Пример использования такой смешанной конструкции см. в Определении КЭС ВС РФ от 27 октября 2015 г. № 305-ЭС15-6784.

1.7. Обеспечительный платеж отличается от обычного залога тем, что объектом обеспечения является денежная сумма, переходящая в «собственность» кредитора, который может использовать ее по собственному усмотрению, и подлежит возврату в случае невозникновения обеспеченного денежного обязательства и нереализации кредитором своего права на зачет. В отличие от обеспечительного платежа при залоге денежных средств на банковском счете (ст. 358⁹ ГК РФ) соответствующая сумма не поступает в распоряжение кредитора, а резервируется на залоговом счете, открытом залогодателем.

1.8. Обеспечительный платеж в чем-то похож на эскроу (условное депонирование), но в отличие от последнего тут стороны обходятся без привлечения третьего лица: «депозит» передается в руки самого кредитора.

1.9. Обеспечительный платеж следует также отличать от такого условия договора, как гарантийное удержание. Последнее нередко используется в договорах купли-продажи или подряда и состоит в том, что определенная часть причитающейся продавцу (подрядчику) цены задерживается и выплачивается по окончании гарантийного срока с той целью, что, если в период гарантийного срока будут выявлены дефекты, покупатель (заказчик) сможет зачесть свои требования по возмещению расходов на устранение дефектов и иных убытков к сумме данного гарантийного удержания, с него причитающейся. В отличие от гарантийного удержания обеспечительный платеж вносится одной из сторон договора «наперед».

1.10. Обеспечительный платеж также следует отличать от задатка. Во-первых, последний носит «обоюдоострый» характер и обеспечивает взаимные обязательства сторон (в случае нарушения договора стороной, получившей задаток, она обязана вернуть его в двойном размере). Обеспечительный платеж обеспечивает лишь

обязательства той стороны, которая его вносит. Во-вторых, реализация условия о задатке означает либо присвоение всей суммы задатка, либо истребование его в двойном размере. Коррекция этой суммы возможна только по правилам ст. 333 ГК РФ. При этом в случае с обеспечительным платежом сторона, его получившая, вправе присвоить себе путем зачета только ту часть полученного обеспечительного платежа, которая соответствует реальному размеру возникшего денежного обязательства другой стороны. В-третьих, задаток, как правило, имеет цель обеспечить интересы сторон на случай, если в результате нарушения договора последний будет расторгнут и окажется неисполненным (см. комментарий к ст. 380 ГК РФ). Использование же зачета в отношении обеспечительного платежа вполне может сочетаться с сохранением договора в силе.

1.11. Если в договоре предусматривается право стороны, внесшей обеспечительный платеж, немотивированно отказаться от договора в одностороннем порядке, в договоре может быть предусмотрено, что сумма обеспечительного платежа при отказе от договора остается у другой стороны в качестве платы за отказ от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ). В таком случае никакого заявления о зачете не требуется. Если в договоре такое условие прямо не оговорено, тот же результат может быть достигнут посредством обычного зачета требования о внесении платы за отказ от договора и встречного требования о возврате обеспечительного платежа. В последнем случае встречные обязательства прекращаются полностью (если размер платы за отказ от договора и обеспечительного платежа совпадает) или в соответствующей части (если размер таких встречных требований не совпадает) на основании общих правил ГК РФ о зачете.

1.12. Если обеспечительный платеж был внесен арендатором, а впоследствии арендодатель отчуждает объект аренды и договор аренды сохраняется и связывает нового собственника по правилам п. 1 ст. 617 ГК РФ, к новому собственнику переходит на основании закона и обязательство по возврату обеспечительного платежа по окончании согласованного арендатором в договоре с прежним собственником срока его «удержания», и право зачесть обеспеченные таким платежом требования к арендатору к сумме платежа. Положение арендатора не должно ухудшиться или иным образом меняться в связи с изменением арендодателя, но требование о возврате обеспечительного платежа арендатор будет предъявлять уже новому арендодателю. Данное обстоятельство должно учитываться сторонами договора об отчуждении объекта аренды в цене такого договора.

1.13. Спорным является вопрос о допустимости принудительного истребования обеспечительного платежа при уклонении контрагента от его внесения после заключения договора или при необходимости восполнить восполняемый обеспечительный платеж. Представляется, что такое истребование следует допустить. Но для абсолютной надежности до прояснения судебной практики сторонам рекомендуется эту возможность прямо прописывать в контракте.

1.14. Спорным является вопрос о судьбе такого обеспечения в случае возбуждения дела о банкротстве против одной из сторон договора. Например, в случае банкротства стороны, внесшей обеспечительный платеж, возникает проблема реализации предусмотренного в комментируемой норме механизма зачета, связанная с общим запрещением зачета при банкротстве в российском праве. Более детальный анализ этой проблематики выходит за рамки настоящего комментария.

2. Согласно п. 2 ст. 381 ГК РФ если обеспеченное денежное обязательство возникло, но до реализации зачета прекращено (например, путем добровольного погашения должником возникшего денежного обязательства), а также если в течение срока, на который обеспечительный платеж предоставлен, не возникло обеспечиваемое денежное обязательство и не реализовано право на зачет, полученный обеспечительный платеж подлежит возврату.

При этом если в договоре не предусмотрен срок, на который обеспечительный платеж вносится, следует исходить из того, что он вносится на весь период действия договора, и обязанность по его возврату наступает после истечения срока действия договора или его досрочного прекращения. Стороны могут при этом предусмотреть, что обеспечительный платеж возвращается позже, чем дата прекращения договорных отношений, имея в виду, что некоторые денежные обязательства могут возникнуть или быть идентифицированы спустя некоторое время после прекращения договорных отношений (например, выявлен скрытый ущерб, причиненный арендатором возвращенному предмету аренды).

3. Пункт 3 предусматривает и без того очевидную возможность согласовать в договоре условие о коррекции размера обеспечительного платежа в течение срока действия договора. Стороны могут указать, что при наступлении определенных обстоятельств (отлагательных условий) лицо, внесшее такой платеж, обязано уплатить дополнительную сумму, увеличив размер «зарезервированного» у другой стороны обеспечительного платежа, либо лицо, получившее такой платеж, обязано вернуть его часть, уменьшив соответствующий размер находящегося у него обеспечительного платежа. Таким образом, размер «зарезервированного» у одной из сторон обеспечительного платежа может быть плавающим и регулярно корректироваться. Такая возможность может быть особенно востребованной применительно к финансовым сделкам деривативного типа.

4. Пункт 4 ст. 381¹ ГК РФ содержит правило о том, что на сумму обеспечительного платежа проценты по ст. 317¹ ГК РФ по общему правилу не начисляются, но сторонам не запрещается согласовать в договоре иное. Эта норма была актуальна в условиях редакции ГК РФ, действовавшей с 1 июня 2015 г. по 1 августа 2016 г., когда начисление процентов по ст. 317¹ ГК РФ предполагалось по умолчанию. Получается, что законодатель выводил из-под действия этого общего правила отношения по обеспечительному платежу. В отношении договоров, заключенных после 1 августа 2016 г., данная норма теряет актуальность, так как законодатель изменил само общее правило и вовсе исключил начисление процентов по ст. 317¹ ГК РФ по умолчанию.

Статья 381². Применение правил об обеспечительном платеже

Правила об обеспечительном платеже (статья 381¹) применяются также в случаях, если в счет обеспечения вносятся подлежащие передаче по обеспечиваемому обязательству акции, облигации, иные ценные бумаги или вещи, определенные родовыми признаками.

Комментарий

Согласно ст. 381² ГК РФ правила об обеспечительном платеже подлежат применению к аналогичным условиям договора, единственной особенностью которых является то, что предмет обеспечиваемого будущего обязательства состоит не в уплате денег, а в передаче вещей, определенных родовыми признаками, или ценных бумаг. При этом важно понимать, что в такого рода случаях, когда объектом обеспечительного платежа являются ценные бумаги или родовые вещи, обеспечиваемое обязательство должно иметь однородный предмет. Иначе говоря, в обеспечение обязательства по передаче определенного вида акций определенной компании, которое может возникнуть у одной из сторон в будущем, в договоре может быть согласована передача потенциальному кредитору по такому обязательству определенного количества однородных акций в качестве обеспечительного «платежа».

Если ценные бумаги или родовые вещи передаются кредитору в обеспечение будущего денежного обязательства, имеет место залог (если права на это имущество остаются у должника) или в той степени, в которой закон допускает такого рода конструкцию, — обеспечительная передача права собственности (если права на это имущество передаются кредитору). К обеспечительному платежу эти конструкции отношения не имеют.

Глава 24. ПЕРЕМЕНА ЛИЦ В ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ

§ 1. Переход прав кредитора к другому лицу

1. Общие положения

Статья 382. Основания и порядок перехода прав кредитора к другому лицу

1. Право (требование), принадлежащее на основании обязательства кредитору, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или может перейти к другому лицу на основании закона.

2. Для перехода к другому лицу прав кредитора не требуется согласие должника, если иное не предусмотрено законом или договором.

Если договором был предусмотрен запрет уступки, сделка по уступке может быть признана недействительной по иску должника только в случае, когда доказано, что другая сторона сделки знала или должна была знать об указанном запрете.

Предусмотренный договором запрет перехода прав кредитора к другому лицу не препятствует продаже таких прав в порядке, установленном законодательством об исполнительном производстве и законодательством о несостоятельности (банкротстве).

3. Если должник не был уведомлен в письменной форме о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных этим неблагоприятных для него последствий. Обязательство должника прекращается его исполнением

первоначальному кредитору, произведенным до получения уведомления о переходе права к другому лицу.

4. Первоначальный кредитор и новый кредитор солидарно обязаны возместить должнику – физическому лицу необходимые расходы, вызванные переходом права, в случае, если уступка, которая повлекла такие расходы, была совершена без согласия должника. Иные правила возмещения расходов могут быть предусмотрены в соответствии с законами о ценных бумагах.

Комментарий

1. Комментируемая статья содержит основные положения, регулирующие переход прав кредитора к другому лицу. Общее правило, закрепленное в п. 1, состоит в том, что обязательственные права оборотоспособны.

1.1. В рамках реформы ГК РФ систематизация [гл. 24](#) была существенно изменена. Так, в § 1, посвященном вопросам замены кредитора в обязательстве, появились такие подпараграфы, как «Общие положения», «Переход прав на основании закона» и «Уступка требования (цессия)». Такая структура соответствует пандектному принципу кодификации, предполагающему выделение общих положений наряду с правилами, регулирующими два основных частных случая перехода прав: уступку прав на основании сделки и переход прав в силу закона. Этот подход предполагает, что общие положения должны применяться во всех ситуациях, которые не урегулированы особыми положениями. Например, в специальных правилах о переходе прав кредитора в силу закона нет норм, посвященных уведомлению должника. Соответственно порядок и последствия уведомления (равно как и его отсутствия) подчиняются общим положениям о переходе прав кредитора к другому лицу с теми или иными модификациями, вытекающими из существа отношений.

В то же время надо признать, что ряд норм, которые относятся к общим положениям о переходе прав кредитора, по своему смыслу или прямому в них указанию применяются только к уступке. Поэтому пандектный принцип систематики [§ 1 гл. 24](#) ГК РФ не удалось выдержать в полной мере.

1.2. Под уступкой требования (цессией) в п. 1 комментируемой статьи понимается переход прав в результате совершения сделки, которая непосредственно переносит право требования на цессионария. Это значит, что применительно к уступке следует различать сделку уступки (цессию) как волеизъявление на непосредственное распоряжение правом (т.е. распорядительную сделку), с одной стороны, и договор, на основании которого такая уступка совершается, с другой стороны (т.е. обязательственную сделку, далее – договор или соглашение об уступке). Это разграничение отражено в п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. [№ 120](#) и в ряде постановлений Президиума ВАС РФ по конкретным делам (например, в Постановлении от 11 июня 2013 г. [№ 18431/12](#)), а теперь достаточно четко закреплено в п. 1 ст. [389¹](#) ГК РФ.

Таким договором, создающим основание для уступки, может быть и договор дарения права (п. 1 ст. [572](#) ГК РФ), и договор отчуждения права за денежную плату (с применением к такому договору норм о купле-продаже в силу п. 4 ст. [454](#) ГК РФ), и договор факторинга (ст. [824](#) ГК РФ), и договор отчуждения права в обмен на денежное встречное предоставление.

Подробнее см. комментарий к ст. 389¹ ГК РФ.

1.3. Основанием для перехода прав в силу закона может являться, в частности, универсальное правопреемство (например, наследование или в ряде случаев реорганизация) или суброгация (при исполнении обязательства поручителем, при выплате страхового возмещения страховщиком, при исполнении обязательства третьим лицом по правилам ст. 313 ГК РФ и т.п.). Подробнее о переходе прав в силу закона см. комментарий к ст. 387 ГК РФ.

1.4. При применении гл. 24 ГК РФ также необходимо учитывать, что в силу прямого указания п. 1 ст. 382 ГК РФ эти нормы регулируют лишь переход прав кредитора в рамках обязательственного правоотношения. По этой причине права по обязательству возместить ущерб имуществу, возместить неосновательное обогащение, уплатить убытки или неустойку в случае нарушения договора и другие обязательственные права переходят к новому кредитору по правилам гл. 24 ГК РФ (см., например, п. 16, 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120 о возможности уступки прав на возмещение договорных убытков и неустойки).

Иные субъективные гражданские права, не являющиеся обязательственными, переходят по другой процедуре. Так, передача исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности происходит в соответствии с правилами гл. 69 ГК РФ.

О возможности применения по аналогии закона некоторых норм гл. 24 ГК РФ к переходу секундарного права на акцепт по опциону см. комментарий к ст. 429² ГК РФ.

Определенные споры вызывал вопрос о возможности уступки или перехода в силу закона по правилам гл. 24 ГК РФ прав на возврат имущества, переданного по недействительной сделке (реституционного требования). В редакции ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., в п. 3 ст. 307¹ ГК РФ предусмотрено, что общие положения об обязательствах, если иное не установлено в законе и не следует из существа отношений, применяются к требованиям, связанным с применением последствий недействительности сделки. В поддержку возможности уступки реституционных требований ранее высказывался и ВАС РФ (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2000 г. № 1066/99). Таким образом, по общему правилу нет препятствий для перехода реституционных требований в соответствии с правилами гл. 24 ГК РФ. Вместе с тем в некоторых ситуациях из существа отношений может вытекать иное решение. Например, когда в рамках недействительной сделки передается имущество, которое отчуждателю не принадлежит (скажем, вор продает похищенную вещь), формально у него возникает реституционное требование о возврате вещи (поскольку реституция владения не связана с наличием права на вещь). Однако такой субъект не может распорядиться своим реституционным требованием путем его уступки, поскольку такие действия носят очевидно недобросовестный характер (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

Аналогичным образом должен решаться вопрос о допустимости уступки или перехода в силу закона прав на выплату дивидендов или прав на выплату действительной стоимости доли. Эти права вытекают из корпоративных отношений. В силу п. 3 ст. 307¹ ГК РФ к ним применяются общие правила об обязательствах, если иное не следует из закона или существа отношений. Представляется, что нет препятствий для перехода таких требований по правилам гл. 24 ГК РФ.

2. Следуя многовековой частнопредправовой традиции, п. 2 комментируемой статьи предусматривает, что по общему правилу переход прав кредитора происходит без согласия должника. Это объясняется тем, что должнику обычно безразлично, кому исполнять обязательство. Действительно, в большинстве случаев это так (например, должнику, как правило, все равно, на чей банковский счет он переводит денежные средства). Уведомление должника также не является необходимым условием перехода права как на основании цессии, так и в силу закона. Право кредитора переходит независимо от того, был ли должник уведомлен об этом или нет. Этот подход отражен и в ст. 9.1.7 Принципов УНИДРУА, и в п. 4 ст. III.-5:104 Модельных правил европейского частного права.

В то же время п. 2 комментируемой статьи допускает, что необходимость получения согласия должника на переход прав или вовсе полный запрет на переход прав могут быть установлены как законом, так и договором.

2.1. Если необходимость получения согласия должника установлена законом (например, для уступки арендных прав требуется согласие арендодателя — п. 2 ст. 615 ГК РФ), сделка уступки, совершенная без такого согласия, может быть оспорена по общим правилам ст. 173¹ ГК РФ о недействительности сделки, совершенной без необходимого в силу закона согласия третьего лица. При этом такая сделка будет признана недействительной, только если будет доказано, что цессионарий знал или должен был знать о необходимости наличия такого согласия и о его отсутствии.

Если закон вовсе запрещает уступку, то цессия в нарушение такого запрета будет ничтожной по п. 2 ст. 168 ГК РФ как нарушающая прямой законодательный запрет и права третьих лиц (в данном случае должника).

2.2. Что касается договорного запрета на уступку без согласия должника, то в договоре между должником и цедентом могут быть закреплены (а) абсолютный запрет уступки, (б) необходимость получения согласия должника на уступку или (в) некие иные ограничения (например, по персоналиям возможных цессионариев). Последствия нарушения цедентом такого запрета таковы. В силу общих правил ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств (в данном случае негативных) цедент обязан возместить должнику убытки или уплатить неустойку, если таковая предусмотрена в договоре. Но п. 2 ст. 382 ГК РФ идет дальше и дает должнику более сильный инструмент защиты, а именно: в силу положений комментируемого пункта уступка может быть оспорена должником, и важнейшим условием оспаривания является доказанная недобросовестность цессионария, который знал или должен был знать о запрете цессии при приобретении права или знал об отсутствии согласия должника на уступку (если договор требовал такого согласия). Этот подход является продолжением общего принципа запрета недобросовестного поведения, сформулированного в ст. 1 и 10 ГК РФ.

Цель нормы состоит, во-первых, в обеспечении повышенной защиты должника от не согласованного с ним изменения субъектного состава обязательственных отношений, а во-вторых, в противодействии недобросовестному поведению потенциального цессионария и лишении его стимулов побуждать кредитора к нарушению условий его договора с должником. Если не согласованная с должником цессия может быть оспорена, то это *de facto* дает должнику право вето на отчуждение кредитором прав по договору (с учетом того, что в большинстве случаев знание цессионария о наличии в договоре таких ограничений на уступку доказать будет достаточно легко).

Систематическое толкование п. 2 ст. 382 во взаимосвязи с п. 3 ст. 388 ГК РФ позволяет прийти к выводу, что п. 2 ст. 382 ГК РФ распространяется лишь на запреты уступки неденежных требований. Последствия нарушения запрета уступки денежных требований иные, и они урегулированы в специальной норме – п. 3 ст. 388 ГК РФ. Последняя не предусматривает возможность оспаривания уступки и предоставляет должнику лишь право на взыскание убытков с cedenta (или применение иных мер ответственности).

2.3. Какая сделка является оспоримой в силу п. 2 ст. 382 ГК РФ: обязательственное соглашение об уступке или распорядительная сделка, совершенная на основании этого соглашения? Более корректным представляется второй вариант. Если оспоримо само распоряжение, соглашение об уступке сохранит силу, что даст цессионарию возможность привлечь cedenta к ответственности за нарушение соглашения об уступке требования (с учетом условий соглашения об уступке, включая условие о неустойке). Если распоряжение должно осуществляться отдельно после заключения соглашения об уступке (например, при наступлении отлагательного условия или на основе отдельного распорядительного волеизъявления), отсутствие согласия должника на момент заключения соглашения об уступке требования не означает, что такое согласие не может быть получено позднее, к моменту самого распоряжения. В тех случаях, когда оно все-таки не было получено, совершенное вопреки этому распоряжение может быть оспорено, но цессионарий в такой ситуации сможет взыскать с cedenta убытки за нарушение договора. Если договор об уступке и само распоряжение совершаются одномоментно и на момент заключения договора об уступке нет согласия должника, но цессионарий был добросовестным (например, полагался на заверения cedenta о получении согласия должника), то также нет оснований для аннулирования всего договора; соответственно цессионарий сохраняет право взыскать с cedenta убытки. Если цессионарий был недобросовестным и подписывал соглашение об уступке, предусматривающее непосредственный и неотложенный переход права, зная об отсутствии необходимого согласия должника, то признанию недействительным подлежит все соглашение в целом, включая распорядительное волеизъявление.

2.4. Норма об оспоримости уступки, совершенной в нарушение договорного запрета, не препятствует установлению в договоре между должником и cedentом более мягких последствий нарушения такого запрета. Стороны могут исключить недействительность в качестве санкции за нарушение договорных запретов или ограничений на уступку и прямо предусмотреть в качестве единственного доступного должнику средства защиты взыскание убытков (или неустойки) за нарушение кредитором соответствующего обязательства воздерживаться от уступки. Такой подход зачастую критикуется на том основании, что договор не может исключать недействительность сделки, установленную законом. Это возражение имеет сугубо догматический характер, противоречащий цели данной нормы. Если бы сам запрет на уступку был установлен в законе, то у нас действительно не было бы оснований признавать возможность исключения такого последствия нарушения запрета. Но так как речь здесь идет о запрете, введенном самим договором во имя интересов должника, следует допустить возможность установить в договоре между кредитором и должником менее жесткие последствия нарушения запрета. К такому выводу приводит телеологическое толкование *a fortiori* (по принципу «тем более»): если

по общему правилу цессия без согласия должника допустима и не влечет никаких санкций в отношении cedentа и цессионария, но право допускает в целях защиты интересов должника установление в договоре запрета, предполагающего оспоримость совершенной цессии, то тем более оно должно допускать соглашение сторон об установлении договором такого запрета, нарушение которого предполагает менее жесткие последствия такой уступки. Если позволено большее, то не запрещается и меньшее.

2.5. Следует обратить внимание на то, что изложенные последствия запрета наступают при переходе прав кредитора в силу уступки требования. Соответственно даже если в соглашении должника с кредитором уступка запрещена или ее допустимость поставлена в зависимость от получения согласия должника, а право кредитора перешло в силу закона (например, к поручителю в порядке суброгации), то должник по общему правилу такой переход оспорить не сможет, ссылаясь на договорный запрет. Об исключениях из этого правила см. комментарий к ст. 387 ГК РФ.

2.6. Решение российского законодателя допустить возможность оспаривать уступку неденежного требования нельзя назвать общепринятым. Так, в Модельных правилах европейского частного права предложен иной подход: 1) уступка в нарушение договорного запрета в любом случае действительна и не подлежит оспариванию; 2) должник может применить к cedенту меры ответственности в связи с нарушением запрета уступки (взыскать убытки, неустойку и т.п.); 3) должник, даже будучи уведомленным о совершении цессии, может предоставить исполнение cedенту и освободиться от долга. Последнее право должника отпадает, если он прямо согласился на уступку или дал цессионарию разумные основания полагать, что запрета нет. Нет у должника такого права исполнять прежнему кредитору вопреки уведомлению об уступке и в случае уступки денежных требований (ст. III.-5:108 Модельных правил европейского частного права).

В то же время близкое к российскому режиму решение встречается в Принципах УНИДРУА: уступка денежного требования действительна, но cedент отвечает перед должником за нарушение договорного запрета. Уступка неденежного требования не имеет силы (в нашей системе координат ничтожна), если в момент уступки цессионарий знал или должен был знать о запрете. Если цессионарий не знал и не должен был знать о запрете цессии, уступка действительна, но cedент отвечает перед должником за нарушение запрета (ст. 9.1.9 Принципов УНИДРУА). Ничтожность цессии неденежных требований, совершенной в нарушение договорного запрета, представляется более целесообразным решением, чем предусмотренная российским законом оспоримость.

2.7. Важно обратить внимание на то, что в силу прямого указания в комментарии наличие договорного запрета на уступку не препятствует продаже требования с публичных торгов в рамках исполнительного производства или дела о банкротстве. Иной подход существенно ущемлял бы права кредиторов обладателя соответствующих обязательственных прав, так как за счет ограничения ликвидности этих прав блокировалась бы возможность удовлетворения требований таких кредиторов. Эта норма, безусловно, является императивной.

3. Общее правило о том, что согласия должника на уступку не требуется, отчасти оттеняется важным неписанным принципом, согласно которому положение должника

не должно ухудшаться в результате замены кредитора. Этот принцип не закреплен в законе *expressis verbis*, однако проник в ряд положений, посвященных переходу прав кредитора (см., например, ст. 386, 412 ГК РФ и др.), и признается в судебной практике (Определение КЭС ВС РФ от 25 сентября 2015 г. № 307-ЭС15-6545). Пункт 3 комментируемой статьи, развивая этот принцип защиты должника, устанавливает последствия отсутствия уведомления должника о смене кредитора. Следует обратить внимание на то, что данное правило имеет универсальный характер, т.е. применяется как в случае уступки требования, так и при переходе прав кредитора по любым другим основаниям.

3.1. Пунктом 3 комментируемой статьи предусмотрено, что уведомление должника о переходе прав кредитора должно быть совершено в письменной форме. Каковы последствия нарушения данного требования? Специальные правила, рассчитанные на применение в такой ситуации, законом не установлены. Поскольку уведомление – это действие, направленное на достижение определенных гражданско-правовых последствий, оно, видимо является односторонней сделкой. Следовательно, есть основания для применения к уведомлению должника общих положений о форме сделок. В силу ст. 162 ГК РФ несоблюдение простой письменной формы сделки не влечет ее недействительность, но не позволяет доказывать ее совершение свидетельскими показаниями. Соответственно если должник был уведомлен о переходе прав кредитора устно, но есть какие-то письменные доказательства того, что уведомление состоялось (например, должник подтверждает факт уведомления в переписке с третьим лицом), должник считается уведомленным со всеми вытекающими отсюда последствиями.

3.2. Принципиальное значение имеет прямое указание закона на то, что риск неблагоприятных последствий, связанных с отсутствием уведомления должника, несет цессионарий. Неблагоприятные последствия заключаются, разумеется, не в том, что cedent может оставить у себя полученное от неуведомленного должника исполнение по обязательству (см. п. 10 Информационного письма ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49).

Во-первых, под риском неблагоприятных последствий законодатель подразумевает то, что неуведомленный о переходе права должник при предоставлении исполнения первоначальному кредитору освобождается от обязательства (в новой редакции п. 3 ст. 382 ГК РФ указано даже, что «обязательство прекращается»). То же решение см. в п. 1 ст. III.-5:119 Модельных правил европейского частного права, ст. 9.1.10 Принципов УНИДРУА. Иными словами, новый кредитор утрачивает то право требования, которое перешло к нему от первоначального кредитора. Это, в частности, означает, что исполнение, которое неуведомленный должник ошибочно предоставил ненадлежащему лицу (прежнему кредитору), попадает в имущественную массу последнего. Например, если предмет уступленного требования была индивидуально-определенная вещь, она поступает в собственность первоначального кредитора. Разумеется, исполнение обязательства, полученное от неуведомленного должника, составляет неосновательное обогащение первоначального кредитора, которое тот должен передать новому кредитору. Соответственно один из связанных с этим рисков нового кредитора состоит в возможной несостоятельности правопреемника, при которой правопреемник будет вынужден участвовать в банкротных процедурах наряду с другими конкурсными кредиторами.

Во-вторых, неуведомленный должник освобождается от каких-либо санкций в связи с предоставлением исполнения первоначальному кредитору. Хотя формально он исполнил обязательство ненадлежащему лицу (право требования ведь более не принадлежит первоначальному кредитору), с должника нельзя взыскать убытки за просрочку, проценты, неустойку. Соответственно новый кредитор несет риск убытков, которые могут возникнуть у него в результате неполучения исполнения в срок.

В-третьих, новый кредитор утрачивает обеспечение исполнения обязательства (например, залог, поручительство), которое в такой ситуации прекращает существование вместе с основным (обеспеченным) обязательством (п. 4 ст. 329 ГК РФ). Требование нового кредитора о возврате неосновательного обогащения, предъявленное первоначальному кредитору, получившему исполнение от неуведомленного об уступке должника, будет необеспеченным. Таким образом, риск утраты обеспечения также возлагается на нового кредитора.

3.3. Телеологическое толкование данной нормы позволяет считать ее императивной в том смысле, что она не позволяет ухудшать положение должника в соглашении об уступке требования (например, предусмотреть недопустимость исполнения в пользу цедента даже при отсутствии уведомления об уступке). Цедент и цессионарий не могут своим договором вторгнуться в правовую сферу должника.

В то же время не вызывает сомнений то, что в соглашении об уступке требования цедент и цессионарий могут изменить распределение рисков, связанных с отсутствием уведомления должника. Сделать это можно, например, следующим образом: возложить на цедента обязанность по уведомлению должника о переходе требования, и тогда цедент обязан будет возместить цессионарию убытки, возникшие у последнего вследствие отсутствия уведомления должника.

4. Пункт 4 комментируемой статьи возлагает на первоначального кредитора и нового кредитора солидарное обязательство по компенсации должнику дополнительных расходов, связанных с переходом права. Однако это правило содержит ряд существенных ограничительных условий, которые в значительной степени сужают сферу его действия. Во-первых, расходы компенсируются только тем должникам, которые являются физическими лицами. Соответственно иные должники (в том числе коммерческие организации) не вправе рассчитывать на возмещение расходов, возникших в связи с переходом права. Никакой цивилистической или политико-правовой логики в этом правиле нет. Во-вторых, компенсируются только *необходимые* расходы. Буквальное толкование позволяет прийти к выводу, что речь идет лишь о тех дополнительных фактически понесенных расходах, без которых обязательство невозможно было бы исполнить новому кредитору. Любые иные фактически понесенные расходы, не являющиеся необходимыми для исполнения обязательства *новому кредитору* (например, те расходы, которые должник в любом случае должен был бы понести для исполнения обязательства, — упаковка, транспортировка, уплата банковских сборов и т.п.), компенсации не подлежат. Это ограничение выглядит логично. В-третьих, правило о солидарной обязанности по компенсации необходимых расходов применяется только в том случае, если замена кредитора произошла без согласия должника. По-видимому, эта норма мыслится как продолжение внедрения доктрины эстоппель, проникшей во многие институты нашего гражданского права (если должник соглашается с заменой кредитора, подразумевается, что его устраи-

вают и все связанные с этим последствия, включая возникновение дополнительных расходов). Если наше предположение верно, норма представляется неудачной. Отказ должника от права на компенсацию необходимых расходов, связанных со сменой кредитора, как и любой отказ от права, не может подразумеваться, а должен быть прямо или иным образом (пусть и конклюдентно) выражен. Тот факт, что должник согласен со сменой кредитора, отнюдь не означает, что он отказывается от своего права требовать возмещения расходов. Однако эта проблема может быть решена самим должником, который, соглашаясь на смену кредитора, может указать в своем согласии, что он при этом не отказывается ни от каких своих прав, связанных с переходом права кредитора к другому лицу. Правда, ожидать от граждан подобной предусмотрительности, как правило, не приходится.

4.1. Пункт 4, лишаящий права на возмещение дополнительных расходов должников, являющихся юридическими лицами, выглядит еще менее убедительным при его толковании во взаимосвязи с п. 2 ст. 316 ГК РФ. В случаях, когда конкретное место исполнения прямо не зафиксировано в договоре или законе, и в силу положений п. 1 ст. 316 ГК РФ таким местом является место нахождения кредитора, при замене кредитора место исполнения может в ряде случаев измениться, (например, в рамках обязательства по уплате наличных денег). А это может повлечь для должника необходимость несения дополнительных расходов (например, на переезд в отдаленный регион проживания нового кредитора). Следовательно, появляется возможность применить п. 2 ст. 316 ГК РФ. В силу этой нормы должник (не только гражданин, но и коммерческая организация) вправе претендовать на компенсацию любых дополнительных расходов, связанных изменением места исполнения по обстоятельствам, зависящим от первоначального кредитора (п. 2 ст. 316 ГК РФ). В заданных условиях положения п. 2 ст. 316 ГК РФ, видимо, следует толковать в качестве специальных по отношению к п. 4 ст. 382 ГК РФ: при изменении места исполнения обязательства в результате перехода права расходы подлежат возмещению любому должнику, а не только гражданину, а также независимо от того, давал ли должник свое согласие на уступку.

4.2. Ни в одном из ведущих международных правовых источников не только нет такого набора ограничений на возмещение расходов, связанных с переходом права кредитора к другому лицу, но и используются прямо противоположные подходы. В Модельных правилах европейского частного права предлагается дифференцированное решение: 1) при уступке денежного требования cedent обязан компенсировать любому должнику любые дополнительные расходы, которые возникнут у должника в связи с изменением места исполнения; 2) при уступке неденежного требования место исполнения вообще не меняется (п. 2 ст. III.-5:117). Принципы УНИДРУА в рассматриваемом вопросе еще лаконичнее: cedent или цессионарий обязаны компенсировать должнику любые дополнительные расходы, вызванные цессией (ст. 9.1.8 Принципов УНИДРУА).

4.3. Очевидно, что cedent и цессионарий своим договором не вправе отменить те гарантии, которые п. 4 ст. 382 ГК РФ предоставляет должнику. В этом контексте данная норма является императивной.

В то же время эта норма должна считаться диспозитивной в той мере, в какой отступление от нее предусмотрено в договоре между должником и cedentом. Если в договоре, из которого собственно уступаемое право изначально возникло, стороны

договорились о том, что при уступке кредитором своего права третьим лицам должник не претендует на возмещение расходов, то такое условие должно быть признано, так как в данной ситуации отсутствует убедительное политико-правовое основание для ограничения такого проявления свободы договора. Кроме того, договор между должником и кредитором может предусмотреть обязанность кредитора возместить все расходы, возникающие в связи с уступкой, несмотря на то, что должником является коммерсант.

4.4. В п. 4 упоминаются только расходы должника, которые повлекла уступка требования. Это наводит на мысль, что данное правило распространяется только на переход прав в силу уступки. Значит ли это, что в случае перехода права в силу закона эти правила не применяются? На наш взгляд, такой вывод не вытекает из смысла и целей комментируемой нормы. Поскольку она предназначена для защиты интересов должника, они должны одинаково защищаться как при уступке требования, так и при переходе прав кредитора в силу закона. Соответственно п. 4 ст. 382 ГК РФ должен толковаться расширительно и применяться во всех случаях перехода прав кредитора.

Статья 383. Права, которые не могут переходить к другим лицам

Переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности требований об алиментах и о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, не допускается.

Комментарий

(а) Права, упомянутые в ст. 383 ГК РФ, вообще оборотоспособны. Они не могут перейти к другому лицу не только на основании цессии, но и в силу закона (например, в порядке наследования или суброгации).

Сама теоретическая возможность ограничения оборотоспособности тех или иных обязательственных прав не вызывает возражений. Но, как и для любого такого ограничения оборота, в пользу него должны быть выдвинуты очень серьезные политико-правовые аргументы. Обоснованность жесткого запрета на переход указанных в комментируемой статье алиментных требований и права кредитора на возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, вызывает ряд вопросов. И если запрет на уступку таких прав представляется спорным, но как минимум обсуждаемым, жесткое ограничение перехода таких прав в порядке наследования выглядит сомнительным. Например, трудно объяснить, почему родственники не могут получить в порядке наследования требования к лицу, причинившему вред здоровью наследодателя, о возмещении понесенных расходов (вероятнее всего, из семейных средств) на его лечение. Запрет на правопреемство приводит к нелогичному выводу о том, что делинквент выигрывает от того, что его жертва умирает в результате причинения вреда здоровью. Также непонятно, почему не переходят к наследникам требования об уплате уже начисленных алиментов. Нет веских оснований для запрета перехода в порядке наследования тех требований об уплате алиментов, которые уже возникли и подлежали удовлетворению к моменту смерти наследодателя-кредитора.

В целом законодательное регулирование данной правовой ситуации достаточно непоследовательно. С одной стороны, в ст. 1112 ГК РФ установлен запрет на переход строго личных требований (включая требования по алиментам и возмещению вреда жизни и здоровью) в порядке наследования. С другой стороны, в ст. 1183 ГК РФ допускается наследование требований о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и уплате алиментов в виде начисленных, но не выплаченных к моменту смерти наследодателя средств на его существование (п. 68 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

(б) В российской судебной практике в целом наметился подход, согласно которому сумма долга по обязательству, неразрывно связанному с личностью кредитора, в случае ее «созревания» к моменту перехода оказывается в той или иной степени оборотоспособной. Хотя на уровне высших судов такие правовые позиции в отношении уступки еще не сформированы, применительно к наследованию есть ряд важных разъяснений ВС РФ.

Так, в п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1 указывается: «Учитывая, что в силу части второй статьи 1112 Гражданского кодекса Российской Федерации... право на возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью потерпевшего, не входит в состав наследства, его наследники вправе обращаться с самостоятельными исками в суд либо вступать в процесс в порядке процессуального правопреемства (статья 44 ГПК) лишь по требованиям о взыскании фактически начисленных потерпевшему в счет возмещения вреда, но не выплаченных ему при жизни сумм». Иначе говоря, по мнению Суда, суммы, не выплаченные в счет возмещения вреда жизни или здоровью до смерти наследодателя, вопреки ст. 1112 ГК РФ переходят по наследству. Сама ст. 1112 ГК РФ, видимо, по мнению Суда, затрагивает только суммы, начисление которых не произошло к моменту смерти наследодателя (например, ежемесячные начисления в связи с утратой трудоспособности).

Похожий вывод был сделан ранее ВС РФ в отношении обязательств по возмещению морального вреда. Суд посчитал, что присуждение суммы морального вреда приводит к своего рода разрыву тесной связи права кредитора с его личностью, и такое требование входит в наследственную массу кредитора (см. п. 2 Обзора судебной практики ВС РФ «Некоторые вопросы судебной практики Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам»).

В настоящее время контуры этой доктрины в полной мере еще не очерчены. В частности, не вполне ясно, происходит ли такой разрыв личной связи только в случае, когда речь идет об уже начисленном и просроченном долге, подтвержденном судебным актом (например, по выплате алиментов за предшествующие периоды или возмещению вреда здоровью в виде компенсации понесенных расходов на лечение), или ключевую роль играет не столько судебное решение, сколько сам факт «созревания» обязательств к моменту смерти наследодателя. Пункт 5 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1 недвусмысленно указывает на то, что вынесение судебного акта не имеет определяющего значения, в то время как упомянутый выше п. 2 Обзора судебной практики ВС РФ 2003 г. акцентирует внимание именно на присуждении указанных сумм.

Также неочевидно, готова ли судебная практика идти дальше и допустить в отношении права на как минимум «созревший» (и, возможно, подтвержденный судебным

актом) долг по алиментным обязательствам, а также по обязательствам, возникшим вследствие причинения вред жизни или здоровью, не только универсальное правопреемство при смерти кредитора, но и уступку на основании сделки. Этот вариант заслуживает обсуждения, так как нередко наличие у кредитора по таким обязательствам исполнительного листа отнюдь не гарантирует ему получение от должника исполнения, а поиск имущества должника и, возможно, сопровождение процедур банкротства должника может быть не по силам кредитору. В такого рода ситуациях возможность уступки такого требования третьему лицу с тем или иным дисконтом может быть для кредитора единственным выходом.

В итоге можно констатировать, что вопрос о том, какова реальная сфера действия указанного в комментируемой статье запрета на переход прав на взыскание алиментов и возмещение вреда жизни и здоровью, имеет дискуссионный характер.

(в) Комментируемая норма сформулирована как явно выраженный императивный запрет. Поэтому уступка, противоречащая такому запрету, ничтожна в силу п. 2 ст. 168 ГК РФ (п. 76 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). При этом ничтожными будут как само распоряжение, так и договор, на основании которого происходит уступка, поскольку цессионарий не мог не знать о том, что предмет договора явно противоречит закону.

(г) Можно ли допустить переход указанных в статье обязательственных прав при наличии согласия на то самого должника? В норме говорится о неразрывной связи соответствующего обязательственного права и личности кредитора. Но что это значит? Если под неразрывной связью понимается особое значение личности кредитора для наличия обязательства, то цель нормы состоит в защите интересов именно должника. В таком случае при наличии согласия должника переход таких прав возможен. Если цель нормы состоит в тотальном запрете перехода данных требований вопреки воле всех заинтересованных лиц, то правопреемство невозможно и при наличии согласия должника.

Судя по всему, воля законодателя состояла именно в установлении жесткого запрета. Кредитор по обязательству по возмещению вреда жизни и здоровью или алиментному обязательству лишен возможности к выгоде для себя уступить такие права третьим лицам. На это указывает сама безапелляционная редакция данной нормы, а также косвенно наличие в ГК РФ п. 2 ст. 388, согласно которому уступка права по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника, вполне возможна, если на то есть согласие должника. Иначе говоря, закон различает *права, неразрывно связанные с личностью кредитора* (комментируемая статья), и *права, в которых личность кредитора имеет существенное значение* (п. 2 ст. 388 ГК РФ). Первые абсолютно оборотоспособны, в отношении вторых установлен относительный запрет, который может быть преодолен согласием должника. Это жесткое решение может вызывать политико-правовые сомнения, но вряд ли его можно игнорировать в условиях действующего законодательства. Более либеральное решение рассматриваемой проблемы предложено в международных источниках. Так, Модельные правила европейского частного права запрещают цессию в тех случаях, когда в силу существа исполнения или отношений с должником и кредитором от должника нельзя разумно требовать предоставления исполнения кому-либо,

кроме кредитора (п. 1 ст. III.-5:109). Однако в отличие от строго императивной ст. 383 ГК РФ Модельные правила европейского частного права допускают переход даже таких связанных с личностью кредитора прав в случае получения согласия должника.

(д) Ключевым элементом комментируемой статьи является критерий неразрывной связи обязательства с личностью кредитора. Те обязательственные требования, которые упомянуты в ст. 383 ГК РФ (обязательства по выплате алиментов и обязательства по возмещению вреда жизни и здоровью), в силу прямого указания закона представляют собой лишь примеры необоротоспособных требований. Соответственно при применении комментируемой статьи к иным случаям основное значение будет иметь определение наличия или отсутствия неразрывной связи обязательства с личностью кредитора. Например, суды констатируют наличие такой неразрывной связи с личностью кредитора в обязательствах о возмещении морального вреда (см. п. 2 Обзора судебной практики ВС РФ «Некоторые вопросы судебной практики Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам»).

Как видим, данный критерий имеет оценочный характер, а это означает, что представления участников гражданского оборота о наличии или отсутствии неразрывной связи обязательства с личностью кредитора могут быть разными. Соответственно закрепленный в данной норме оценочный критерий не устраняет юридические риски: в случае спора суд может не согласиться с мнением той или иной стороны и, воспользовавшись своим усмотрением, прийти к неожиданному выводу о том, насколько тесно конкретное обязательство связано с личностью кредитора и соответственно действительна ли уступка требования в рамках такого обязательства. К сожалению, стабильная и четкая практика применения комментируемой статьи пока не сформировалась.

(е) Может ли служить доказательством неразрывной связи обязательства с личностью кредитора тот факт, что договор запрещает уступку? Ответ должен быть отрицательным. По вопросу о последствиях нарушения договорного запрета на уступку см. комментарии к п. 2 ст. 382, а также п. 3 ст. 388 ГК РФ. Норма комментируемой статьи связывает жесткий запрет на переход права с объективной характеристикой обязательства, а не с произвольным решением сторон ограничить уступку.

Статья 384. Объем прав кредитора, переходящих к другому лицу

1. Если иное не предусмотрено законом или договором, право первоначального кредитора переходит к новому кредитору в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права. В частности, к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства, а также другие связанные с требованием права, в том числе право на проценты.

2. Право требования по денежному обязательству может перейти к другому лицу в части, если иное не предусмотрено законом.

3. Если иное не предусмотрено законом или договором, право на получение исполнения иного, чем уплата денежной суммы, может перейти к другому лицу в части при условии, что соответствующее обязательство делимо и частичная уступка не делает для должника исполнение его обязательства значительно более обременительным.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи закрепляет важный принцип, согласно которому, если не согласовано иное, право переходит к новому кредитору в том объеме и на тех условиях, которые имели место до момента перехода. Иначе говоря, подразумевается полный переход соответствующего обязательственного права.

Это не значит, что переход конкретного договорного обязательственного права влечет замену стороны договора в целом. Из договора может возникнуть несколько обязательств, и замена кредитора в одном из них не влияет на судьбу остальных обязательств. В то же время если к новому кредитору переходят все обязательственные права по договору, можно говорить о том, что замена кредитора приводит к замене стороны в договоре. Так, например, если займодавец уступает цессионарию право на возврат всей суммы займа, цессионарий полностью становится на место соответствующей стороны договора займа.

1.1. Поскольку п. 1 комментируемой статьи сформулирован диспозитивно, право кредитора может перейти не в полном объеме, а в части. Последнее возможно, если предмет обязательства имеет делимый характер (например, уплата денег). Подробнее о частичной уступке см. п. 2, 3 ст. 384 ГК РФ.

1.2. Диспозитивность комментируемой нормы, естественно, не позволяет наделять нового кредитора правами в большем объеме, чем у первоначального кредитора. Это следует из общегражданского принципа правопреемства, согласно которому никто не может передать больше прав, чем он имеет.

В то же время в ряде случаев судебная практика признает некоторые отступления от данного принципа. Например, такая ситуация возникает, если коммерсант уступает свое обязательственное право, вытекающее из договора с другим коммерсантом (например, по долевому участию в строительстве), потребителю. Судебная практика в такого рода случаях исходит из того, что уступка права по сути трансформирует изначально сугубо коммерческий договор в потребительский, и цессионарий-потребитель в момент уступки приобретает ряд специфических прав, которые отсутствовали у cedentia, но которые предусмотрены потребительским законодательством (например, на взыскание морального вреда при нарушении договора и штрафов, установленных в Законе о защите прав потребителей). См. Определение КГД ВС РФ от 2 июня 2015 г. № 77-КГ15-2.

1.3. Пункт 1 комментируемой статьи также устанавливает, что вместе с основным правом переходят все связанные с ним права. Эта норма выполняет важную функцию, определяя те права, которые автоматически переходят к новому кредитору даже в отсутствие специальных договоренностей. В частности, при переходе прав в результате уступки это правило избавляет cedentia и цессионария от необходимости перечислять в условиях соглашения об уступке все права, которые переходят к новому кредитору. Так, в объем прав, по умолчанию переходящих к новому кредитору, входят обеспечительные права, в том числе по заключенным договорам поручительства или залога (особые правила установлены для прав по независимой гарантии, см. комментарий к ст. 372 ГК РФ), права на уплату процентов (начисляемых в соответствии со ст. 395, 809 ГК РФ и др.), уплату неустойки (как в случае, когда передается уже нарушенное право с начисленной неустойкой, так и при переходе ненарушенного права). Эти выводы нашли закрепление в практике ВАС РФ

(см., например, п. 19, 20 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2007 г. № 120). Аналогичный подход должен применяться и к переходу прав на основании закона.

Такое же решение отражено и в п. 1 ст. III.-5:115 Модельных правил европейского частного права, и в ст. 9.1.14 Принципов УНИДРУА.

1.4. Одним из спорных вопросов правоприменительной практики долгие годы была проблема перехода к новому кредитору прав по арбитражной, третейской оговорке и пророгационному соглашению (соглашению о подсудности). Ссылаясь на принцип автономности таких прав (преимущественно арбитражной оговорки), суды нередко делали вывод, что такие права не переходят автоматически вместе с переходом основного требования, а должны быть переданы на основании отдельной сделки. Соответственно если такой передачи не было, то новый кредитор не связан условиями прежних процессуальных договоренностей. При этом не учитывалось, что эти права обслуживают интересы не только кредитора, но и должника. Арбитражная или третейская оговорка, а равно соглашение о подсудности порождают не только права, но и обязанности: любая из сторон не только вправе подать иск в соответствующий суд или арбитраж, но и обязана это сделать. Получается, что если условия такого процессуального соглашения не распространяются на нового кредитора, должник может быть лишен в одностороннем порядке преимущества, связанного с тем порядком разрешения споров, который он ранее согласовал с первоначальным кредитором. Это противоречит как принципу *pacta sunt servanda*, так и указанному выше правилу о недопустимости ухудшения положения должника при смене кредитора. Практика ВАС РФ последних лет отказалась от негативного подхода и в целом склонялась к тому, что права по процессуальным оговоркам автоматически переходят к новому кредитору (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 20 апреля 2010 г. № 15887/09). Соответственно права по процессуальному соглашению указанных видов переходят вместе с обязательственным правом к новому кредитору. Но в равной степени такой переход должен означать и то, что новый кредитор будет связан таким соглашением, т.е. к нему переходит и соответствующая обязанность предъявлять иски строго в указанные суды или арбитражи. Это связано с тем, что права и обязанности по такому процессуальному соглашению между собой неразрывно связаны. При этом положения гл. 24 ГК РФ о переводе долга (в том числе о необходимости согласия кредитора) к такой уступке, которая одновременно переносит на нового кредитора обязанность соблюдать соответствующие процессуальные договоренности, применяться не должны.

1.5. Сложнее обстоит дело с такими дополнительными вторичными (преобразовательными) правами, как право на отказ от договора (или право на расторжение договора в судебном порядке), право на одностороннее изменение договора и право на оспаривание договора. Переходят ли такие права вместе с уступаемыми обязательственными правами к новому кредитору? Устойчивой правоприменительной практики по данным вопросам не сформировалось.

Особые сложности могут возникнуть при частичной уступке или при уступке права по неденежному обязательству. Например, в случае уступки банком третьему лицу права на возврат части выданного кредита и нарушения заемщиком графика платежей кому из кредиторов принадлежит право на досрочное истребование кредита? Кто имеет право на отказ от договора и возврат предварительной оплаты

в случае, если право изначального покупателя требовать передачи товара было уступлено третьему лицу, а поставленный последнему товар оказался дефектным? Может ли новый кредитор, к которому в силу уступки или в силу закона перешло право требовать оплаты поставленного товара, отказаться от договора в связи с просрочкой в оплате и потребовать возврата товара по правилам норм ГК РФ о купле-продаже (ст. 488 ГК РФ)? Может ли цессионарий, которому было уступлено право на возврат выданного кредита, оспаривать действительность договора и требовать досрочного возврата кредита в порядке реституции в свою пользу, ссылаясь на те или иные правовые пороки заключенного договора? Таких вопросов достаточно много. Решать эти проблемы на уровне простого общего правила, видимо, затруднительно, и требуется анализировать каждый конкретный случай по отдельности.

Так, например, очевидно, что некоторые права, тесно связанные с переходящим к новому кредитору требованием, должны в силу своего функционального назначения последовать судьбе обязательства. Представим, например, ситуацию, когда банк, выдавший кредит, уступает права по нему новому кредитору. Такие права переходят к последнему в своем изначальном виде. Соответственно было бы странно предполагать, что право банка на досрочное истребование кредита при нарушении должником тех или иных условий использования кредита (например, определенных ковенантов) не переходит к новому кредитору. Иначе бы получалось, что в результате уступки должник оказывается в более выгодном положении, чем ранее, освобождаясь от риска столкнуться с досрочным истребованием кредита и соответственно лишаясь стимулов соблюдать все предусмотренные дополнительные обязанности и ограничения.

Вместе с тем есть сомнения в том, что к новому кредитору должно переходить секундарное право прежнего кредитора (например, банка) на одностороннее повышение процентной ставки. Ведь должник, в свое время соглашаясь на предоставление изначальному кредитору такого сильного правомочия, мог рассчитывать на добросовестность банка и его заботу о своей репутации. Переход этого секундарного права вместе с правами по обязательству к новому кредитору может ухудшить положение должника.

В целом вопрос о судьбе таких дополнительных прав и правомочий первоначального кредитора при переходе обязательственного права к новому кредитору требует отдельного анализа.

1.6. Поскольку п. 1 комментируемой статьи сформулирован диспозитивно, он позволяет сторонам цессионной сделки по своему усмотрению свободно выбирать, какие права перейдут к новому кредитору, а какие останутся у первоначального кредитора. Так, стороны могут договориться об изолированной уступке только прав на уплату неустойки или возмещение убытков без передачи основного требования (п. 16, 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Вместе с тем свобода договора в таких ситуациях не безгранична. Так, не могут быть «оторваны» от основного требования права по акцессорным обеспечениям, в частности по залогу и поручительству (см. п. 2 ст. 354 ГК РФ, по аналогии закона это правило может применяться к поручительству). Неотделимы от основного требования и права по независимой гарантии (п. 1 ст. 372 ГК РФ). Это вполне объяснимо, ибо обеспечительные права создаются с особой целью – предоставить кредитору дополнительные возможности для удовлетворения его интереса

по основному обязательству. Следовательно, в отрыве от основного обязательства обеспечительные права не только не способны выполнить эту цель, но и могут привести к неосновательному обогащению кредитора (так, если основное требование уступлено, а cedent пытается получить платеж по независимой гарантии, это приведет к его неосновательному обогащению за счет принципала).

2. Пункт 2 комментируемой статьи решает известную в правоприменительной практике проблему частичного перехода права требования применительно к денежным обязательствам. Допустимость частичной цессии была сформулирована еще в п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120. Аналогичное правило содержится в п. 1 ст. III.-5:107 Модельных правил европейского частного права, а также в п. 1 ст. 9.1.4 Принципов УНИДРУА.

2.1. Следует обратить внимание на то, что вместе с частью основного требования к новому кредитору пропорционально переходят дополнительные права, связанные с уступаемой частью основного требования (п. 15 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Однако это происходит лишь в том случае, если соответствующие дополнительные права делимы (например, право на уплату процентов может быть разделено так же, как разделилось основное требование). Если же дополнительные права неделимы (например, право залога неделимой движимой вещи), при частичном переходе основного требования возникает солидарная множественность лиц в таких дополнительных правоотношениях (п. 20 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120).

2.2. При анализе рассматриваемой нормы следует также обратить внимание на то, что частичная уступка денежного требования может быть запрещена или ограничена лишь законом. Договорные запреты и ограничения частичной уступки денежного требования не воспрепятствуют переходу части требования, но повлекут последствия, указанные в п. 3 ст. 388 ГК РФ. То есть должник вправе требовать от cedenta возмещения убытков, вызванных нарушением cedентом своих негативных обязательств воздержаться от частичной уступки денежного требования, а также уплаты неустойки, если таковая предусмотрена в договоре.

2.3. Исходя из текста комментируемого пункта и места его расположения можно сделать вывод о том, что возможность частичного перехода прав по денежному требованию распространяется и на переход прав в силу закона.

2.4. В то же время при всей очевидной возможности перехода части требования последний может породить ряд сложных вопросов в отношении секундарных прав и иных дополнительных договорных прав и обязанностей, которые пока в российском праве не решены. Подробнее см. п. 1.5 комментария к настоящей статье.

3. Частичный переход неденежного требования допускается при соблюдении ряда условий, перечисленных в п. 3 комментируемой статьи (делимость предмета обязательства и отсутствие значительных дополнительных обременений для должника). Эти ограничения распространяются в равной степени как на переход прав в силу уступки, так и на переход права в силу закона.

3.1. Следует обратить внимание на то, что в силу прямого указания в комментируемом пункте частичный переход неденежных требований может быть ограничен или запрещен договором, из которого возникло переходящее требование. Нарушение

этих запретов и ограничений в случае перехода права в результате уступки вызовет последствия, предусмотренные в абз. 2 п. 2 ст. 382 ГК РФ (право на оспаривание уступки).

3.2. В целом содержащийся в ГК РФ набор условий, необходимых для частичного перехода неденежного требования, совпадает с международными стандартами. Однако Модельные правила европейского частного права, в отличие от ГК РФ и Принципов УНИДРУА, требуют получения согласия должника на частичный переход неденежного требования (п. 2 ст. III.-5:107). На наш взгляд, это излишне, ибо в Модельных правилах европейского частного права, как и в ГК РФ и Принципах УНИДРУА, содержится условие, позволяющее должнику защитить свои интересы: все три источника запрещают частичный переход неденежного требования в тех случаях, когда положение должника становится более обременительным.

3.3. Что касается такого условия частичного перехода, как делимость обязательства, то для его применения мы должны оценить, делим ли предмет исполнения. Несмотря на то что в ряде статей ГК РФ используется выражение «делимость предмета обязательства», универсальных критериев делимости, применимых ко всем обязательствам (о предоставлении не только вещей, но и иного имущества, работ, услуг и пр.), в законе не установлено. Если предметом исполнения является вещь, для решения вопроса о допустимости частичного перехода требования мы можем обратиться к правилам о делимости вещей (ст. 133 ГК РФ). В иных обязательствах, не связанных с предоставлением вещей, мы вынуждены применять эти правила по аналогии закона. Видимо, универсальным критерием делимости любого предмета обязательства является то, какие изменения могут возникнуть в предмете в результате его разделения – качественные или количественные. Так, если предметом исполнения является определенное количество бездокументарных ценных бумаг, при его разделении возникнут, как правило, лишь количественные изменения в предмете. Когда обязательство должника заключается в выполнении работ по строительству объекта недвижимости, разделение такого обязательства приведет к качественным изменениям в предмете, что означает неделимость такого обязательства.

3.4. Поскольку комментируемая норма является диспозитивной, стороны договора, из которого возникает переходящее требование, могут как изменить набор условий, необходимых для перехода части неденежного требования (например, дополнить его), так и полностью исключить применение определенных условий (например, о значительном возрастании издержек должника). И действительно, нет никаких оснований для недействительности условия договора между должником и цедентом о том, что частичная уступка допускается независимо от того, что это влечет для должника возникновение каких-либо дополнительных расходов (например, по сепаратной транспортировке груза в адрес различных получателей). Соответствующие риски появления нескольких адресатов отгрузки будут заложены в цену товара.

В то же время, поскольку допустимость частичной уступки неденежного требования, основанная на делимости предмета обязательства, вытекает из самого существа обязательства, возможность частичной цессии в отношении такого обязательства не может быть устранена по договоренности кредитора и должника.

3.5. Норма закона о недопустимости частичной уступки, которая влечет значительный рост издержек должника, не может быть исключена договором об уступке

между первоначальным и новым кредиторами. Такой вывод следует из того, что императивность данной нормы в этом контексте обеспечивает охрану интересов должника как третьего лица, не участвующего в договоре об уступке. Соответственно в отношении такого варианта отступления от данной нормы она должна считаться императивной.

3.6. В отношении судьбы обеспечений (в частности, поручительства и залога) при частичной уступке обеспеченного права требования можно отметить следующее. При уступке части обеспеченного залогом права (требования) в случае, если сторонами не выражена воля на полную замену кредитора в залоговом обязательстве, cedent и цессионарий становятся солидарными кредиторами по залоговому обязательству (п. 20 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). В поручительстве допускается раздельное удовлетворение требований разных кредиторов поручителем. Соответственно при частичной уступке в обязательствах по договору поручительства возникает доленая множественность кредиторов. При этом ничто не запрещает сторонам соглашения об уступке договориться о том, что обеспечительные права не перейдут новому кредитору и полностью сохранятся за прежним кредитором, обеспечивая ту часть требований, которая у него остается.

Более спорным является вопрос о судьбе прав по независимой гарантии при частичной уступке. С учетом независимого характера такого обеспечения, предполагающего значительный риск злоупотреблений, для гаранта нередко имеет принципиальное значение личность кредитора. Поэтому в силу ст. 372 ГК РФ передача прав по гарантии по общему правилу невозможна. Но если гарантия допускает такую передачу, предполагается, что гарант должен дать согласие на уступку прав по гарантии. Соответственно в подобных ситуациях проблемы нет: если гарант дал согласие на частичную уступку прав по гарантии (вместе с уступкой прав по обеспеченному обязательству), то частичная уступка вполне возможна. Ситуация становится менее очевидной, когда в соответствии с п. 2 ст. 372 ГК РФ в гарантии прямо указано как на допустимость уступки прав по гарантии (без оговорки о возможной частичной уступке таких прав), так и на отсутствие необходимости получать согласие гаранта. Возможна ли в такой ситуации частичная уступка прав по гарантии вместе с частичной уступкой прав по обеспеченному долгу? Если да, то гарант может столкнуться с предъявлением двумя разными бенефициарами требований по гарантии, что с учетом независимого характера гарантии значительно повышает риски гаранта. Представляется, что из существа отношений вытекает недопустимость частичной уступки прав по гарантии в такой ситуации без согласия гаранта.

Статья 385. Уведомление должника о переходе права

1. Уведомление должника о переходе права имеет для него силу независимо от того, первоначальным или новым кредитором оно направлено.

Должник вправе не исполнять обязательство новому кредитору до предоставления ему доказательств перехода права к этому кредитору, за исключением случаев, если уведомление о переходе права получено от первоначального кредитора.

2. Если должник получил уведомление об одном или о нескольких последующих переходах права, должник считается исполнившим обязательство надлежащему кре-

дитору при исполнении обязательства в соответствии с уведомлением о последнем из этих переходов права.

3. Кредитор, уступивший требование другому лицу, обязан передать ему документы, удостоверяющие право (требование), и сообщить сведения, имеющие значение для осуществления этого права (требования).

Комментарий

1. Уведомление должника о переходе права кредитора не является условием перемены лиц в обязательстве. Даже если должник не уведомлен, право требования переходит к новому кредитору. Основная функция уведомления заключается в защите интересов должника. С точки зрения юридической природы уведомление одновременно является односторонней сделкой и юридически значимым сообщением. Правовые последствия уведомления должника состоят в том, что происходят изменения в обязательственном правоотношении, в частности: 1) должник утрачивает возможность освободиться от обязательства исполнением первоначальному кредитору (см. комментарий к ст. 382 ГК РФ); 2) должник не сможет выдвинуть против нового кредитора возражения, которые имеются у него против первоначального кредитора, но правовые основания которых возникли после уведомления (см. комментарий к ст. 386 ГК РФ); 3) должник не сможет зачесть против требования, перешедшего к новому кредитору, однородное требование в отношении первоначального кредитора, которое стало способным к зачету после уведомления (см. комментарий к ст. 412 ГК РФ).

1.1. Уведомление должника может быть осуществлено как первоначальным, так и новым кредитором. Аналогичное решение закреплено в ст. 9.1.12 Принципов УНИДРУА и в ст. III.-5:120 Модельных правил европейского частного права.

1.2. Должника необходимо уведомить о переходе права как при уступке требования, так и при переходе права кредитора на основании закона. Если переход прав в силу закона происходит в ситуации, когда первоначальный кредитор перестает существовать (например, в случае наследования), единственной возможностью остается направление уведомления должнику новым кредитором.

1.3. При уведомлении должника новым кредитором закон устанавливает следующее правило: поскольку должник несет риск исполнения обязательства ненадлежащему лицу (п. 1 ст. 312 ГК РФ), закон позволяет ему при получении уведомления от нового кредитора не исполнять обязательство новому кредитору до тех пор, пока тот не представит должнику достаточные доказательства перехода права требования. Что может являться такими доказательствами?

С одной стороны, речь в данном случае может идти о представлении должнику оригинала документа, фиксирующего сделку уступки, или иных убедительных доказательств перехода права в силу закона (свидетельство о праве на наследство, доказательства осуществления страховой выплаты, влекущей суброгацию, и т.п.). Схожие правила содержатся в международных источниках — п. 3 ст. III.-5:120 Модельных правил европейского частного права и ст. 9.1.12 Принципов УНИДРУА.

С другой стороны, п. 2 ст. 312 ГК РФ с 1 июня 2015 г. устанавливает право должника воздержаться от передачи исполнения лицу, предъявляющему обычную письменную доверенность в подтверждение своих полномочий на приемку и не готовому

предъявить должнику по его требованию нотариально удостоверенную доверенность. Было бы не вполне логично с точки зрения соображений системной согласованности законодательных предписаний, если бы закон в аналогичной ситуации не давал бы такое же право должнику, получившему уведомление об уступке от цессионария. В связи с этим, возможно, в подобных ситуациях, когда присланные новым кредитором документы, подтверждающие переход права, не удостоверены нотариально, должник должен иметь право не исполнять обязательство новому кредитору. Это решение может быть выведено путем применения нормы п. 2 ст. 312 ГК РФ по аналогии закона.

Если должника уведомляет первоначальный кредитор, представления доказательств не требуется (п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Уведомление от имени первоначального кредитора возможно далеко не во всех случаях, но если такая возможность есть (в основном в случае уступки), сторонам лучше использовать именно такой вариант.

В связи с этим разумному и осмотрительному цессионарию при уступке следует, видимо, озаботиться получением нотариально удостоверенного уведомления об уступке, подписанного первоначальным кредитором, дабы в дальнейшем направить его должнику, или убедиться в том, что должника уведомит напрямую первоначальный кредитор.

1.4. По смыслу данной нормы должник, уведомленный первоначальным кредитором, освобождается от обязательства в результате исполнения новому кредитору даже в тех случаях, когда переход права требования в действительности не произошел (например, в силу ничтожности цессии или ее последующего эффективного оспаривания). Этот подход *expressis verbis* зафиксирован в п. 2 ст. III.-5:119 Модельных правил европейского частного права и признается в российской судебной практике (п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Соответственно в случае недействительности уступки (констатации ее ничтожности или признании оспоримой сделки цессии недействительной) по тем или иным основаниям исполнение, учиненное должником лицу, которое было указано в уведомлении, поступившем от цедента, является надлежащим исполнением. Требовать в такой ситуации от должника повторного исполнения в пользу цедента со ссылкой на то, что на самом деле право не перешло, нельзя.

Однако европейская цивилистика пошла дальше нашего законодателя и сформулировала решение на тот случай, когда должник уведомлен новым кредитором. В таком случае должник освобождается от обязательства исполнением в адрес лица, указанного в уведомлении, независимо от того, состоялся ли переход права, но при условии, что первоначальный кредитор дал должнику основания добросовестно и разумно полагать, что право перешло (п. 3 ст. III.-5:119 Модельных правил европейского частного права). Этот подход полностью соответствует принципу добросовестности при исполнении обязательств и может быть использован нашими судами при разрешении аналогичных споров со ссылкой на п. 3 ст. 307 ГК РФ.

Из сказанного следует, что если уведомление должнику прислал новый кредитор, а первоначальный кредитор своим поведением не давал должнику никаких оснований полагать, что произошла уступка, и при этом уступка оказалась недействительной (ничтожной или оспоримой), то даже добросовестность должника, проверившего представленные новым кредитором доказательства уступки (возможно, подложные)

и не имевшего оснований заподозрить неладное, не спасает его от необходимости осуществить повторное исполнение настоящему кредитору. При этом если должник, получив от нового кредитора уведомление и достаточные доказательства уступки, не поверит и решит осуществить исполнение первоначальному кредитору либо предпочтет воздержаться от исполнения или внести деньги на депозит нотариуса, он окажется в просрочке в случае, если права кредитора все-таки перешли к новому кредитору. Более того, должник может быть вынужден предоставить исполнение новому кредитору (которое окажется повторным, если исполнение уже было получено первоначальным кредитором). Иначе говоря, модель уведомления должника новым кредитором может создавать для должника значительные риски.

Именно поэтому важно, чтобы право давало должнику, получающему уведомление от нового кредитора, возможность не исполнять обязательство в пользу нового кредитора до предоставления ему соответствующих нотариально удостоверенных документов, подтверждающих уступку (см. п. 1.3 комментария к настоящей статье).

1.5. Определенные затруднения возникают в ситуации, когда должник уведомлен новым кредитором, но тот не представил должнику доказательств перехода права. Может ли должник исполнить обязательство первоначальному кредитору и освободиться от долга? На наш взгляд, для этого нет правовых оснований. Как указано в абз. 1 п. 1 комментируемой статьи, надлежащим считается уведомление, полученное как от первоначального, так и от нового кредитора. Соответственно даже до представления новым кредитором доказательств перехода требования должник считается уведомленным. Если новый кредитор не представил доказательств перехода, это следует квалифицировать как просрочку кредитора, позволяющую должнику задержать исполнение и освобождающую его от ответственности перед новым кредитором, если впоследствии выяснится, что переход права все-таки произошел.

Но что если перехода права на самом деле не было, а должник, введенный в заблуждение уведомлением, полученным от некоего третьего лица, выдававшего себя за нового кредитора, задержал исполнение и не исполнил обязательство перед первоначальным кредитором? Будет ли должник нести ответственность за просрочку в такой ситуации перед первоначальным кредитором? Логично решить этот вопрос следующим образом. В соответствии с принципом добросовестности при исполнении обязательств (п. 3 ст. 307 ГК РФ) должник, уведомленный новым кредитором, но не получивший от него достаточных доказательств перехода права, обязан немедленно проинформировать первоначального кредитора о получении уведомления и запросить у него подтверждение (за исключением случаев, когда правопреемство сопровождалось исчезновением фигуры первоначального кредитора, как, например, при наследовании), а также направить запрос о представлении документов, подтверждающих переход права, новому кредитору. До получения подтверждения от первоначального кредитора или запрошенных документов от нового кредитора должник не окажется в просрочке (независимо от того, произошел ли переход права в действительности). Если первоначальный кредитор опровергнет переход права и при этом новый кредитор в ответ на запрос должника так и не представит доказательств перехода права, должник, видимо, должен игнорировать уведомление, пришедшее от нового кредитора, и осуществить исполнение в пользу первоначального кредитора. Если последний промолчит в течение разумного срока, а новый кредитор не представит доказательств перехода права в ответ на запрос должника, должник

должен иметь право внести деньги в депозит нотариуса по правилам ст. 327 ГК РФ в связи с неопределенностью в вопросе о личности кредитора или воздержаться от осуществления исполнения по причине просрочки кредитора без риска быть привлеченным к ответственности за просрочку (п. 3 ст. 405 ГК РФ).

1.6. Нормы п. 1 настоящей статьи не содержат прямого указания на их императивную или диспозитивную природу. Их функциональная направленность состоит в обеспечении интересов должника, не участвующего в договоре об уступке. Соответственно любые условия договора об уступке, которые будут ущемлять интересы должника, обеспечиваемые правилами п. 1 комментируемой статьи, должны считаться ничтожными (п. 2 ст. 168 ГК РФ), а сами эти правила в данном контексте — императивными.

Но если речь идет об изменении этих правил договором между первоначальным кредитором и должником, то основания для императивной интерпретации отпадают, так как в значительной степени исчезают основания для ограничения свободы договора. Если представить себе наиболее вероятные формы отклонения условий договора от предписанных настоящим пунктом правил, то вывод о диспозитивной интерпретации подтверждается. Например, если в таком договоре предусмотрено, что должник вправе (или даже обязан) не платить любому третьему лицу, приславшему должнику уведомление об уступке, пока не получит уведомление от своего изначального кредитора (независимо от представления ему таким третьим лицом доказательств состоявшейся уступки), или даже условие о том, что должник вправе исполнить свое обязательство изначальному кредитору в такой ситуации, то это условие должно признаваться судами. Новый кредитор, получающий права по договорному обязательству, связан теми условиями договора, которые были согласованы должником с прежним кредитором. Соответственно такое условие должно быть признано законным и противопоставимым новому кредитору. Естественно, сказанное не распространяется на случаи перехода права в силу закона при исчезновении фигуры прежнего кредитора (как в случае с наследованием).

1.7. Договор об уступке требования может предусматривать обязанность cedentia направить должнику уведомление об уступке. В случае нарушения такой обязанности cedentia будет нести ответственность перед цессионарием.

1.8. Возникают ли последствия, предусмотренные комментируемой статьей, в ситуации, когда должник не получил уведомление о переходе права, но из иных источников знает или не может не знать о переходе права? Как минимум в случаях, когда либо должник точно знает о переходе права, либо обстоятельства однозначно указывают на то, что он заведомо не мог не знать об этом, осуществление им исполнения в адрес первоначального кредитора может быть признано неправомерным в силу ст. 10 ГК РФ. Но в целях правовой определенности подобный подход должен применяться только в исключительных случаях, когда недобросовестность должника очевидна и не вызывает сомнений.

2. Пункт 2 комментируемой статьи вводит защиту для должника от рисков, возникающих при нескольких последовательных переходах одного и того же требования (эту ситуацию нужно отличать от уступок одного и того же требования нескольким лицам, см. комментарий к ст. 390 ГК РФ). В таком случае для должника ключевое значение имеет последнее из уведомлений о переходе требования. Исполнив тому

субъекту, в отношении которого поступило последнее из уведомлений, должник освобождается от обязательства даже в ситуации, когда на самом деле требование уже перешло от этого лица к следующему кредитору. По сути данная норма не привносит в правовой режим перехода права ничего нового, а лишь подтверждает действие общих правил, гарантирующих права должника. Соответственно в этой ситуации справедливыми будут все те выводы о природе правил об уведомлении должника, которые были сделаны нами ранее применительно к п. 1.

3. Передача документов не является условием перехода права кредитора к другому лицу (см. п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Эта обязанность, равно как и сообщение новому кредитору сведений, имеющих значение для осуществления перешедшего права требования, является продолжением принципа сотрудничества сторон при исполнении обязательств, закрепленного в п. 3 ст. 307 ГК РФ. Соответственно обязанность первоначального кредитора сотрудничать с новым кредитором не сводится лишь к передаче документов и информации, а подразумевает широкое (в разумных пределах) содействие новому кредитору в осуществлении перешедшего требования (например, содействие при возникновении судебных процессов, инициированных новым кредитором против должника).

Исполнение данной обязанности первоначальным кредитором подчас может иметь принципиальное значение для исполнения обязательства. Например, вследствие отсутствия нужных документов и информации новый кредитор может пропустить срок исковой давности для предъявления требования к должнику. Президиум ВАС РФ в одном из дел квалифицировал нарушение рассматриваемой обязанности первоначальным кредитором как существенное нарушение договора с соответствующими последствиями (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. № 16002/10).

3.1. Положение п. 3 комментируемой статьи об обязанности первоначального кредитора передать новому кредитору необходимые документы и сообщить необходимые сведения в силу буквального текста данной нормы охватывает лишь случаи перехода права в силу уступки. Но нет никаких сомнений в том, что данная норма должна толковаться расширительно и применяться в случаях перехода прав в силу закона (например, при суброгации), за исключением случаев прекращения существования прежнего кредитора.

3.2. Норма п. 3 об обязанности cedentа передать цессионарию связанные с требованием документы и его информационных обязанностях не содержит прямого указания на природу этой нормы. Телеологическое толкование приводит к выводу о ее диспозитивности. Нет веских причин, по которым стороны договора об уступке должны быть лишены возможности исключить перечисленные обязанности или видоизменить их. Например, стороны могут предусмотреть передачу цессионарию лишь части соответствующих документов или передачу таких документов только в случае судебного спора между цессионарием и должником и при необходимости их представления в суд. Равным образом они вовсе могут исключить передачу таких документов в силу, например, их отсутствия (например, если сам изначальный договор заключался в устной форме или в случае утери этих документов к моменту заключения договора об уступке). Отсутствие подтверждающих долг документов как

фактор, снижающий по общему правилу вероятность судебного взыскания уступаемого долга, безусловно, скажется на размере дисконта к цене уступаемого права. Так что для вмешательства права в сферу автономии воли сторон в этом вопросе нет достаточных оснований.

Статья 386. Возражения должника против требования нового кредитора

Должник вправе выдвигать против требования нового кредитора возражения, которые он имел против первоначального кредитора, если основания для таких возражений возникли к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству к новому кредитору.

Комментарий

(а) Право должника на выдвижение возражений – важнейшая мера защиты его имущественных интересов. Возможность выдвижения против нового кредитора возражений, имевшихся у должника в отношении первоначального кредитора, позволяет сохранить должнику *status quo* при смене кредитора и обеспечить упомянутый выше принцип недопустимости ухудшения положения должника (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 26 ноября 2013 г. № 4898/13, Определение КЭС ВС РФ от 25 сентября 2015 г. № 307-ЭС15-6545). Под возражениями в данной статье понимаются ссылки на любые обстоятельства, в силу которых должник может не исполнять обязательство (истечение исковой давности, ссылка на неисполнение цедентом встречного обязательства перед должником и т.п.). В отношении заявления о зачете встречного требования, имевшегося у должника в отношении первоначального кредитора, см. комментарий к ст. 412 ГК РФ.

Международные источники не связывают право должника на выдвижение возражений с моментом уведомления о смене кредитора: должник вправе выдвигать против кредитора возражения независимо от того, что основания для них возникли после получения им уведомления об уступке (см. п. 1 ст. III.-5:116 Модельных правил европейского частного права, п. 1 ст. 9.1.13 Принципов УНИДРУА). Это решение представляется более логичным и в большей степени соответствует принципу недопустимости ухудшения положения должника при перемене лиц в обязательстве.

В то же время реформа ГК РФ 2014 г. приблизила решение российского закона к указанным выше подходам, отраженным в международных актах унификации. По сравнению с первоначальной редакцией комментируемой статьи в ходе реформирования ГК РФ в 2014 г. в текст было внесено уточнение: должник вправе воспользоваться не только теми возражениями, о которых ему было известно к моменту уведомления о смене кредитора, но и теми, *основания для которых возникли к моменту уведомления о переходе прав к другому лицу*.

Что следует считать основанием для выдвижения возражения? Очевидно, что как минимум тогда, когда фактический состав, дающий возможность воспользоваться возражением («созревание» права на возражение), сложился к моменту получения уведомления, должник вправе выдвигать такие возражения новому кредитору. Проиллюстрируем это различие на примере, приведенном ВАС РФ в п. 7 Инфор-

мационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120. Заказчик принял результат работ, но в нем были скрытые недостатки. После этого заказчик получил уведомление об уступке. Право на предъявление возражений возникло у заказчика в момент приемки (основание – передача дефектного результата работ), однако в силу скрытого характера недостатков заказчик не знал о наличии у него соответствующего возражения на момент получения уведомления об уступке. Тем не менее поскольку само по себе право на выдвижение возражений возникло у заказчика до уведомления о переходе права на оплату работ от подрядчика к другому лицу, заказчик сможет воспользоваться таким возражением против требования нового кредитора.

Но что если полный фактический состав для выдвижения возражений сложился после получения уведомления об уступке, тогда как правовые основания для выдвижения таких возражений возникли до получения такого уведомления? Такая ситуация возникает, в частности, тогда, когда основанием для возражения является соответствующее условие договора. Представляется, что должник вправе выдвигать против нового кредитора и такие возражения, несмотря на то что полный фактический состав для выдвижения таких возражений сложился после получения уведомления, иначе бы нарушался важнейший принцип правового режима перемены лиц в обязательстве и права должника ухудшались бы при замене кредитора. Так, например, при уступке права на взыскание оплаты за еще не поставленный цендентом должнику товар должник вправе выдвинуть против требований цессионария возражения о качестве поставленного товара или его непоставке, несмотря на то что сами эти нарушения цендентом своих встречных обязательств произошли после получения должником уведомления об уступке (п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Иначе говоря, комментируемую норму необходимо толковать следующим образом: под возникновением оснований для возражений следует понимать не «созревание» возражений, а возникновение правового основания для них. Соответственно если возражение опирается на положения договора, то должник вправе выдвигать его против нового кредитора, даже если основание для его использования сложилось после уведомления об уступке. Если же, например, в результате внесения в договор тех или иных изменений после получения должником уведомления об уступке у должника возникло право на выдвижение некоего нового возражения, оно не может быть противопоставлено новому кредитору. Такой подход представляется справедливым по отношению к должнику, положение которого в противном случае ухудшалось бы, и в целом это решение ближе к тому подходу, который используется в международных актах унификации частного права.

(б) Поскольку переход прав кредитора к другому лицу основан на правопреемстве, при нескольких последовательных переходах одного и того же права возражения должника накапливаются: против последнего из кредиторов должник вправе выдвинуть все возражения, основания для которых возникли у должника в отношении всех предшествующих кредиторов до момента уведомления о последнем переходе права.

(в) В Модельных правилах европейского частного права содержится важное ограничение возражений должника: должник не может выдвигать против требования

нового кредитора возражения, основанные на том, что первоначальным кредитором был нарушен запрет или ограничения уступки требования (п. (b) ст. III.-5:116). Это логично, ибо если уступка денежного требования действительна вопреки договорному запрету или ограничению, не имеет смысла предоставлять должнику право отказаться исполнять обязательство новому кредитору со ссылкой на указанное нарушение. Хотя в ГК РФ данное ограничение возражений должника не закреплено, оно, несомненно, вытекает из целей законодательного регулирования в ГК РФ, допускающего переход денежного требования даже при наличии запрета или ограничения уступки (см. комментарий к п. 3 ст. 388 ГК РФ). Если идет речь об уступке неденежного требования в нарушение договорного запрета или ограничения, то реализация возражения должна осуществляться в форме подачи иска (в том числе встречного) об оспаривании уступки, соответственно право на такой иск подвергается действию давности.

(г) Закон не уточняет природу нормы о возражениях. Ее телеологическое толкование достаточно очевидно указывает на то, что при переходе прав в силу уступки в договоре между цедентом и цессионарием стороны не могут исключить ее применение или иным образом ограничить права должника (так как норма предоставляет права должнику, который в договоре об уступке не участвует). Такое условие договора будет считаться ничтожным на основании п. 2 ст. 168 ГК РФ.

Возможность отступления от этой нормы в договоре между должником и цедентом выглядит не столь однозначно. С одной стороны, в таком контексте вывод о ее диспозитивности может быть подкреплён тем, что подобное условие не ущемляет публичные интересы или интересы третьих лиц, а слабая сторона договора может в конкретной ситуации и отсутствовать. Кроме того, у такого рода условий, защищающих нового кредитора от возражений должника, есть очевидная экономическая логика — повышение ликвидности обязательственных прав и их продажной стоимости. С другой стороны, условие договора между должником и прежним кредитором, согласно которому должник лишается права выдвигать против нового кредитора возражения, вытекающие из отношений должника с прежним кредитором, может расцениваться как настолько несправедливое и разрывающее структуру комплексной договорной связи, что это будет грубым нарушением минимального баланса интересов сторон договора. Вопрос о допустимости такого «абстрагирования» некоторых договорных обязательств путем их уступки при наличии согласия на то должника требует дополнительного глубокого изучения.

Не делая окончательный вывод, предположим, что ответ должен быть дифференцирован в зависимости от природы исключаемых за счет уступки возражений. Некоторыми возражениями должник вполне может поступиться на случай перехода права. Тем самым стороны в договоре привяжут возможность выдвижения этих возражений к отношениям с изначальным кредитором. Подобный отказ от права на возражения при переходе права должен допускаться как минимум в той мере, в какой допускается в принципе *ex ante* заранее выраженный отказ от права на такие возражения. Например, в силу ст. 411 ГК РФ договором может быть ограничено право на зачет, а ст. 328 ГК РФ в силу прямой диспозитивной оговорки (п. 4) допускает исключение договором права на приостановление встречного исполнения при просрочке, допущенной контрагентом. Раз от такого рода возражений лицо

может в силу прямого указания в договоре отказаться в целом, то нет сомнений в том, что отказ от права заявлять подобные возражения может быть в договоре поставлен под отлагательное условие перехода прав кредитора третьему лицу. Этот вывод тем более очевиден в ситуации, когда в договоре с должником cedent обязался возместить должнику все убытки, вызванные утратой возможности заявлять новому кредитору возражения, основанные на отношениях должника с кредитором изначально.

В то же время есть такие возражения, заранее выраженный отказ от которых в договоре нашим правом однозначно не допускается *de lege lata* (например, возражение об исковой давности). Соответственно с точки зрения системной логики вряд ли может быть признан и заранее выраженный (например, в договоре между должником и первоначальным кредитором) отказ от такого возражения под условием уступки. При этом данный вывод вряд ли может поколебать и наличие в договоре между должником и прежним кредитором условия о возмещении должнику всех убытков, вызванных утратой прав на возражения при переходе права.

Подводя итог, следует отметить, что норма о праве должника заявлять новому кредитору возражения, основанные на отношениях должника и первоначального кредитора, является диспозитивной применительно к тем возражениям, отказ от которых возможен в принципе по причине диспозитивности тех норм закона, из которых право на такие возражения вытекает, а равно в ситуации изначально установления права на такие возражения самим договором. Но в то же время обсуждаемая норма должна считаться императивной применительно к тем возражениям, заранее выраженное исключение которых договором в принципе невозможно.

Эти разъяснения в равной мере применяются как к переходу прав в силу уступки, так и к переходу прав в силу закона.

(д) Особая проблема возникает в случае, когда должник заявил уже после возникновения оснований для выдвижения возражений (до или после перехода права) первоначальному или уже новому кредитору о том, что он отказывается выдвигать свои возражения против нового кредитора в случае перехода права. При применении правил о возражениях должника в доктрине европейского частного права уточняется, что если должник дал новому кредитору основания полагать, что у должника нет возражений против перешедшего требования, право выдвижения возражений отпадает (подп. (а) п. 2 ст. III.-5:116 Модельных правил европейского частного права). Эта аргументация, видимо, справедлива и для российского права. Основываясь на п. 4 ст. 1, а также п. 6 ст. 450¹ ГК РФ об отказе от договорных прав, суд может отказать должнику в защите, если должник недвусмысленно дал первоначальному или новому кредитору понять, что он не намерен использовать против требования нового кредитора возражения, имевшиеся у должника в отношении первоначального кредитора, либо что он не намерен имеющиеся возражения заявлять против требований нового кредитора. Как представляется, отказаться от своего права на возражение *ex post* (в отличие от исключения такого права заранее в договоре) можно и в отношении таких возражений, права на которые закреплены в императивных нормах закона (см. комментарий к п. 6 ст. 450¹ ГК РФ). В то же время в силу прямого указания п. 6 ст. 450¹ ГК РФ отказаться от своего вытекающего из договорных отношений права может лишь лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность.

2. Переход прав на основании закона

Статья 387. Переход прав кредитора к другому лицу на основании закона

1. Права кредитора по обязательству переходят к другому лицу на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств:

- 1) в результате универсального правопреемства в правах кредитора;**
- 2) по решению суда о переводе прав кредитора на другое лицо, если возможность такого перевода предусмотрена законом;**
- 3) вследствие исполнения обязательства поручителем должника или не являющимся должником по этому обязательству залогодателем;**
- 4) при суброгации страховщику прав кредитора к должнику, ответственному за наступление страхового случая;**
- 5) в других случаях, предусмотренных законом.**

2. К отношениям, связанным с переходом прав на основании закона, применяются правила настоящего Кодекса об уступке требования (статьи 388–390), если иное не установлено настоящим Кодексом, другими законами или не вытекает из существа отношений.

Комментарий

1. В п. 1 комментируемой статьи указаны случаи, в которых происходит переход прав кредитора в силу закона. При этом указание на переход в силу закона является условностью, ибо непосредственно на основании закона никакие изменения в обязательстве состояться не могут. В собирательную категорию «переход на основании закона» попали все правовые ситуации, когда правопреемство в обязательстве на стороне кредитора вызвано иными юридическими фактами, нежели уступка требования.

1.1. Универсальное правопреемство в правах кредитора может произойти в порядке наследования, если кредитором является гражданин, или в результате реорганизации юридического лица — кредитора. В первом случае для перехода права кредитора требуется открытие наследства и принятие наследства или переход права в разряд выморочного имущества. Во втором случае основанием перехода права кредитора является административный акт — внесение записи о реорганизации юридического лица в ЕГРЮЛ, которым завершается процедура реорганизации юридического лица.

1.2. В силу подп. 2 п. 1 комментируемой статьи права кредитора переходят в силу судебного решения, вступившего в законную силу. Отличительная особенность данной ситуации заключается в том, что судебное решение заменяет собой волеизъявление кредитора, направленное на передачу права требования. Так, если нарушено преимущественное право покупки доли в праве общей собственности, сособственникам доступен такой способ защиты нарушенных прав, как перевод на основании решения суда прав и обязанностей покупателя доли в праве общей собственности (п. 3 ст. 250 ГК РФ).

1.3. Подпункт 3 п. 1 комментируемой статьи упоминает ситуацию, когда право кредитора переходит к исполнившему обязательство поручителю или залогодателю, не являющемуся должником, после обращения взыскания на предмет залога.

В указанных ситуациях основанием перехода права требования является факт исполнения обязательства (платеж поручителя или удовлетворение требования залогодержателя посредством обращения взыскания на предмет залога). В таком случае вместо перехода права кредитора могло бы возникать право регресса (как, например, при исполнении должником в полном объеме одному из солидарных кредиторов). Однако законодатель посчитал необходимым сохранить обязательство должника, несмотря на исполнение. А это значит, что продолжается течение исковой давности, сохраняются все дополнительные права, в частности обеспечения, а у должника остается возможность использовать все возражения, которые накопились у него в отношении первоначального кредитора к моменту перехода права. Однако, за исключением исковой давности, которая регулируется императивно, многие вопросы, связанные с суброгацией, могут быть решены в соглашении сторон иначе, чем в законе. Так, поручитель и кредитор вправе договориться о том, что обеспечительные права не переходят к поручителю в случае суброгации (п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42). Подобные оговорки могут вызвать определенные сложности в применении. Так, если переход права залога исключен договором поручительства, в случае надлежащего исполнения обязательства поручителем все права кредитора перейдут к поручителю, а право залога, которое не может существовать в отрыве от основного требования, прекратится (п. 2 ст. 354 ГК РФ).

1.4. Подпункт 4 п. 1 комментируемой статьи предусматривает суброгацию при выплате страховщиком страхователю страхового возмещения в связи с причинением страхователю убытков третьим лицом (ст. 965 ГК РФ). При этом следует помнить, что в договоре страхования может быть запрещена или ограничена суброгация (исключая требования, возникшие вследствие умышленного причинения убытков, п. 1 ст. 965 ГК РФ).

1.5. Согласно подп. 5 п. 1 комментируемой статьи случаи перехода права в силу закона могут возникать и в иных ситуациях, указанных в законе. Так, например, суброгация происходит при исполнении третьим лицом обязательства вместо должника (см. комментарий к ст. 313 ГК РФ), при передаче в рамках межкредиторского соглашения младшим кредитором старшему полученного от должника (см. комментарий к п. 2 ст. 309¹ ГК РФ), при возмещении на основании соглашения о возмещении потерь одной из сторон договора потерь, возникших у другой стороны в связи с неправомерными действиями третьих лиц (п. 4 ст. 406¹ ГК РФ), при переводе долга по модели экспромиссии (ст. 391 ГК РФ).

1.6. Спорным является вопрос о том, какая форма перехода права имеет место в случае обращения взыскания на обязательственное право и реализации его с торгов. Идет ли здесь речь об уступке, особенность которой в том, что волю cedента заменяет решение соответствующего управомоченного органа, осуществляющего обращение взыскания? Или в данной ситуации переход права осуществляется в силу закона? Однозначно вопрос в российском праве пока не решен. Поскольку в результате проведения торгов заключается договор об отчуждении имущества, выставленного на торги, более логичным выглядит первый из предложенных вариантов толкования.

2. Пункт 2 комментируемой статьи содержит отсылочную норму, позволяющую применять к переходу прав кредитора в силу закона нормы об уступке требования,

если иное не установлено ГК РФ, иными законами или не вытекает из существа отношений.

2.1. Наибольший интерес представляет возможность применения положений о последствиях нарушения запрета или ограничений уступки требований (п. 2 ст. 382 и п. 3 ст. 388 ГК РФ) в ситуациях, когда право кредитора не уступается, а переходит к другому лицу в силу закона.

Прежде всего рассмотрим возможность применения правил об оспаривании уступки в нарушение договорного запрета на уступку к случаям перехода прав в силу закона. Как уже отмечалось в комментарии к п. 2 ст. 382 ГК РФ, правило данной нормы ГК РФ о праве на оспаривание цессии не может применяться к случаям перехода прав в силу закона, так как здесь переход права происходит не на основании сделки и, собственно говоря, должнику нечего оспаривать. В то же время в некоторых случаях если будет установлено, что переход прав в силу закона происходит в результате предварительного совершения прежним кредитором некой сделки с новым кредитором (поручительство, перевод долга по модели экспромиссии по правилам ст. 391 ГК РФ и т.п.) и при этом соответствующая сделка, создающая правовые условия для суброгации, совершена с целью обхода запрета на уступку, суброгация в нарушение договорного запрета на уступку может быть заблокирована (в силу запрета на обход закона, предусмотренного в п. 1 ст. 10 ГК РФ). Конечно, это возможно, если будет установлена недобросовестность нового кредитора. Иной вывод прямо легализовал бы элементарный прием обхода договорного запрета на уступку и исключения ответственности кредитора за его нарушение. Кредитору было бы достаточно вместо соглашения об уступке заключить с третьим лицом, намеревающимся приобрести требование к должнику, договор поручительства или соглашение о переводе долга по правилам ст. 391 ГК РФ. В таком случае выплата поручителем или новым должником долга должника была бы, по сути, равнозначна уплате цены за уступаемое право, после чего поручитель (новый должник) мог бы рассчитывать на приобретение права в порядке суброгации в обход договорного запрета на уступку. В той степени, в какой нарушение таких запретов является основанием для оспаривания цессии, переход права в силу закона не может происходить с помощью столь элементарной схемы обхода закона. Обсуждаться может лишь конкретная правовая форма блокирования суброгации в таких ситуациях: квалификация такой сделки, дающей право на суброгацию, в качестве притворной и соответственно ее переквалификация в обычную уступку, которая может быть оспорена по правилам п. 2 ст. 382 ГК РФ, или блокирование эффекта суброгации по правилам ст. 10 ГК РФ.

В то же время с точки зрения системной согласованности закона такое блокирование суброгации недопустимо в отношении денежных требований, применительно к которым ГК РФ прямо говорит о том, что оспорить уступку, совершенную кредитором в нарушение договорного запрета на уступку, должник не может, имея право рассчитывать лишь на взыскание убытков или неустойки (п. 3 ст. 388 ГК РФ).

Также очевидно, что должник с кредитором не могут заблокировать переход прав в тех случаях, когда право переходит в силу закона не в связи с заключением кредитором ранее какой-либо сделки, а, например, в связи с универсальным правопреемством. Возможность блокирования перехода права при наследовании или

во многих случаях реорганизации (слияния, присоединения) будет приводить к тому, что право фактически будет прекращаться, а должник освобождаться от обязательства в силу исчезновения изначального кредитора, что абсурдно.

2.2. Применительно к праву должника, рассчитывающего на действие запрета на уступку, потребовать возмещения прежним кредитором убытков при переходе прав в силу закона следует отметить следующее. Фиксация факта нарушения кредитором договорного запрета на уступку требований предполагает наличие именно упречного волеизъявления первоначального кредитора: зная о наличии запрета или ограничения, он все же совершает сделку по передаче требования. Именно этим объясняется возложение на него ответственности за нарушение договорного запрета цессии. При переходе прав кредитора в силу закона такого упречного волеизъявления в подавляющем большинстве случаев нет (наследование, перевод прав в силу решения суда, исполнение обязательства третьим лицом и др.). Однако возможно и иное. Так, заключая договор поручительства или договор залога с третьим лицом, не являющимся должником, кредитор сознательно допускает возможность перехода права к поручителю даже при наличии оговорки о запрете или ограничении уступки. Нужно ли здесь применять дифференцированный подход? Формально это недопустимо. Во всех случаях перехода прав кредитора в силу закона отсутствует важнейшее условие для применения п. 3 ст. 388 ГК РФ, устанавливающего ответственность в виде возмещения убытков, — противоправное поведение кредитора. Переход права вызван не действиями кредитора, а иными обстоятельствами, в частности действиями третьих лиц. Соответственно возложение на кредитора ответственности за действия третьих лиц по общему правилу недопустимо.

Единственным исключением является описанный выше в п. 2.1 комментария к настоящей статье случай совершения прежним кредитором сделки, которая может повлечь суброгацию (поручительства, перевода долга по модели экспромиссии в соответствии ст. 391 ГК РФ и т.п.), с умыслом, направленным на обход договорного условия о запрете или ограничении уступки и исключение своей ответственности за нарушение такого условия.

Кроме того, должник и кредитор могут договориться о том, что кредитор обязуется не заключать с третьими лицами договоры, способные стать основанием для суброгации прав из данного договора (страхование, поручительство и т.п.). В таком случае при нарушении этой обязанности кредитор обязан возместить должнику возникшие у того убытки. Этот вывод в равной степени применим к переходу прав в силу суброгации по денежным и неденежным обязательствам.

В тех случаях, когда переход прав в силу закона не является следствием предварительного заключения кредитором договора с третьим лицом (например, при исполнении третьим лицом обязательства должника по правилам ст. 313 ГК РФ), должник, естественно не может защитить свои интересы в покрытии своих связанных с переходом прав потерь за счет условия о запрете на заключение кредитором тех или иных договоров. Но он может договориться с кредитором о том, что при суброгации прав в таких случаях кредитор покроет все возникшие у должника в связи с этим потери на основании соглашения о возмещении потерь (ст. 406¹ ГК РФ).

2.3. Возможен ли переход права в силу закона в ситуации, когда уступка права запрещена или ограничена не договором, а законом? В ряде случаев закон запрещает уступку без согласия должника. Так, например, п. 2 ст. 388 ГК РФ запрещает уступку

без согласия должника в ситуации, когда личность кредитора имеет существенное значение для должника, а п. 4 этой статьи запрещает уступку неденежного требования в ситуации, когда такая уступка делает для должника исполнение значительно более обременительным. В силу п. 2 ст. 615 ГК РФ передача прав аренды по общему правилу возможна лишь с согласия арендодателя (это неудивительно с учетом того, что личность арендатора может иметь важное значение для арендодателя). В иных случаях закон жестко запрещает уступку независимо от согласия должника. Например, п. 7 ст. 448 ГК РФ запрещает уступку прав из договора, заключение которого в силу закона возможно только в результате проведения торгов. Если при этом законодательный запрет сформулирован исключительно в отношении уступки как сделки, формально это не означает, что законодатель запрещает переход права в силу закона. В то же время дать какой-то однозначный ответ на поставленный вопрос сложно, так как необходимо учитывать цели введения соответствующего запрета, а также то, что в соответствии с комментируемой нормой правила об уступке могут применяться к переходу права в силу закона. Телеологическое толкование в ряде случаев может подтолкнуть к выводу о том, что цель нормы состояла в ограничении или запрете не столько уступки, сколько перехода права в принципе. Например, в случаях, когда уступка без согласия должника заблокирована в силу существенного значения личности кредитора для должника или в силу того, что уступка может привести к значительному росту издержек на исполнение обязательства, могут возникнуть сомнения и в возможности перехода права в силу закона.

В такого рода случаях многое, видимо, зависит от существа складывающихся отношений, в частности от формы перехода права в силу закона, от степени связи обязательства с личностью кредитора или объема возрастающих издержек должника на исполнение. Например, вряд ли при реорганизации арендатора в форме слияния или присоединения следует блокировать переход прав арендатора в формате универсального правопреемства. В то же время если речь идет о наследовании, вопрос о правопреемстве может оказаться куда более сложным с учетом того, что личность арендатора может иметь принципиальное значение для арендодателя и существует неразрывная связь прав арендатора и его обязанностей (по обеспечению сохранности арендованной вещи, надлежащему использованию и т.п.).

3. Уступка требования (цессия)

Статья 388. Условия уступки требования

1. Уступка требования кредитором (цедентом) другому лицу (цессионарию) допускается, если она не противоречит закону.

2. Не допускается без согласия должника уступка требования по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника.

3. Соглашение между должником и кредитором об ограничении или о запрете уступки требования по денежному обязательству не лишает силы такую уступку и не может служить основанием для расторжения договора, из которого возникло это требование, но кредитор (цедент) не освобождается от ответственности перед должником за данное нарушение соглашения.

4. Право на получение неденежного исполнения может быть уступлено без согласия должника, если уступка не делает исполнение его обязательства значительно более обременительным для него.

Соглашением между должником и цедентом может быть запрещена или ограничена уступка права на получение неденежного исполнения.

5. Солидарный кредитор вправе уступить требование третьему лицу с согласия других кредиторов, если иное не предусмотрено соглашением между ними.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи закрепляет общий принцип свободы оборота обязательственных прав: они могут быть переданы третьим лицам на основании сделки уступки. В данной норме допускается одно абсолютное препятствие для совершения перехода обязательственного права в результате уступки — противоречие закону. Поскольку законодательные запреты уступки, как правило, устанавливаются в интересах третьих лиц (должника или иных субъектов), то цессия, нарушающая такой запрет, будет ничтожной сделкой (п. 2 ст. 168 ГК РФ). Если цессия не запрещена законом, а необходимо получить лишь согласие должника (например, по п. 4 комментируемой статьи), при отсутствии такого согласия уступка в силу ст. 173¹ ГК РФ будет оспоримой и может быть признана недействительной, если будет доказано, что цессионарий знал или должен был знать о необходимости получения согласия должника и о его отсутствии.

Если уступка запрещена законом или обусловлена согласием должника, то эти ограничения, видимо, должны действовать и при обращении взыскания на соответствующее право по требованиям третьих лиц. Этот вывод справедлив, если исходить из того, что обращение взыскания влечет переход права не в силу закона, а в силу сделки по отчуждению права, совершаемой от имени кредитора уполномоченными органами. Соответственно если, например, право было тесно связано с личностью кредитора и не могло быть уступлено третьим лицам без согласия должника, вряд ли такое отчуждение права во всех случаях возможно при обращении на него взыскания. В то же время многое зависит, видимо, от цели введения соответствующего запрета и баланса интересов сторон. Если из телеологического толкования следует, что цель нормы состояла в ограничении распоряжения правом по произвольному усмотрению кредитора, и интерес должника в сохранении кредитора уступает интересам третьих лиц, имеющих притязания к кредитору и желающих реализовать их путем обращения взыскания на имущественные права кредитора, то такое обращение взыскания допустимо и без согласия должника. Так, например, представляется, что законодательный запрет уступки прав из договора, заключение которого в силу закона возможно только в результате проведения торгов, не может ограничивать возможность обращения взыскания на такое право (см. комментарий к п. 7 ст. 448 ГК РФ).

1.1. Одним из наиболее острых вопросов в практике является допустимость уступки требований из кредитных договоров небанковским организациям. С одной стороны, ВАС РФ неоднократно высказывался в поддержку таких сделок даже в тех случаях, когда должником-заемщиком являлся гражданин-потребитель (см. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120,

п. 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146). С другой стороны, ВС РФ допускал такие сделки только в том случае, если в кредитном договоре с гражданином-потребителем содержится недвусмысленное согласие заемщика на уступку требований из договора третьим лицам (см. п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17, Определение КГД ВС РФ от 21 апреля 2015 г. № 36-КГ15-4). Ситуация изменилась в связи с принятием Закона о потребительском кредите, в ст. 12 которого содержится прямое разрешение на уступку требований по потребительским кредитам любым третьим лицам с сохранением у потребителя-должника всех прав, присущих его особому статусу (охрана персональных данных, соблюдение банковской тайны и т.п.). Соответственно сделки уступки таких требований, совершенные после 1 июля 2014 г. (дата вступления закона в силу), не могут быть поставлены под сомнение. Если цессия была совершена до этого момента, то следует учитывать различия в подходах арбитражных судов и судов общей юрисдикции.

1.2. Проблема допустимости уступки обсуждалась и применительно к цессии требований, которые ранее перешли к страховым компаниям в порядке суброгации. Поскольку страховщик – специальный субъект, осуществляющий лицензируемую деятельность, в практике высказывались сомнения в том, что суброгационные требования могут быть уступлены лицам, не имеющим лицензию на осуществление страховой деятельности. Однако эти сомнения безосновательны. К страховщику, выплатившему возмещение, переходят права требования в рамках деликтного обязательства. Очевидно, что для обладания такими правами и их осуществления не требуется лицензия на осуществление страховой деятельности. Соответственно нет препятствий к их уступке страховой компанией любым третьим лицам (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120).

1.3. Допустимость уступки права (требования) не ставится в зависимость от того, является ли оно бесспорным (п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Тот факт, что по поводу уступаемого права и его существования идет судебный спор, не означает, что такое право нельзя уступить. В равной степени не мешает уступке требования то, что предмет уступаемого права (например, размер денежной суммы) не вполне определен или может быть скорректирован судом при его взыскании с должника. В частности, то, что размер неустойки может быть снижен судом по правилам ст. 333 ГК РФ, не препятствует уступке права на взыскание такой неустойки (п. 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120).

2. В п. 2 комментируемой статьи содержится одно из наиболее одиозных правил об уступке требования: необходимость получения согласия должника в тех случаях, когда личность кредитора имеет для должника существенное значение. Ключевым параметром здесь является выражение «существенное значение личности кредитора для должника». Очевидно, что оно имеет оценочный характер, что создает трудно-оценимые риски для оборота. Так, цедент и цессионарий могут вполне обоснованно предполагать, что личность кредитора не имеет существенного значения для должника, а суд в случае спора может прийти к иному выводу. К сожалению, за более чем 20-летний период действия данной нормы не сформировалась устойчивая практика

ее применения и даже не выявлены приблизительные критерии, позволяющие определить наличие или отсутствие существенного значения личности кредитора для должника. В этих условиях многие сделки уступки требования находятся в зоне риска.

Проблема отчасти облегчается тем, что комментируемая норма сформулирована в виде исключения из общего правила. Это означает, что доказывать наличие такого исключения должен тот, в чьих интересах оно установлено, т.е. должник.

2.1. Единственным надежным способом устранения названного риска является получение согласия должника. Данное согласие может быть выражено по-разному: до совершения цессии, одновременно с ней или после нее. Равным образом согласие должника может быть как конкретным (согласие на уступку конкретного требования конкретному лицу), так и абстрактным (согласие на уступку любых требований любому цессионарию). В первом случае при совершении последующей цессии придется вновь получать согласие должника. Во втором случае абстрактное согласие действует в отношении всех цессионариев.

Предварительное согласие может быть в том числе закреплено и в самом договоре должника и кредитора.

2.2. В Принципах УНИДРУА предлагается едва ли более определенное решение рассматриваемой проблемы. Так, согласие должника необходимо получить, если обязательство в конкретных обстоятельствах в существенном объеме имеет личный характер (п. 2 ст. 9.1.7). Несмотря на то что здесь личная связь обязательства с кредитором описана иными словами, критерий по сути столь же неопределенный, что и в п. 2 комментируемой статьи. Модельные правила европейского частного права содержат универсальную формулировку, которая уже упоминалась выше (см. комментарий к ст. 383 ГК РФ).

2.3. Поскольку п. 2 комментируемой статьи расположен в подпараграфе, посвященном переходу прав кредитора на основании цессии, ограничение оборота прав по обязательствам, в которых личность кредитора имеет существенное значение для должника, не распространяется на случаи перехода прав в силу закона (например, при реорганизации).

3. Пункт 3 комментируемой статьи является, пожалуй, наиболее значимой новеллой, появившейся в рамках реформы [гл. 24](#) в 2014 г. Наше право традиционно исходило из того, что запрет или ограничение цессии имеет абсолютное значение, т.е. действует даже в отношении третьих лиц. На практике это приводило к тому, что уступка денежного требования, совершенная вопреки *договорному запрету на уступку*, оказывалась ничтожной сделкой, что отражалось на интересах как cedentа, так и цессионария. В действующей редакции п. 3 комментируемой статьи воспринят иной подход к регулированию данных отношений: уступка денежного требования действительна, такое требование переходит вопреки договорному запрету, однако cedent отвечает перед должником за нарушение договорного запрета (эта ответственность может выражаться как в убытках, так и в неустойке, а также может быть обеспечена поручительством, залогом и т.п.).

Напомним, что в случае уступки неденежного требования вопреки договорному запрету должник помимо права привлечь кредитора к ответственности за нарушение договора, вправе также и оспорить цессию (п. 2 ст. [382](#) ГК РФ).

Практически дословно совпадающие с комментируемой статьей формулировки содержатся в международных источниках (см. п. 1 ст. 9.1.9 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. 6 Конвенции УНИДРУА о международном факторинге, Оттава, 1988 г.).

В силу прямого указания закона комментируемая норма является императивной, т.е. стороны договора не могут договориться о том, что в рамках их взаимоотношений договорный запрет цессии будет иметь абсолютный характер, т.е. его нарушение будет приводить к ничтожности или оспоримости уступки денежного требования.

4. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает, что уступка неденежного требования допустима без согласия должника в ограниченных случаях, а именно любая сделка уступки неденежного требования должна совершаться с согласия должника, если в результате уступки исполнение для должника становится значительно более обременительным. Соответственно с учетом оценочного характера данного критерия практически каждая уступка неденежного требования находится в зоне риска и нуждается в проверке на предмет того, не становится ли для должника исполнение обязательства значительно более обременительным (например, не повлечет ли она для должника существенные дополнительные расходы на предоставление исполнения цессионарию).

Нельзя сказать, что комментируемая норма является изобретением российского законодателя. Аналогичное правило содержится, к примеру, в ст. 9.1.3 Принципов УНИДРУА.

4.1. В п. 4 комментируемой статьи содержится еще одно важное правило: уступка неденежного требования, в отличие от денежного, может быть эффективно запрещена в соглашении между цедентом и должником. При нарушении такого договорного запрета цессия будет оспоримой сделкой, которая может быть признана недействительной лишь при доказанной недобросовестности цессионария (см. комментарий к п. 2 ст. 382 ГК РФ).

В Модельных правилах европейского частного права для нарушения запрета уступки неденежных требований предложено более изящное решение: право кредитора на неденежное исполнение переходит вопреки запрету, однако должнику предоставлены следующие меры защиты своих нарушенных интересов: у должника есть право предоставить неденежное исполнение цеденту даже вопреки уведомлению о цессии и освободиться, таким образом, от обязательства, а также право произвести против притязаний нового кредитора зачет, как если бы уступка не происходила (п. 2 ст. III.-5:108). Должник также может привлечь цедента к ответственности за нарушение запрета уступки неденежного требования (п. 4 ст. III.-5:108 Модельных правил европейского частного права).

5. Проблема уступки солидарных требований не случайно привлекла внимание законодателя. Очевидно, что солидарным кредиторам безразлично, кто участвует в обязательстве. Если должник исполнит обязательство в полном объеме одному из солидарных кредиторов, удовлетворение интересов остальных кредиторов будет зависеть от того, возместит ли получатель соответствующие части исполнения другим солидарным кредиторам (см. комментарий к п. 4 ст. 326 ГК РФ). В силу этого солидарные кредиторы заинтересованы в том, чтобы контролировать состав сокре-

диторов, не допуская произвольного вступления новых лиц, в чьей состоятельности и добросовестности они не уверены.

Эта проблема могла быть решена в законе по-разному. Первое решение вытекает из очевидной аналогии «совладения» солидарными требованиями и долями в общей собственности. Подобно сособственникам, сокредиторам можно было бы предоставить преимущественное право приобретения солидарных требований по цене предложения третьему лицу. Это решение позволило бы, во-первых, обеспечить сокредиторам контроль за субъектным составом солидарного обязательства, во-вторых, уступать солидарное требование третьим лицам в тех случаях, когда никто из сокредиторов не хочет его приобрести. Однако законодатель выбрал иное решение: уступка солидарного требования требует согласия всех других солидарных кредиторов, т.е. может быть безоговорочно заблокирована, если хотя бы один из сокредиторов не выразит согласие. Это правило необоснованно нарушает баланс интересов, позволяя любому из сокредиторов фактически заблокировать уступку.

Последствием уступки без согласия всех сокредиторов будет оспоримость цессии по правилам ст. 173¹ ГК РФ при доказанной недобросовестности цессионария, знавшего или имевшего основания знать об отсутствии согласия других сокредиторов.

Комментируемая норма является диспозитивной, и соглашением между солидарными кредиторами может быть установлен иной режим уступки, включая преимущественное право покупки солидарного требования.

Статья 388¹. Уступка будущего требования

1. Требование по обязательству, которое возникнет в будущем (будущее требование), в том числе требование по обязательству из договора, который будет заключен в будущем, должно быть определено в соглашении об уступке способом, позволяющим идентифицировать это требование на момент его возникновения или перехода к цессионарию.

2. Если иное не установлено законом, будущее требование переходит к цессионарию с момента его возникновения. Соглашением сторон может быть предусмотрено, что будущее требование переходит позднее.

Комментарий

1. В значительной степени статья об уступке будущих требований закрепляет тот либеральный в отношении такой уступки подход, который ранее сформировался в практике ВАС РФ (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Допустимость уступки будущих прав признается и в международных актах унификации частного права (ст. III.-5:106 Модельных правил европейского частного права, ст. 9.1.5 Принципов УНИДРУА). Тот факт, что уступка будущего требования была возможна и до появления в ГК РФ в 2014 г. ст. 388¹, подтверждена в Определении КЭС ВС РФ от 6 октября 2016 г. № 305-ЭС16-8204.

1.1. При применении комментируемой статьи необходимо прежде всего точно определиться с терминами. «Будущим» является то требование, которое еще вообще не возникло. Теоретически мыслимы как минимум два варианта будущего права.

Первый вариант имеет место тогда, когда речь идет о праве из договора, который еще даже не заключен, возможного в будущем деликта или еще не состоявшегося неосновательного обогащения и т.п. В данном случае можно однозначно говорить о том, что речь идет о будущем праве для целей применения комментируемой статьи.

Второй вариант имеет место тогда, когда уступаемое право основано на уже заключенном договоре, но поставлено под отлагательное условие. Таким условием может быть некое обстоятельство, привнесенное в сделку сторонами (например, выплата дополнительного вознаграждения под условие изменения налогового режима), а также так называемое условие права, встроенное позитивным правом в ту или иную договорную конструкцию (например, страховщик не обязан выплачивать страховое возмещение до наступления страхового случая, должник — платить неустойку до момента нарушения им договора и т.п.). Впрочем, отнесение требований, поставленных в зависимость от обычных отлагательных условий или условий права, к категории будущих не является общепризнанным. В доктрине и практике нередко встречается мнение, что такие права следует считать существующими, но не созревшими. Проблема связана с тем, что в российском праве нет ясности в вопросе, какова природа отлагательно обусловленного права до наступления условия: существует ли оно до момента наступления условия и при наступлении условия лишь созревает либо до наступления условия права нет, а есть особое правовое состояние ожидания наступления условия и соответствующей связанности сторон, но само полноценное право возникает только в момент наступления условия.

При этом не вызывает сомнений то, что к категории будущих прав не относятся права по уже заключенным договорам, по которым еще не наступил срок исполнения (так называемые несозревшие требования). Такие права уже возникли, однако они не могут быть осуществлены до наступления определенного срока. Например, право требования возврата уже выданного кредита возникает у банка в момент выдачи кредита, однако оно не может быть осуществлено до наступления срока возврата кредита. Уступка таких возникших, но еще не созревших требований не подпадает под действие правил настоящей статьи об уступке будущих прав.

Квалификация тех или иных прав в качестве будущих требований имеет большое значение в связи с установлением правового режима уступки будущего требования. Например, в силу п. 2 комментируемой статьи будущее право по общему правилу переходит к цессионарию в момент возникновения права, в то время как при уступке существующего, но не созревшего права последнее перейдет по общему правилу в момент совершения распорядительной сделки цессии (если только момент перехода права не отсрочен по воле сторон). Если считать право на выплату страхового возмещения до наступления страхового случая (или любое иное право, поставленное под отлагательное условие) будущим правом, то в момент совершения сделки уступки право не перейдет, а замена кредитора состоится автоматически лишь в момент наступления страхового случая. Соответственно если страхователь-цедент после совершения сделки уступки с таким отложенным распорядительным эффектом, но до момента наступления условия окажется в банкротстве, право на выплату страхового возмещения не перейдет цессионарию и окажется в конкурсной массе цедента. Если считать, что в подобной ситуации речь идет об уступке существующего права, последнее будет считаться перешедшим по общему правилу в момент совершения сделки цессии, и оно будет созревать при наступлении условия уже

напрямую у цессионария, что минимизирует риски затягивания данного права в конкурсную массу cedenta в ситуации, когда до наступления условия cedent окажется в процедуре банкротства.

1.2. Уступка права возможна и тогда, когда уступаемое право обусловлено осуществлением cedентом встречного исполнения своих обязательств перед должником (п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Так, например, продавец может уступить цессионарию свое требование к покупателю об оплате товара еще до того, как товар им был поставлен и возникли основания для платежа. Будет ли это уступкой будущего права (ст. 388¹ ГК РФ) или уступкой уже существующего, но еще не созревшего права? Этот вопрос в российском праве носит дискуссионный характер в силу доктринальной неопределенности в вопросе о моменте возникновения встречного обязательства, обусловленного осуществлением другой стороной предшествующего исполнения (например, внесением предварительной оплаты).

Согласно одному из подходов встречное обязательство, обусловленное получением предшествующего исполнения от другой стороны, считается поставленным под обычное отлагательное условие и возникает лишь в момент получения предшествующего исполнения. При такой интерпретации если обязательство должника привязано к моменту получения должником исполнения от cedenta (например, срок оплаты исчисляется с момента поставки товара), то долг поставлен под условие поставки и возникает лишь в момент поставки. Соответственно при уступке требования по оплате до поставки речь идет об уступке будущего права, и в силу п. 2 ст. 388¹ ГК РФ право на оплату перейдет к цессионарию с момента возникновения права (т.е. в момент наступления условия — поставки товара). Поэтому cedent до момента наступления такого условия может повторно распорядиться таким правом, а при банкротстве cedenta право окажется в его конкурсной массе и не перейдет цессионарию.

Если в рамках такой интерпретации обязательство должника не привязано к моменту исполнения встречных обязательств cedenta, а зависит от наступления срока в виде календарной даты или периода времени, исчисляемого с момента заключения договора, то такое обязательство должника возникает уже в момент заключения договора, а в момент получения исполнения от cedenta оно лишь «созревает». Соответственно в нашем примере при уступке права на оплату до момента поставки речь идет об уступке не будущего, а уже существующего права.

Есть и иной подход к решению поставленного вопроса: встречное обязательство, обусловленное получением предшествующего исполнения, возникает в момент заключения договора и лишь «созревает» в момент получения предшествующего исполнения. При таком подходе уступка такого требования по встречному обязательству до указанного момента «созревания» будет уступкой уже существующего права. Соответственно право перейдет сразу же в момент уступки, cedent не сможет уступить его повторно кому-либо еще и при банкротстве cedenta до момента «созревания» встречного обязательства это право не окажется в конкурсной массе cedenta.

Вопрос о выборе одного из двух указанных подходов в российском праве пока однозначно не решен. В то же время, как мы видим, от этого выбора зависят очень важные аспекты уступки.

1.3. Зачем законодателю потребовалось особое регулирование уступки будущих требований? Первоочередная цель состоит в том, чтобы нормативно обеспечить прежде всего интересы цессионария. Представим себе, что предприятие, имеющее налаженные договорные связи с покупателями его продукции, экстренно нуждается в денежных средствах. В силу разных обстоятельств кредит получить невозможно. Единственный резерв – «запродать» будущую выручку даже с большим дисконтом. Однако если такое предприятие в обмен на немедленный платеж лишь примет на себя обязанность в будущем уступить права требования, которые у него возникнут по вновь заключенным контрактам, цессионарий окажется в весьма уязвимом положении: если cedent нарушит свою обязанность уступить требования, когда они возникнут, цессионарий будет вынужден длительное время судиться с cedentом с неопределенными перспективами в плане исполнения судебных решений. Законодательное регулирование, закрепленное в комментируемой статье, предлагает принципиально иное решение: если совершена уступка будущего требования, оно переходит к цессионарию автоматически, как только оно возникнет, без дополнительных действий сторон. По сути закон позволяет совершить сделку уступки до момента возникновения уступаемого права, но сам переход права поставлен под отлагательное условие возникновения права.

1.4. Упомянутая в п. 1 комментируемой статьи необходимость идентификации уступаемого будущего права связана с тем, что это существенное условие уступки будущего требования, которое должно быть согласовано сторонами. Поскольку на момент совершения цессии права еще нет, законодатель позволяет закрепить в соглашении об уступке параметры, применив которые можно будет идентифицировать уступаемое требование не позднее его возникновения (например, указать, что уступаются все права, которые возникнут из первого договора с конкретным контрагентом, заключенного в будущем месяце). Аналогичные правила о предмете уступки будущих требований содержатся в международных источниках (п. 1 ст. III.-5:106 Модельных правил европейского частного права, ст. 9.1.5 Принципов УНИДРУА).

1.5. При уступке будущего права риск того, что уступаемое право не возникнет, лежит на cedente. Если в течение оговоренного сторонами срока право так и не возникнет, цессионарий вправе отказаться от договора и потребовать возврата уплаченных средств.

Спорным является вопрос о том, могут ли стороны соглашения об уступке будущего права переложить риск невозникновения права на цессионария. Как представляется, такое проявление свободы договора следует признать как минимум по общему правилу допустимым. Так, например, лицо может уступить цессионарию права на любые деликтные притязания, которые могут возникнуть у этого лица в будущем по отношению к тем или иным определенным в соглашении или даже любым делинквентам, на случай причинения вреда его имуществу, с условием о том, что уплаченные цессионарием cedенту средства в рамках соглашения об уступке не возвращаются, если основания для деликтных притязаний так и не возникнут. В то же время более сомнительна такая алеаторная конструкция в случаях, когда возникновение права находится в исключительной сфере контроля самого cedента. Иначе получается, что обязательства по возврату уплаченных средств оказываются поставленными под отлагательное потестативное условие на стороне должника, что во многом противоестественно.

1.6. В связи с этим очень важным положением договора об уступке будущего права является условие о сроке, в течение которого стороны готовы ожидать возникновения права. Вряд ли разумно считать это условие существенным и признавать договор об уступке незаключенным в случае отсутствия в договоре такого положения. Более логичным выглядит следующее решение: при отсутствии в договоре условия о сроке суд должен восполнить пробел в договоре по правилам ст. 6 ГК РФ, применив разумный срок. Соответственно если право не возникнет в течение разумного срока, цессионарий получает право на отказ от договора и возврат уплаченных средств. Это связано с тем, что право в целом негативно относится к вечной «подвешенности» в отношениях сторон договора. Трудно предполагать, что разумные участники оборота, всесторонне и взвешенно оценившие последствия договора, согласились бы связать себя состоянием неопределенности, вообще не ограниченной каким-либо сроком.

1.7. По правилам об уступке будущих требований можно распорядиться не только единичным будущим требованием, но и целым пулом будущих прав. Например, завод-изготовитель может «запродать» все права по поставкам своей продукции в течение предстоящего года. Аналогичное решение содержится в п. 3 ст. III.-5:106 Модельных правил европейского частного права.

2. В п. 2 комментируемой статьи определяется момент перехода будущего требования. Очевидно, он не может наступить раньше, чем данное требование возникнет, ибо не может перейти то, чего еще нет. По умолчанию будущее требование автоматически переходит к цессионарию в тот момент, когда оно возникнет (здесь речь идет именно о переходе, что предполагает следующий юридический прием: требование возникает у cedentа и сразу же через логическую секунду переходит к цессионарию). Это позволяет обеспечить соблюдение принципа правопреимства и предполагает переход требования в том состоянии, в каком оно возникло у cedentа (со всеми обеспечениями, дополнительными правами и со всеми обременениями, которые успели возникнуть). В то же время следствием такого решения является то, что при банкротстве cedentа соответствующее еще не перешедшее к цессионарию право попадает в конкурсную массу cedentа и правовой эффект распоряжения не может наступить автоматически (Определение КЭС ВС РФ от 6 октября 2016 г. № 305-ЭС16-8204).

В Модельных правилах европейского частного права закреплено такое же решение в отношении вопроса о моменте перехода права (п. 1 ст. III.-5:106). В то же время Принципы УНИДРУА предусматривают иной, ретроспективный подход: право перейдет при условии его возникновения, но считаться перешедшим будет с момента совершения сделки цессии (ст. 9.1.5). Такое решение, безусловно, выгодно цессионарию, так как исключает риск попадания данного права в конкурсную массу cedentа в случае, если cedent окажется в процедуре банкротства после совершения сделки уступки, но до возникновения права. Но при этом оно представляется менее удачным, чем то решение, которое реализовано в ГК РФ и закреплено в Модельных правилах европейского частного права, так как оказывается крайне несправедливым по отношению к иным кредиторам cedentа-банкрота и создает условия для вывода из конкурсной массы cedentа значительных активов в виде обязательственных прав в отношении тех или иных должников.

2.1. Комментируемая норма является односторонне диспозитивной, т.е. позволяет сторонам договориться о том, что будущее требование переходит позже его возникновения. Например, переход требования может быть приурочен к перечислению какой-то части покупной цены или предоставлению иного имущества. Договориться о том, что право перейдет ранее момента его возникновения, нельзя. Такое проявление свободы договора в принципе будет противоречить природе вещей, так как нельзя передать то, чего еще нет, а следовательно, подобная договоренность будет ничтожной в силу противоречия существу законодательного регулирования (п. 74 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

2.2. При уступке будущих требований должник должен быть уведомлен об уступке после того, как уступаемое право возникло и перешло к цессионарию. То, что уведомление по общему правилу направляется должнику после перехода права, недвусмысленно вытекает из смысла положений ст. 385 ГК РФ. Тот же подход применим и к уступке будущих прав. В принципе нет возражений против того, чтобы такое уведомление было выслано должнику после заключения соглашения об уступке будущего права, но до его возникновения и перехода цессионарию, однако при этом правовой эффект такого уведомления будет наступать не ранее возникновения и перехода права, иначе бы право поставило должника в крайне сложное положение. Как уже указывалось, должник лишается права заявлять против нового кредитора возражения, которые вытекают из его отношений с предшествующим кредитором и основания для которых возникли до получения уведомления об уступке (ст. 386 ГК РФ). В таких условиях если бы позитивное право при уступке будущих прав связывало эти правовые последствия уведомления с моментом получения такого уведомления, а не с моментом возникновения и перехода права, то уступка будущих прав значительно сильнее ущемляла бы интересы должника, отсекая значительное количество возможных возражений, которые могли бы накопиться у должника за период с момента получения такого предварительного уведомления до момента реального перехода права.

2.3. Что произойдет, если одно и то же будущее требование будет уступлено несколько раз до момента его возникновения? Очевидно, что право в момент его возникновения должно будет перейти одному из цессионариев, а другой сможет лишь привлечь cedenta к ответственности по правилам ст. 390 ГК РФ. Но кто из цессионариев приобретет само право, ведь для всех таких цессионариев момент перехода права, указанный в комментируемом пункте, будет одинаков? В ГК РФ нет решения этого вопроса. Одним из возможных решений является признание приоритета за тем цессионарием, договор с которым был заключен ранее.

Статья 389. Форма уступки требования

1. Уступка требования, основанного на сделке, совершенной в простой письменной или нотариальной форме, должна быть совершена в соответствующей письменной форме.

2. Соглашение об уступке требования по сделке, требующей государственной регистрации, должно быть зарегистрировано в порядке, установленном для регистрации этой сделки, если иное не установлено законом.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи закрепляет правило «следования формы»: сделка цессии должна быть совершена в той же форме, что и сделка (чаще всего договор), из которой возникло уступаемое требование. Так, если уступается денежное требование продавца из договора купли-продажи, который был удостоверен у нотариуса, то и сама уступка требования подлежит нотариальному удостоверению. Толкование п. 1 комментируемой статьи позволяет сделать вывод о том, что если сделка, из которой возникло уступаемое требование, была устной (и это допускалось законом), то и уступка требования по такой сделке тоже может быть совершена устно.

1.1. В комментируемой норме решен вопрос лишь о форме распорядительной сделки уступки. Если эта сделка отражается в соглашении об уступке (с моментальным, отсроченным или обусловленным эффектом перехода права), указанный принцип следования формы будет распространяться и на соглашение об уступке как минимум, в части содержащегося в нем распорядительного волеизъявления. Если уступка оформляется отдельно в виде самостоятельного акта, то указанный принцип «следования формы» применяется именно к такому акту.

1.2. Последствия несоблюдения данного предписания в комментируемой статье не определены. Соответственно при решении этого вопроса должны применяться общие положения о последствиях нарушения требований к форме сделки. В частности, если уступка в силу принципа «следования формы» должна быть удостоверена нотариально, то нарушение этого требования повлечет ничтожность уступки (п. 3 ст. 163 ГК РФ). Если договор, из которого возникло уступленное право, был совершен в простой письменной форме, а уступка совершена устно, то в силу ст. 160 и 162 ГК РФ такая уступка действительна, но стороны не могут ссылаться на свидетельские показания при доказывании факта ее совершения и ее условий.

1.3. Интересный вопрос возникает в случае уступки права, не вытекающего из сделки (например, кондикционного требования). Применительно к таким ситуациям положение комментируемой нормой не действует. Соответственно, встает вопрос о форме такой уступки. Логичным является применение к такой ситуации общих правил о форме сделки (ст. 158–163 ГК РФ).

2. Из смысла нормы п. 2 комментируемой статьи следует, что она распространяется не на саму сделку уступки, а на соглашение об уступке требования. Данное соглашение подлежит государственной регистрации в том случае, если оно предусматривает уступку требования, возникшего из зарегистрированной сделки. Так, в случае уступки требования по зарегистрированному договору аренды недвижимости соглашение об уступке такого требования подлежит государственной регистрации. Данное правило не знает исключений, поэтому регистрации подлежат соглашения об уступке любых требований, возникших из зарегистрированных договоров (см., например, п. 12 Информационного письма ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59). При этом согласно п. 3 ст. 433 ГК РФ такой договор уступки, не прошедший государственную регистрацию, будет действительным и порождать соответствующие права и обязанности в отношениях между cedentом и цессионарием, но не будет порождать правовых последствий для третьих лиц (например, должника). Соот-

ветственно должник вправе игнорировать уведомление об уступке в ситуации отсутствия государственной регистрации уступки. Кроме того, такая цессия не может быть противопоставлена иным третьим лицам.

В каких случаях регистрация соглашения об уступке требования может оказаться полезной третьим лицам? Например, покупатель торгового центра в случае отсутствия регистрации уступки требований по уплате арендной платы может столкнуться с тем, что, купив торговый центр и рассчитывая на сохранение пула арендаторов и соответствующий стабильный финансовый поток от арендных платежей, он окажется ни с чем в силу того, что прежний собственник еще до продажи уступил все права по арендной плате за будущие периоды аренды третьим лицам. Ликвидность недвижимости в такой ситуации резко падает, и новому собственнику придется судиться с прежним, расторгать договор или требовать возмещения убытков. Соответственно регистрация как минимум уступки будущих или еще не созревших прав из договора аренды может помочь покупателю недвижимости.

Статья 389¹. Права и обязанности cedentа и цессионария

1. Взаимные права и обязанности cedentа и цессионария определяются настоящим Кодексом и договором между ними, на основании которого производится уступка.

2. Требование переходит к цессионарию в момент заключения договора, на основании которого производится уступка, если законом или договором не предусмотрено иное.

3. Если иное не предусмотрено договором, cedent обязан передать цессионарию все полученное от должника в счет уступленного требования.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи закрепляет важнейший для гражданского права принцип разделения сделок на обязательственные и распорядительные, разграничивая соглашение об уступке требования (обязательственная сделка) и саму уступку (распорядительная сделка). Этот принцип был сформулирован применительно к гл. 24 ГК РФ еще в п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120, а также применялся в практике Президиума ВАС РФ (например, Постановление от 11 июня 2013 г. № 18431/12). Комментируемый пункт в развитие этой идеи достаточно четко различает «договор, на основании которого производится уступка» и саму уступку (цессию) как распорядительное волеизъявление, непосредственно направленное на перевод права с cedentа на цессионария.

Соглашение (договор) об уступке требования представляет собой договор, определяющий взаимные права и обязанности cedentа и цессионария (порядок передачи требования, сроки оплаты при возмездной уступке, процедуру передачи документов, удостоверяющих уступаемое требование, меры ответственности, обеспечения и т.п.). Это могут быть, как уже отмечалось в комментарии к ст. 382 ГК РФ, и договор возмездной уступки, и дарение обязательственного права, и договор факторинга, и т.п. Основная особенность соглашения об уступке требования заключается в том, что оно само по себе может как повлечь непосредственный переход права кредитора в момент его заключения, так и не вызывать этих последствий. В последнем

случае данное соглашение лишь создает правовое основание для уступки (например, устанавливает обязанность cedent'a уступить требование в будущем). Цессией (уступкой права) является распорядительное волеизъявление (распорядительная сделка), направленное непосредственно на переход права. Такое волеизъявление может быть либо выражено в самом соглашении об уступке, либо совершено позднее на основании и во исполнение такого соглашения.

1.1. Как правило, воля сторон такого договора направлена на создание правовой основы для обычного и бесповоротного распоряжения правом на возмездных (купля-продажа права, обмен правами) или безвозмездных началах (дарение права). Но иногда встречаются и более сложные ситуации.

1.2. Так, например, уступка требования может иметь в том числе исключительно обеспечительный характер. В этом случае одно лицо (cedent) передает другому лицу (цессионарию) обязательственное требование к конкретному должнику в целях обеспечения своего обязательства перед цессионарием. Такой вариант уступки, в частности, прямо признается правилами ГК РФ о договоре факторинга. Согласно абз. 2 п. 1 ст. 824 ГК РФ «денежное требование к должнику может быть уступлено клиентом финансовому агенту также в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом». По сути в данном случае имеет место один из вариантов так называемого титульного обеспечения, когда в обеспечение долга должник не предоставляет кредитору право залога в отношении своего имущества (в данном случае обязательственное право в отношении третьего лица), а передает ему полноценное право на свое имущество с тем расчетом, что в случае погашения им обеспечиваемого таким образом долга кредитор осуществит обратное распоряжение и вернет полученное имущество.

Допустимость уступки права в целях обеспечения обязательства также признается Принципами УНИДРУА (ст. 9.1.1) и Модельными правилами европейского частного права (п. 1 ст. III.-5:103). В то же время как титульное обеспечение в целом, так и данная его форма порождает множество острых правовых вопросов (включая и важные аспекты, связанные с последствиями банкротства участников таких сделок), которые в российском праве пока не достаточно разработаны. Анализ этой проблематики выходит за рамки настоящего комментария.

1.3. Дискуссионным вопросом является правовая природа уступки требования для целей взыскания (так называемая инкассо-цессия). Речь идет о заключении сторонами договора об уступке требования, согласно условиям которого цессионарий вовсе не платит за уступаемое право, но обязуется предпринять усилия к взысканию долга с должника и перечислить cedent'у полученные средства, за вычетом определенной части, остающейся у цессионария в качестве вознаграждения. Возможен и такой вариант, когда цессионарий при приобретении права уплачивает небольшое вознаграждение и дополнительно обязуется перечислить cedent'у основную часть полученного от должника. Воля сторон такого договора направлена не столько на возмездное отчуждение права, сколько на оказание услуг по взысканию долга, хотя для обеспечения возможности оказания такой услуги cedent и передает цессионарию полноценное право. В п. 22 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85 закреплено положение о том, что такой договор не является договором комиссии, а представляет собой законный непоименованный договор. В то же время правовая природа такого договора, как и сама верность сделанного

Президиумом ВАС РФ вывода в отношении исключения комиссионной интерпретации такого договора, до сих пор является вопросами в полной мере в российском праве неразработанным.

1.4. Соотношение договора об уступке и самой распорядительной сделки уступки может быть построено по одной из пяти основных моделей.

Во-первых, стороны могут выразить волеизъявление на немедленное распоряжение непосредственно в договоре об уступке, и тогда момент заключения договора и момент перехода прав совпадают.

Во-вторых, волеизъявление на распоряжение может быть зафиксировано в самом договоре об уступке (т.е. распорядительная сделка включена в текст договора), но правовой эффект распоряжения может быть поставлен под отлагательное условие (например, договором может быть предусмотрено, что право перейдет в момент внесения цессионарием платы за уступаемое право в полном объеме). См., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 30 марта 2010 г. № 16283/09. Такая возможность следует из общих правил ГК РФ об условных сделках (ст. 157 ГК РФ): в данном случае под условие ставится не весь договор в целом, а закрепленная в нем распорядительная сделка уступки.

В-третьих, стороны могут выразить волеизъявление на распоряжение в самом договоре об уступке, но поставить правовой эффект распоряжения в зависимость от наступления срока (например, календарная дата, истечение какого-то периода времени после заключения договора и т.п.). Возможность отсрочить распорядительный эффект сделки уступки следует из общих правил ГК РФ о сроке (ст. 190 ГК РФ), принципа свободы договора, а также признается в международных актах унификации частного права (п. 1 ст. III.-5:114 Модельных правил европейского частного права).

В-четвертых, волеизъявление на распоряжение может быть закреплено в самом договоре об уступке, распорядительный эффект поставлен под отлагательное условие, но при этом сам переход права произойдет по истечении какого-то периода времени после наступления условия (например, право перейдет по истечении 10 дней с момента уплаты стоимости уступаемого права). Иначе говоря, здесь произойдет осложнение условия сроком, что также является проявлением идеи свободы договора и достаточно распространенным приемом договорной практики.

В-пятых, стороны могут не включать распорядительное волеизъявление в договор вовсе, но договориться о том, что право перейдет в будущем в момент совершения сторонами двусторонней распорядительной сделки, а цедент обязуется к совершению такой сделки. В данном случае распорядительная сделка оформляется отдельно, но это не значит, что в остальных случаях ее нет. Разница лишь в том, что в ранее описанных вариантах она технически включается в текст договора.

Наконец, в-шестых, стороны могут договориться о том, что распорядительная сделка будет совершена впоследствии, но при этом она будет иметь односторонний характер. Иначе говоря, цессионарий, например, таким соглашением может быть наделен секундарным правом своим односторонним волеизъявлением перевести на себя уступаемое право. Пункт 2 ст. 164 ГК РФ наделяет стороны договора свободой предоставить одной из сторон право совершить одностороннюю сделку, и нет причин сомневаться в том, что такая односторонняя сделка может иметь и распорядительный характер. Допускают возможность совершения распорядительной

сделки уступки на основании одностороннего волеизъявления и Модельные правила европейского частного права (п. 2 ст. III.-5:102).

На практике вариант с подписанием отдельного документа, фиксирующего совершение распорядительной сделки уступки, встречается редко, и, как правило, стороны выбирают один из других вариантов.

1.5. Разграничение обязательственной и распорядительной сделок (даже если они отражены в едином тексте договора об уступке) имеет ряд важнейших практических последствий. Например, стороны договорились об уступке недействительного требования. Если сделки не разделять, то единая цессионная сделка в целом будет недействительной, а интересы цессионария можно защитить лишь реституционными мерами. Если выделить обязательственное соглашение об уступке и распорядительную сделку уступки, действия цедента по передаче недействительного требования следует квалифицировать как нарушение его обязанности уступить требование, а значит, цессионарий может применить к цеденту меры договорной ответственности, воспользоваться способами обеспечения исполнения обязательств и т.п. (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 июля 2012 г. № 2551/12).

Модельные правила европейского частного права также базируются на принципе разделения обязательственного соглашения и распорядительной сделки, допуская как возможность объединения договора, на основании которого осуществляется уступка, и распорядительной сделки уступки, так и возможность их разъединения (п. 3 ст. III.-5:104 и п. 1 ст. III.-5:118).

1.6. Существенным условием как соглашения об уступке, так и самой уступки является право, которое уступается. Предмет уступки может быть идентифицирован по-разному. Стороны вправе договориться о переходе одного или нескольких конкретных обязательственных требований либо установить параметры определения того, какие требования передаются (например, все права, возникшие у поставщика из указанного договора поставки в период с 1 января по 1 марта 2016 г.; ср. ст. 9.1.6 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. III.-5:106 Модельных правил европейского частного права).

В случае недостаточной определенности уступаемого права (т.е. в ситуации, когда толкование условий сделки не позволяет определить, какое право уступается) суд может признать соглашение об уступке незаключенным по причине несогласованности такого существенного условия, как предмет договора. Поэтому, например, отсутствие в соглашении об уступке части права, возникшего из дящегося обязательства, указания на договор, право из которого уступается, а также на конкретный период, за который оно уступается, может свидетельствовать о незаключенности этого договора (п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120).

1.7. Не вполне решенным в российском праве является вопрос о возможности тотальной уступки цедентом всех своих обязательственных требований к конкретному должнику (тотальная уступка). Может ли предмет соглашения об уступке считаться согласованным, если он не определен в соглашении посредством указания на перечень конкретных требований (вытекающих из конкретных договоров или иных оснований), а фиксируется путем «оптовой» оговорки? Представляется, что такого рода условия договора допустимы в случаях, когда цедентом является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Существенные ус-

ловия договора могут быть как определенными, так и определенными, а фиксация всех требований к конкретному должнику в качестве предмета уступки является одним из вариантов определенного условия о предмете. Указывает на такое решение и системное толкование законодательства. ГК РФ допускает на случай, когда залогодателем является коммерсант, так называемый тотальный залог (передачу в залог всего имущества залогодателя), а также обеспечение залогом всех существующих и возможных обязательств должника перед залогодержателем в пределах определенной суммы (п. 2 ст. 339 ГК РФ). Кроме того, ГК РФ допускает обеспечение поручительством всех существующих или будущих обязательств должника в пределах определенной суммы, если поручителем является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность (п. 3 ст. 361 ГК РФ). Если Кодекс допускает такой способ определения в договорах залога или поручительства этих существенных условий, с точки зрения системной согласованности позитивного права нет возражений против аналогичного способа определения предмета уступки по соглашению об уступке, в рамках которого цедентом является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность.

В то же время на настоящий момент какого-либо однозначного подтверждения этого тезиса в судебной практике нет.

1.8. ГК РФ допускает заключение договоров, согласно которым подлежит уступке право, не принадлежащее цеденту в момент заключения договора, но теоретически способное возникнуть у него в будущем (ст. 388¹). Соответственно отсутствие у цедента права не ставит под сомнение действительность обязательственного соглашения об уступке, если только речь не идет о мнимости договора, при заключении которого обе стороны на самом деле не намеревались осуществить уступку. Если согласно прямому указанию в договоре, на основании которого осуществляется уступка, переход права происходит после заключения договора (например, поставлен под отлагательное условие или срок), правило о необходимости наличия у цедента уступаемого права должно соблюдаться на момент наступления условия (срока) и предполагаемого перехода права. Если договор предусматривает последующую уступку на основании отдельной двусторонней (или односторонней распорядительной) сделки цессии, уступаемое право должно принадлежать цеденту на момент совершения такой сделки (если только сама распорядительная сделка не предполагает отложенный эффект перехода права).

При отсутствии у цедента уступаемого права на момент предполагаемого перехода права (в том числе при недействительности уступаемого права) распорядительный эффект не наступает, но договор сохраняет свою силу, и цессионарий вправе требовать возмещения убытков по правилам ст. 390 ГК РФ за нарушение гарантии наличия у цедента уступаемого права или применения иных мер ответственности, согласованных в договоре.

Судебная практика однозначно поддерживает тезис о том, что в таких ситуациях цедент отвечает перед цессионарием за убытки. Так, согласно п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120 «недействительность требования, переданного на основании соглашения об уступке права (требования), не влечет недействительности этого соглашения. Недействительность данного требования является... основанием для привлечения цессионарием к ответственности кредитора, уступившего требование».

Аналогичное решение закреплено и в международных актах унификации частного права. Так, согласно Модельным правилам европейского частного права наличие у цедента уступаемого права требуется на момент перехода права, а не на момент заключения договора, на основании которого осуществляется уступка, и даже не на момент совершения самой распорядительной сделки цессии при отложенном распорядительном эффекте (п. 2 ст. III.-5:104, ст. III.-5:111).

1.9. В принципе эти же выводы можно сделать и в ситуации, когда на момент заключения договора право принадлежало другому лицу (как минимум если нет оснований для признания договора мнимым). Если распоряжение должно быть сделано после заключения договора в виде отдельного волеизъявления, у цедента после подписания соглашения об уступке есть время на то, чтобы, например, выкупить это право у текущего обладателя и уступить его к моменту наступления указанного в договоре отлагательного условия или срока на исполнение обязательства передать право цессионарию. Именно на это и направлена воля сторон договора, по которому цедент обязуется уступить цессионарию право, принадлежащее на момент заключения этого договора третьему лицу.

В равной степени если цедент совершает распорядительное волеизъявление о передаче права с отложенным переходом права (поставленным под отлагательное условие или срок), тот факт, что на момент совершения этого волеизъявления право принадлежит другому лицу, не порочит саму распорядительную сделку цессии, так как к моменту предполагаемого перехода права цедент уже может приобрести право, которое должно перейти к цессионарию. Просто сам распорядительный эффект не наступит, если к назначенному моменту цедент не приобретет право.

1.10. Разделение обязательственной и распорядительной сделки требует ответа на вопрос о зависимости распорядительной сделки цессии от обязательственного соглашения об уступке. Влечет ли недействительность соглашения об уступке недействительность распорядительной сделки цессии? Иначе говоря, имеет ли цессия характер абстрактной или каузальной сделки? Прямого ответа в законе нет. Если буквально толковать ст. 1106 ГК РФ, складывается впечатление, что действительность цессии не зависит от ее основания: несмотря на недействительность обязательства уступить требование (т.е. недействительность соглашения об уступке), право требования все-таки переходит, и его нужно уступить обратно как неосновательное обогащение. Иначе говоря, есть аргументы в пользу абстрактной природы цессии в контексте российского права. Однако суды эту позицию не разделяют, и в практике применения ст. 1106 ГК РФ такой подход практически не встречается. Многие суды склонны считать уступку требования каузальной сделкой, и при недействительности ее основания распорядительный эффект не наступает – право не переходит (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. № 14680/13). Каузальность распорядительной сделки уступки (т.е. зависимость ее действительности от действительности договора, на основе которого она совершается) признается и в Модельных правилах европейского частного права, которые лишают силы уступку как при ничтожности соглашения об уступке, так и в случае его эффективного оспаривания (п. 2, 3 ст. III.-5:118).

Соответственно если право не переходит в связи с недействительностью договора, лежащего в основе распорядительной сделки цессии, несостоявшийся цессионарий может лишь требовать возврата встречного предоставления, переданного в обмен

на право, по правилам ГК РФ о реституции. Кроме того, в некоторых случаях цессионарий может также требовать возмещения убытков (например, при недействительности договора в силу обмана, насилия или угрозы на основании ст. 179 ГК РФ).

1.11. В связи с проблемой каузальности цессии возникает еще один важный вопрос: подлежит ли защите добросовестный приобретатель требования, которое уступалось ему по цепочке цессионных сделок (подобно добросовестному приобретателю вещи, который защищается по ст. 302 ГК РФ)? Закон такую защиту добросовестному цессионарию не предоставляет. В судебной практике ст. 302 ГК РФ не применяется по аналогии к приобретению права требования. Напротив, суды высказывают прямо противоположную позицию (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. № 5243/06). Такое положение вещей крайне пагубно сказывается на обороте обязательственных прав. При каждой последующей уступке такого права риски очередного цессионария возрастают, так как в полной мере проверить действительность всех предыдущих соглашений об уступке он в принципе не в состоянии, а при этом недействительность любого из них в условиях каузальной модели уступки означает для цессионария то, что он на самом деле никакого права не приобрел. Это приводит к тому, что уже при второй уступке в цену закладывается значительная скидка за риск, права недооцениваются, и это существенно затрудняет их оборот.

Можно предположить, что в российском праве, традиционно отвергающем абстрактность распорядительных сделок, разумно было бы разработать доктрину защиты добросовестного приобретателя обязательственного права по образцу ст. 302 ГК РФ и условия допустимости такой защиты. Например, наличие у cedenta оригиналов документов, подтверждающих долг (договор, акт и т.п.), может выступать в качестве аналога владения и являться основанием возникновения видимости управомоченности cedenta, достаточной для защиты цессионария. Впрочем, детали этого правового решения подлежат дальнейшему обсуждению.

1.12. Определенные сложности могут возникнуть в ситуации, когда стороны заключают договор об уступке и предусматривают в нем, что cedent обязуется передать право требования в будущем посредством отдельной распорядительной сделки. Как быть, если cedent уклоняется от подписания соответствующего распорядительного волеизъявления? Помимо очевидного права цессионария требовать возмещения убытков, отказаться от договора и требовать возврата уплаченных за это право средств цессионарий должен иметь право требовать перевода прав на себя в судебном порядке. Это разновидность иска об исполнении обязательства в натуре (п. 1 ст. 308³ ГК РФ). При этом вступление в силу судебного решения влечет признание права перешедшим. Исполнительного производства здесь не требуется, так как судебное решение имеет «волезамещающий» характер. Данный вывод находит нормативное обоснование в применении по аналогии нормы п. 4 ст. 445 ГК РФ, который допускает понуждение к заключению договора, обязанность заключения которого закреплена в ранее заключенном договоре, а также нормы п. 2 ст. 358⁸ ГК РФ, который допускает перевод обязательственных прав по решению суда в пользу залогодержателя.

1.13. При заключении договора, в котором нет указания на возмездность уступки и (или) цену, но при этом нет и прямого указания на безвозмездность, возмездный характер договора должен предполагаться (п. 3 ст. 423 ГК РФ). Размер денежного вознаграждения cedenta в данном случае должен определяться на основании п. 3

ст. 424 ГК РФ. Соглашение об уступке права (требования) может быть квалифицировано как дарение только в том случае, если будет установлено намерение сторон на безвозмездную передачу права (требования) (см. п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Это имеет важное значение в контексте запрета дарения между коммерческими организациями (ст. 575 ГК РФ).

1.14. Несоответствие размера встречного предоставления объему и ликвидности передаваемого права (требования) само по себе не является основанием для признания ничтожным соглашения об уступке права (требования), заключенного между коммерческими организациями, со ссылкой на запрет дарения по ст. 575 ГК РФ (п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Более того, в подавляющем большинстве случаев при возмездной уступке права цена, уплачиваемая цессионарием за приобретаемое право, учитывает значительный дисконт к номиналу уступаемого права. Чем выше риск банкротства должника и иные сложности во взыскании долга, тем больше этот дисконт.

В то же время в некоторых случаях суд может признать соглашение об уступке притворной сделкой (ст. 170 ГК РФ), выяснив, что соглашение об уступке с учетом (а) экономически неоправданного и абсолютно аномального размера дисконта или (б) близости цены к номиналу требования в ситуации уступки абсолютно бесперспективного требования (например, необеспеченного требования к банкроту) прикрывает заключение договора дарения. Для такого вывода суд должен установить намерение cedentа одарить цессионария (при продаже ликвидного требования за символическую или многократно заниженную сумму) или, наоборот, намерение цессионария одарить cedentа (например, при продаже неликвидного требования к банкроту по цене, близкой к его номиналу). Если при этом речь идет о договоре между двумя коммерческими организациями, такой договор будет ничтожным в принципе (ст. 575 ГК РФ). Если сторонами соглашения об уступке требования являются иные лица, то ничтожность договора возмездной уступки в результате применения правил ГК РФ о притворных сделках трансформирует отношения сторон в договор дарения права. Решая вопрос о притворности, суду при оценке несоответствия размера встречного предоставления за переданное право объему и ликвидности последнего надлежит исходить из конкретных обстоятельств дела, свидетельствующих о действительной стоимости спорного права (п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). Для перекалфикации договора, формально имеющего возмездный характер, в дарение требуется, чтобы (а) разрыв между встречными предоставлениями был настолько существенным, что никаких сомнений в отсутствии у сделки обменной каузы не остается, и при этом (б) не были представлены какие-либо доказательства, которые могли бы подтвердить получение соответствующей стороной какой-либо встречной выгоды. Примеры такой перекалфикации см. в Определении КЭС ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 305-ЭС15-5505.

2. Несмотря на принцип разделения обязательственной и распорядительной сделок, нельзя не учитывать, что, как уже отмечалось, на практике большинство контрагентов фиксируют и обязательственное соглашение об уступке, и распорядительную сделку уступки требования в одном документе и при этом не откладывают наступление правового эффекта распоряжения. Это закономерно, ибо распоряжение правом требования происходит посредством волеизъявления (cedent

выражает волю передать право, цессионарий выражает волю принять право). Никаких наглядных действий, наподобие передачи движимой вещи в случае цессии, совершать не нужно. Учитывая эти реалии, законодатель в п. 2 комментируемой статьи вводит весьма удобную для оборота презумпцию: если стороны заключили обязательственное соглашение об уступке требования, считается, что они тем самым имели в виду совершить и распорядительную сделку цессии. Соответственно общее правило предполагает, что право требования переходит в тот момент, когда заключено обязательственное соглашение, подразумевающее и распорядительную уступку. Однако это правило диспозитивно, и стороны могут предусмотреть иную процедуру перехода права (в том числе поставить переход под условие в зависимости от наступления срока или договориться о подписании в будущем отдельной распорядительной двусторонней сделки).

2.1. При решении вопроса о том, на что была направлена воля сторон, суд должен ориентироваться на используемые сторонами слова и выражения. Если стороны установили в договоре об уступке, что cedent обязуется в будущем уступить некое право, то очевидно, что стороны отступили от установленной в комментируемом пункте презумпции совпадения моментов заключения договора об уступке и перехода права. Если соглашением об уступке требования предусмотрено, что право переходит в будущем при наступлении тех или иных обстоятельств, также не возникает сложностей в определении воли сторон. В тех случаях, когда стороны согласовали, что право «переходит» («считается уступленным», «уступается» и т.п.) к цессионарию, и не сделали никаких указаний насчет отсрочки такого распорядительного эффекта, следует исходить из того, что право переходит в момент заключения соглашения об уступке.

2.2. Несмотря на наличие в п. 2 комментируемой статьи диспозитивной оговорки, в договоре уступки невозможно договориться о том, что право считается перешедшим к цессионарию ранее, чем заключен договор об уступке. Этот вывод следует из того, что такая ретроспективность применительно к распорядительному эффекту сделки противоречит природе вещей и может в ряде случаев нарушать права кредиторов cedent. Аналогичный вывод в принципе применим, видимо, и к любым иным вариантам ретроспективного распоряжения имущественными правами (в том числе правом собственности). Соответственно охват диспозитивной оговорки, указанной в этой норме, должен быть сужен на основе телеологического толкования (абз. 2 п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

2.3. Если право уступается на стадии судебного разбирательства или на стадии исполнительного производства по иску о его принудительном осуществлении, процессуальное законодательство требует процессуальной легитимации нового кредитора в форме замены стороны в арбитражном (гражданском) процессе. Иначе говоря, цессионарий помимо вступления в материальное гражданско-правовое обязательство должен получить соответствующий процессуальный статус. Если этого не произойдет, возможен конфликт между материальным и процессуальным кредиторами, который может существенно затронуть интересы должника. В частности, в законе нет прямого ответа на вопрос, кому должник обязан (и вправе) платить в том случае, когда исполнительный лист выдан одному лицу, а материальное право на стадии исполнительного производства уже уступлено другому лицу (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. № 5243/06). Данный вопрос находится на стыке материального и процессуального права и требует дополнительной проработки.

3. Пункт 3 комментируемой статьи содержит правило, которое также давно сформировалось в правоприменительной практике (п. 10 Информационного письма ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49). Действительно, поскольку цедент после совершения уступки требования более не является кредитором, у него нет правовых оснований для получения от должника исполнения по обязательству. Соответственно если должник все же предоставил исполнение цеденту, а не цессионарию, у цедента возникает неосновательное обогащение, которое должно быть выдано цессионарию. Однако это правило рассчитано на те ситуации, когда должник не был уведомлен о состоявшейся цессии (см. комментарий к п. 3 ст. 382 ГК РФ, аналогичные правила содержатся в п. 6 ст. III.-5:112 Модельных правил европейского частного права и в п. (f) ст. 9.1.15 Принципов УНИДРУА). Если должник был надлежащим образом уведомлен, но вопреки этому предоставил исполнение цеденту, наступают иные последствия: должник не освобождается от обязательства, и цессионарий должен адресовать свои требования ему, а не цеденту. Цедент в данном случае также получает неосновательное обогащение, но уже за счет должника, а не цессионария. Соответственно должник после удовлетворения требования цессионария может предъявить иск из неосновательного обогащения цеденту.

3.1. С точки зрения целей законодательного регулирования обязанность цедента передать цессионарию все полученное в рамках погашения должником уступленного требования следует толковать максимально широко, охватывая также, например, ситуации, когда цедент получает что-либо в счет долга не от основного должника, а от обеспечительных должников. Так, если уступленное требование обеспечено независимой гарантией, права по которой непередаваемы, то цедент, получивший платеж от гаранта, обязан перечислить цессионарию и такой платеж. Именно на такой общей логике базируются международные акты унификации частного права (см. п. 6 ст. III.-5:112 Модельных правил европейского частного права).

3.2. Следует обратить внимание на то, что комментируемая норма является диспозитивной. Однако эта диспозитивность не может быть безграничной. Вряд ли допустимо такое условие соглашения об уступке требования, согласно которому цедент никогда не должен возвращать цессионарию ничего из того, что он получит от должника. Такое условие может быть квалифицировано как прикрытие сделки дарения со всеми отсюда вытекающими последствиями. В то же время допустимыми представляются, например, договоренности о том, что цедент вместо возмещения в натуре компенсирует стоимость полученного в деньгах.

Статья 390. Ответственность цедента

1. Цедент отвечает перед цессионарием за недействительность переданного ему требования, но не отвечает за неисполнение этого требования должником, за исключением случая, если цедент принял на себя поручительство за должника перед цессионарием.

2. При уступке цедентом должны быть соблюдены следующие условия:
уступаемое требование существует в момент уступки, если только это требование не является будущим требованием;
цедент правомочен совершать уступку;
уступаемое требование ранее не было уступлено цедентом другому лицу;

цедент не совершал и не будет совершать никакие действия, которые могут служить основанием для возражений должника против уступленного требования.

Законом или договором могут быть предусмотрены и иные требования, предъявляемые к уступке.

3. При нарушении цедентом правил, предусмотренных пунктами 1 и 2 настоящей статьи, цессионарий вправе потребовать от цедента возврата всего переданного по соглашению об уступке, а также возмещения причиненных убытков.

4. В отношениях между несколькими лицами, которым одно и то же требование передавалось от одного цедента, требование признается перешедшим к лицу, в пользу которого передача была совершена ранее.

В случае исполнения должником другому цессионарию риск последствий такого исполнения несет цедент или цессионарий, которые знали или должны были знать об уступке требования, состоявшейся ранее.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи закрепляет классическое правило, появившееся еще в римском праве. Действительность требования, за которую отвечает цедент, означает лишь то, что данное требование возникло и существует. Напротив, ответственность цедента за неисполнение требования должником по общему правилу не возникает, этот риск возлагается на цессионария (аналогичное правило см. п. 7 ст. III.-5:112 Модельных правил европейского частного права). Ответственность за неисполнение охватывает ситуации, когда должник не может исполнить обязательство надлежащим образом. Наличие у должника правомерных возражений против исполнения обязательства (например, права на отказ от исполнения со ссылкой на отсутствие встречного исполнения со стороны цедента) не охватывается ни ответственностью за действительность требования, ни ответственностью за исполнение, а подлежит специальному регулированию п. 2 комментируемой статьи.

1.1. Цедент должен обладать действительным правом к моменту перехода права, а не заключения соглашения об уступке требования, предполагающего переход права в будущем. Если на момент заключения договора об уступке, предполагающего совершение распорядительной сделки или автоматический переход права в будущем, уступаемое право было недействительным, а впоследствии к моменту и перехода права оказывается действительным, право перейдет к цессионарию. Такая ситуация может иметь место, например, в тех случаях, когда договор, из которого вытекало уступаемое право, считался ничтожным в момент заключения договора об уступке, но впоследствии был конвалидирован (например, на основании п. 1 ст. 165 ГК РФ). Видимо, аналогичная ситуация может возникнуть, если на момент заключения договора об уступке право было недействительным в силу ничтожности лежащего в его основе договора, но впоследствии должник потерял право ссылаться на ничтожность такого договора на основании п. 5 ст. 166 ГК РФ. Например, если договор с должником был ничтожным в связи с несоблюдением требования строгой письменной формы, но должник приступил к исполнению и своим поведением дал основание кредитору и другим лицам полагаться на действительность договора, должник теряет право ссылаться на ничтожность договора. При этом право ссылаться на ничтожность может быть заблокировано в отношениях как с изначальным контрагентом,

так и с тем лицом, которое приобрело права по такому договору. Впрочем, данная проблема требует дополнительного анализа в силу того, что однозначное толкование самой нормы п. 5 ст. 166 ГК РФ (в частности, в отношении вопроса о том, можно ли в такой ситуации говорить о полноценной конвалидации ничтожной сделки) пока в российском праве не утвердилось.

При толковании комментируемой нормы также нужно иметь в виду, что действительность уступаемого права требуется в момент его перехода, а не в момент совершения сделки. На практике в подавляющем большинстве случаев эти моменты совпадают. Однако распорядительная сделка цессии может быть совершена и с отлагательным эффектом (срок или условие). Состоится ли переход права в том случае, если на момент уступки у cedenta отсутствовало действительное требование, а по наступлении отлагательного срока или условия у него действительное требование появилось? Исходя из того, что норма об ответственности cedenta за действительность уступаемого требования предназначена для защиты интересов цессионария, которые до наступления распорядительного эффекта цессии никак не нарушаются, следует признать, что действительность уступаемого права должна определяться на момент перехода права, а не на момент изъявления воли, направленной на такой переход.

1.2. Если уступлено право на взыскание убытков или неустойки, цессионарий может столкнуться с применением судом ст. 401 ГК РФ и освобождением должника от ответственности в силу наличия случая или непреодолимой силы. Означает ли освобождение от ответственности по суду, что соответствующие права на взыскание убытков или неустойки изначально не возникали и, следовательно, цессионарию было уступлено недействительное право? Или все же освобождение от ответственности означает прекращение возникших в момент нарушения прав по привлечению должника к ответственности и тогда в момент уступки право существовало и cedent не несет ответственности перед цессионарием? Представляется, что первый вариант ответа более логичен. Суд, освобождая должника от ответственности, не прекращает возникшие обязательства по возмещению убытков (уплате неустойки), а констатирует отсутствие оснований для самого возникновения таких обязательств. Соответственно cedent в этом случае будет нести ответственность перед цессионарием за уступку недействительного права.

То же решение, видимо, логично применять и в тех случаях, когда при попытке взыскать с должника неустойку, право требования которой цессионарий приобрел от cedenta, цессионарий столкнется со снижением неустойки судом по причине ее несоразмерности (ст. 333 ГК РФ).

1.3. Правило об ответственности cedenta за действительность требования не имеет явно выраженный императивный характер. Оно знает исключения, установленные самим законом (см., например, п. 3 ст. 576 ГК РФ, исключаящий ответственность за действительность подаренного требования). Но нет принципиальных препятствий и для ограничения или исключения ответственности cedenta за действительность требования по соглашению об уступке требования. Правда, при этом нужно отдельно обсуждать возможность исключения ответственности cedenta при уступке ничтожного и оспоримого права.

(а) Если объектом уступки является ничтожное (несуществующее) на момент цессии право, это означает отсутствие какого-либо распорядительного эффекта цессии. При этом действительность самого договора, на основании которого осу-

шествляется уступка, не ставится под сомнение (кроме случая, когда и сам цессионарий был осведомлен о ничтожности приобретаемого права и речь может идти о притворной или мнимой сделке). Соответственно по общему правилу цедент должен по требованию цессионария возместить ему убытки за нарушение договора и вернуть цену, полученную за уступку (если она была цессионарием уплачена). Исключение договором права цессионария на возмещение убытков, расторжение договора и возврат цены (если она была уплачена) в ситуации, когда цедент знал о ничтожности уступаемого права, равнозначно освобождению от ответственности за умышленное нарушение и не может быть признано законным в системном единстве с нормой п. 4 ст. 401 ГК РФ, а также в силу соображения о том, что право не должно поощрять участников оборота к недобросовестному поведению.

В то же время допустимо исключение ответственности цедента в ситуации, когда цедент сможет доказать, что он не знал о ничтожности права. Нет серьезных политико-правовых причин, в силу которых стороны, особенно выступающие в качестве предпринимателей, не могли бы перераспределять между собой риск выявления скрытых фатальных пороков в уступаемом праве. Этот вопрос имеет немалое практическое значение в условиях, когда в нашем праве большая часть сделок признаются ничтожными и достаточно распространены переуступки, в рамках которых чаще всего и может возникнуть добросовестное неведение о ничтожности уступаемого права на стороне как цедента, так и цессионария.

(б) В принципе те же выводы *mutatis mutandis* могут быть сделаны и в ситуации уступки оспоримого права (т.е. права, вытекающего из оспоримой сделки), происшедшей до признания судом сделки недействительной. Если соответствующая сделка не будет оспорена в течение срока давности или такой срок уже истек к моменту уступки, острота вопроса о действительности уступки существенно снижается, поскольку даже если впоследствии иск об оспаривании будет предъявлен, от него можно будет эффективно защититься ссылкой на исковую давность. Но если сделка, из которой вытекает уступленное требование, оспорена, то требование аннулируется с обратной силой, и соответственно *ex post* может выясниться, что на момент уступки права не существовало.

Если цедент знал или должен был знать о пороке в сделке или ином наличии оснований для ее оспаривания и не раскрыл эту информацию цессионарию, то цедент не вправе ссылаться на условие об исключении ответственности за уступку недействительного требования (так как исключение ответственности за умышленное нарушение незаконно). Если недобросовестности на стороне цедента нет (например, он сам не знал о том, что уступает оспоримое право, или раскрыл цессионарию информацию о рисках оспаривания), то это условие договора об исключении ответственности за действительность уступаемого права может быть признано законным как инструмент перераспределения рисков оспаривания как минимум применительно к сугубо коммерческим договорам уступки.

1.4. Диспозитивность нормы п. 1 ст. 390 ГК РФ проявляется и в иной форме. В тексте недвусмысленно установлена возможность отхода сторон от правила о том, что цедент не отвечает за исполнение должником своего обязательства, и даже предусмотрена форма такой девиации (посредством поручительства). Телеологическое толкование этой части нормы наводит на мысль, что стороны могут использовать и иные варианты девиации от данного правила в части риска неисполнения долж-

ником обязательства. Например, стороны должны иметь право предусмотреть, что в случае банкротства должника цессионарий вправе потребовать возврата цены, уплаченной цеденту.

2. Пункт 2 комментируемой статьи, по сути, представляет собой гарантии цедента отсутствия скрытых недостатков как у сделки цессии, так и у передаваемого требования. Смысл таких вытекающих из закона гарантий состоит в том, что при их нарушении цедент будет нести ответственность перед цессионарием (см. п. 3 комментируемой статьи).

2.1. Некоторые из этих гарантий перекликаются с п. 1 комментируемой статьи и в чем-то его дублируют. Например, указание на то, что уступаемое требование существует в момент уступки, очевидно, означает, что оно действительно. Отчасти данные гарантии вообще не могут соотноситься с понятием ответственности цедента за действительность требования. Так, если уступается требование, против которого должник может зачесть свое встречное требование (см. комментарий к ст. 412 ГК РФ), это не только не означает недействительности уступленного требования, но и предполагает прямо противоположное: именно потому, что уступленное требование действительно, оно может быть прекращено путем зачета, поскольку зачет возможен только в отношении действительных и подлежащих исполнению однородных требований.

2.2. Условия о том, что уступаемое право существует, цедент правомочен совершать уступку, право не было уступлено другому лицу или не принадлежит третьему лицу, должны быть соблюдены не на момент совершения распорядительной сделки цессии, а на момент перехода права по такой сделке (если такой переход отложен). Тот же подход см. в ст. III.-5:111 и п. 2 ст. III.-5:112 Модельных правил европейского частного права. Соответственно если цедент в момент совершения распорядительной сделки с отложенным правовым эффектом еще не обладает уступаемым правом, но до наступления распорядительного эффекта цессии он приобретет уступаемое право, распорядительная сделка породит соответствующий эффект перехода права. Если он не успеет приобрести уступаемое право, цедент будет нести ответственность перед цессионарием.

2.3. Наибольший интерес в п. 2 комментируемой статьи представляет последнее условие: цедент гарантирует, что он не совершал и не будет совершать никаких действий, которые могут являться основанием для возражений должника против уступленного требования. Эта гарантия от скрытых недостатков требования, причем как от тех, которые цеденту известны, так и от тех, о наличии которых цедент не подозревает. Так, если цедент уступает права на уплату покупной цены по договору купли-продажи, а сам передал должнику-покупателю товар с существенными недостатками, должник в силу ст. 386 ГК РФ вправе не исполнять требование цессионария и вообще отказаться от договора купли-продажи, что приведет к прекращению уступленного требования. Интересы цессионария в этой ситуации защищены п. 2 комментируемой статьи, даже если цедент не подозревал о наличии существенных недостатков товара, переданного покупателю. Аналогичным образом рассматриваемая гарантия защищает интересы цессионария от наличия у должника встречных требований к цеденту, которые должник может зачесть против права, уступленного цессионарию.

В отношении указания на то, что cedent своим поведением уже после уступки не должен создавать оснований для таких возражений, следует отметить следующее. На самом деле закон говорит уже не о гарантиях, а о полноценном обязательстве cedenta. Такого рода обязательства рассчитаны в том числе на период между совершением уступки и получением должником надлежащего уведомления об уступке. После получения должником уведомления возникающие из отношений с cedентом возражения должника уже не могут быть противопоставлены цессионарию. А вот в период между заключением договора уступки и получением должником уведомления для цессионария появляется риск возникновения в рамках отношений должника с cedентом новых оснований для возражений должника, которые тот впоследствии выдвинет уже против цессионария. Опасность состоит в том, что возможность появления таких возражений не может быть учтена цессионарием при определении договорной цены, так как он опирается на информацию, имеющуюся на момент заключения договора.

В то же время на практике встречаются случаи, когда эти обязательства cedента будут «простираются» и на период после уведомления об уступке. Как уже отмечалось в комментарии к ст. 386 ГК РФ, встречаются случаи, когда правовое основание для выдвижения возражений (например, факт заключения договора, из которого вытекает возражение) может возникнуть до получения уведомления об уступке, но фактическая возможность использовать возражение складывается уже после получения уведомления об уступке. В такого рода ситуациях должник вправе заявить цессионарию свои возражения, основанные на его отношениях с cedентом. Например, cedent уступает право на оплату еще не поставленного товара: здесь должник может противопоставить цессионарию возражения о дефектах в отгруженном товаре, даже если поставка произошла уже после получения должником уведомления об уступке. Соответственно применительно к регулированию таких ситуаций очень важно, что закон обязывает cedента вести себя так, чтобы не предоставлять должнику право выдвинуть против цессионария соответствующие возражения (в нашем примере это означает, что поставщик должен поставить должнику качественный товар и будет нести перед цессионарием, столкнувшимся с подобным возражением должника, ответственность за нарушение этой обязанности).

Поскольку гарантия отсутствия возражений и обязательство не давать основания для них сформулированы в законе предельно широко, они охватывают также те возражения, которые могли возникнуть из дополнительных соглашений cedента с должником, о наличии которых цессионарий не знает (например, соглашение об отсрочке уплаты долга, изменении цены и т.п.). Подобная гарантия прямо предусмотрена в международных источниках (см. п. 3, 4 ст. III.-5:112 Модельных правил европейского частного права, ст. 9.1.15 Принципов УНИДРУА).

Кроме того, хотя это прямо и не указано в тексте п. 2 ст. 390 ГК РФ, гарантии cedента должны «простираются» и на отсутствие у должника оснований для заявления зачета против требования цессионария в связи с наличием у должника встречных требований к cedенту как на момент совершения сделки уступки, так и на момент получения должником извещения об уступке. Как известно, в силу ст. 412 ГК РФ должник может заявить цессионарию о зачете в связи с наличием у него встречного требования к cedенту, правовое основание которого возникло к моменту получения должником уведомления о зачете и срок исполнения по которому наступил к этому

же моменту, не определен или определен моментом востребования (подробнее см. комментарий к ст. 412 ГК РФ). Если цессионарий столкнулся с зачетом, основанным на встречных требованиях должника к cedentu, он вправе привлечь cedenta к ответственности за нарушение гарантий, упомянутых в комментируемой статье. Модельные правила европейского частного права, в отличие от ГК РФ, говорят об этом прямо (п. 2 ст. III.-5:112).

2.4. Приведенный перечень гарантий и обязательств cedenta не имеет исчерпывающий характер. Дополнительные гарантии могут быть предусмотрены как законом, так и соглашением об уступке требования. Так, целесообразно предусмотреть, что cedent гарантирует цессионарию отсутствие у третьих лиц каких-либо притязаний, которые могут затруднить или сделать невозможным осуществление уступленного требования (например, залогов). Впрочем, даже при отсутствии в соглашении таких гарантий многие из них могут считаться подразумеваемыми или вытекающими из диспозитивных норм закона (например, правил ст. 460 ГК РФ об обязанности продавца передать покупателю отчуждаемое имущество свободным от прав третьих лиц).

2.5. Некоторые из указанных в п. 2 гарантий и обязательств cedenta установлены диспозитивно, в то время как другие – императивно.

(а) Как уже отмечалось в комментарии к п. 1 настоящей статьи, нет политико-правовых оснований для того, чтобы запрещать сторонам договариваться о том, что cedent не несет ответственности перед цессионарием, если уступаемое право на самом деле недействительно (за рядом исключений, вытекающих из применения принципа добросовестности и п. 4 ст. 401 ГК РФ).

(б) Что касается возможности исключить договором ответственность в ситуации отсутствия у cedenta распорядительной власти, следует отметить следующее. Ситуация отсутствия у cedenta распорядительной власти очень распространена на практике при переуступке права в случае признания недействительной одной из предыдущих сделок цессии. В таком случае после совершения последней по очереди сделки цессии выясняется, что cedent не имел этого права, так как либо сам приобрел его по недействительной сделке, либо недействительной признана еще более ранняя сделка цессии и выясняется, что в связи с этим автоматически рушится распорядительный эффект всех последующих договоров об уступке. Этот своего рода «эффект домино» действует в связи с тем, что наше право пока не признает принцип абстрактности распорядительных сделок, а также не знает защиты добросовестного приобретателя по модели ст. 302 ГК РФ в отношении оборота обязательственных прав. В таких условиях иногда cedent обговаривает условие договора о том, что в случае выявления недействительности одной из промежуточных сделок цессии и обнаружения в связи с этим отсутствия у него на момент уступки распорядительной власти (т.е. отсутствия у него самого уступаемого права и правомочий его отчуждать) риск подобного развития событий ложится на цессионария. Насколько законны такие условия?

Ответ очевиден в тех случаях, когда cedent знал или должен был знать о том, что он сам не имеет распорядительной власти и одна из предыдущих сделок цессии недействительна или имеет пороки, которые способны привести к признанию ее недействительной. В таких случаях условие об исключении ответственности cedenta за уступку не принадлежащего ему права не должно иметь юридической силы (в силу п. 4 ст. 401 ГК РФ). Но как быть, когда сам cedent не знает и не должен знать об этом

и мы имеем добросовестную с обеих сторон попытку перенести соответствующий риск с cedenta на цессионария? Думается, что серьезных аргументов против допущения такого проявления свободы договора нет (как минимум в отношениях между предпринимателями).

(в) Не вызывает сомнений, что стороны могут своим договором исключить гарантию того, что cedent не совершал действия, которые могут являться основанием для возражений должника против уступленного требования. Но допустимой формой такого исключения ответственности является прямое указание на те действия, которые cedent уже совершил, и исключение ответственности cedenta в случае выдвижения должником возражений, вытекающих из этих оснований. Кроме того, можно допустить условие об абстрактном освобождении cedenta от ответственности на случай, если действия, дающие основания для возражений, совершили предшествующие обладатели права (при переуступке). Последнее условие является обычным механизмом перераспределения риска. При этом в силу п. 4 ст. 1 и п. 4 ст. 401 ГК РФ ничтожным будет условие об освобождении cedenta от ответственности в ситуации, когда он не раскрыл цессионарию информацию о совершении им или его предшественниками действий, способных стать основанием для возражений.

(г) Что касается обязательства не совершать в будущем действий, способных стать основанием для возражений должника, то согласование в договоре освобождения cedenta от ответственности ставит цессионария в зависимость от произвола cedenta, поведение которого после уступки может абсолютно обесценить или обессилить приобретаемое цессионарием право. Это настолько аномально и грубо нарушает баланс интересов сторон, что, видимо, здесь следует подразумевать императивность нормы об ответственности.

(д) Также представляется невозможным исключить договором гарантию того, что уступаемое требование ранее не было уступлено cedентом другому лицу. Такое условие явно и грубо нарушает баланс интересов сторон, абсолютно несправедливо и аномально и, по сути, освобождает cedenta от ответственности за свое недобросовестное поведение, что невозможно в силу императивного характера принципа недопустимости недобросовестного поведения (п. 3 и п. 4 ст. 1 ГК РФ), а также нормы п. 4 ст. 401 ГК РФ.

3. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает общие последствия нарушения обязательств cedenta, упомянутых в п. 1 и 2 комментируемой статьи.

По смыслу п. 3 нарушение гарантий и обязательств cedenta рассматривается как существенное нарушение соглашения об уступке требования, дающее цессионарию право на односторонний отказ от исполнения соглашения о цессии и соответственно право на возврат того, что было представлено cedенту в качестве встречного предоставления за соответствующее требование.

Другим упомянутым здесь средством защиты является право на взыскание убытков. Такие убытки должны взыскиваться по модели защиты позитивного интереса, т.е. должны поставить цессионария в то положение, в котором он находился бы, если бы гарантии и обязательства, указанные в данной статье, были бы соблюдены cedентом.

3.1. Если право уступалось на основании договора купли-продажи в случае нарушения cedентом своих обязательств, могут дополнительно применяться нормы

ГК РФ о купле-продаже в отношении последствий нарушения своих обязательств продавцом, если иное не следует из существа отношений. Так, например, в принципе в некоторых случаях, видимо, может применяться положение ст. 475 ГК РФ о соразмерном снижении цены. Практика ВС РФ также складывается в пользу допустимости применения в случаях передачи некоторых недействительных требований в рамках пула требований нормы п. 1 ст. 466 ГК РФ о последствиях передачи покупателю товара в количестве меньшем, чем было согласовано в договоре (см. Определение КЭС ВС РФ от 8 июня 2015 г. № 304-ЭС14-8595).

3.2. Норма п. 3 не содержит прямого указания на ее природу. В целом она должна считаться частично диспозитивной. Стороны, например, могут предусмотреть, что вместо полного возмещения убытков цессионарий вправе претендовать лишь на возмещение реального ущерба (ст. 15 ГК РФ), или установить предел размера ответственности или исключительную неустойку (с учетом ограничений, содержащихся в ст. 400 и п. 4 ст. 401 ГК РФ). Но очевидно, что эта диспозитивность не простирается настолько далеко, чтобы стороны могли полностью исключить право на взыскание убытков и возврат уплаченной цены там, где в силу отмеченного выше закон (см. комментарий к п. 2) императивно подразумевает запрет на исключение ответственности (в первую очередь случаи умышленного нарушения цедентом указанных в п. 1 и 2 гарантий и обязательств).

4. В п. 4 комментируемой статьи решается проблема конкуренции цессионариев в случае параллельных уступок одного и того же требования. В данной ситуации цедент, как правило, действует недобросовестно и уступает одно требование разным лицам. Очевидно, что распорядиться обязательственным требованием цедент может лишь один раз, все последующие распорядительные сделки цессии будут недействительны, ибо после первой уступки право требования цеденту уже не принадлежит. Соответственно право будет считаться перешедшим тому цессионарию, в отношении которого распорядительная сделка (или наступление поставленного под условие или в зависимость от срока распорядительного эффекта совершенной распорядительной сделки) состоялась ранее. Именно такое решение и выбирает законодатель в п. 4 комментируемой статьи. Другие претенденты на обязательственное право остаются ни с чем и вправе воспользоваться средствами защиты, предусмотренными в п. 3 комментируемой статьи, так как цедент уступил им право, которого у него уже не было.

4.1. В международных актах унификации частного права закреплен иной подход: приоритетом обладает не тот цессионарий, которому право было уступлено ранее, а тот, в отношении которого раньше остальных был уведомлен должник (п. 1 ст. III.-5:121 Модельных правил европейского частного права). Причем это правило приоритета действует даже в тех случаях, когда о более поздней уступке должник был уведомлен ранее, чем о предшествующих уступках.

Следует сказать, что до реформы гл. 24 ГК РФ в 2014 г. этот подход к определению того, кому считается перешедшим право при «двойной уступке», встречался в судебной практике ВАС РФ. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 11 июня 2013 г. № 18431/12 приоритет был отдан тому из нескольких цессионариев, информация об уступке в пользу которого была получена должником ранее (т.е. ключевую роль играет то, о какой уступке первым узнает должник).

Этот подход, альтернативный тому, который закреплен сейчас в ГК РФ, представляется менее логичным с точки зрения механизма уступки, однако он позволяет освободить должника от рисков, связанных с двойной уступкой одного и того же требования.

4.2. Выше были рассмотрены правила, которые определяют приоритет того или иного цессионария при недобросовестной уступке cedentом своего права нескольким лицам. Как было показано, этот вопрос в российском праве (в отличие от Модельных правил европейского частного права) решается без привязки к моменту получения должником уведомления. Но как защитить интересы должника в ситуации, когда он осуществляет исполнение в пользу того лица, в отношении которого он получил уведомление об уступке, а впоследствии выясняет, что право было на самом деле уступлено cedentом другому лицу? В абз. 2 п. 4 комментируемой статьи предусмотрено, что если должник исполнит обязательство не тому цессионарию, в отношении которого была совершена первая цессия, а тому, который был указан в первом уведомлении об уступке, все неблагоприятные последствия такого исполнения возлагаются на cedента или цессионария, знавших о более ранней уступке. Как следует толковать это достаточно многозначное положение закона?

Переход права при двойной уступке действительно не зависит от того, в отношении какого из цессионариев должник был уведомлен первым, иначе бы нарушались базовые принципы правопреемства на основании сделки. Но если должник добросовестно осуществит исполнение тому, в отношении кого он получил первое уведомление от самого cedента, и не имел никаких оснований сомневаться в правомочности того, кому он осуществляет исполнение, а впоследствии выяснится, что само право было ранее передано cedentом другому лицу, должник должен быть защищен от риска повторного исполнения в пользу реального цессионария. В противном случае недобросовестность cedента, проявившаяся как в двойной уступке, так и в направлении должнику ложного уведомления, может привести к возложению на добросовестного должника риска двойного исполнения.

Данный вывод опирается на уже упоминавшийся принцип недопустимости ухудшения положения должника при уступке требования. Право может допускать произвольную смену кредитора без согласия должника только в той мере, в какой интересы должника не страдают. Описанный выше риск оказаться заложником недобросовестного поведения cedента, осуществившего двойную уступку и направившего должнику ложное уведомление, для должника слишком серьезный, чтобы право могло его игнорировать. С учетом того, что договорные запреты и ограничения цессии не препятствуют переходу денежных требований, недопустимо ставить должника в столь беззащитное положение на случай двойной уступки.

Обосновать этот вывод нормативно можно следующим образом. В силу п. 3 ст. 382 ГК РФ «если должник не был уведомлен в письменной форме о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных этим неблагоприятных для него последствий. Обязательство должника прекращается его исполнением первоначальному кредитору, произведенным до получения уведомления о переходе права к другому лицу». Иначе говоря, право защищает должника, который осуществил исполнение своему прежнему кредитору, несмотря на то, что право было ранее передано новому кредитору, если должник не был уведомлен о переходе права. Не раскрытая должнику уступка не имеет для должника значения,

и он вправе исходить из того, что его изначальный кредитор сохраняет свой статус. Применяя это абсолютно правильное решение в ситуации двойной уступки, мы получаем следующее обоснование сделанного выше вывода о защите должника. Если должник не был уведомлен о действительной уступке, он имеет право полагаться на видимость управомоченности своего изначального кредитора. И эта защита видимости права должна проявлять себя не только в том, что должник имеет право исполнить свое обязательство изначальному кредитору, пусть он и передал право другому лицу (п. 3 ст. 382 ГК РФ), но и в том, что должник, воспринимая прежнего кредитора в качестве управомоченного лица, может не бояться исполнять свое обязательство тому, в отношении кого он получил уведомление об уступке от самого «видимого» кредитора.

Более сложная ситуация возникает тогда, когда должник получил первое уведомление не от своего «видимого» кредитора, а от некоего третьего лица, выдающего себя за цессионария и представившего надлежащие доказательства уступки, осуществляет исполнение такому лицу, а впоследствии сталкивается с иском реального кредитора, требующего повторить исполнение уже в его пользу. Решение данной коллизии менее очевидно. Но представляется, что, как минимум при первом приближении, и в таком случае добросовестный должник должен получить защиту.

4.3. Сказанное выше не распространяется автоматически на ситуацию, когда должник, получивший уведомление об уступке в адрес одного лица, до момента предоставления исполнения этому лицу получает второе уведомление об уступке с указанием другого цессионария. Как следует решить коллизию, когда должник до момента исполнения осведомлен о конкурирующих цессионариях в силу получения двух уведомлений об уступке?

Пункт 2 ст. III.-5:121 Модельных правил европейского частного права решает эту проблему так: должник вправе и в такой ситуации осуществлять исполнение тому, в отношении кого он получил первое уведомление, и соответственно может игнорировать последующее уведомление. Это вполне согласуется с общим решением, выбранным авторами данного документа: ведь согласно той же статье Правил при конкуренции цессионариев само право перейдет тому, в отношении кого должник был уведомлен первым. Но такое решение не вписывается в контекст п. 4 комментируемой статьи. Защита добросовестного должника выводится не на основе формальной привязки определения приоритета при конкуренции кредиторов к первому уведомлению, а из общих принципов, не допускающих ущемление интересов добросовестного должника. Соответственно здесь неминуемо должен исследоваться вопрос о добросовестности должника.

Как представляется, в стандарт добросовестного поведения должника, получившего два противоречащих друг другу уведомления об уступке, входит приостановление исполнения до прояснения ситуации, а также депонирование денег или ценных бумаг, являвшихся предметом его обязательства, у нотариуса. Как известно, п. 1 ст. 327 ГК РФ допускает такое депонирование в случае неопределенности в отношении личности кредитора.

Однако из этого правила, видимо, следует сделать одно исключение: если должник получает сначала от некоего третьего лица уведомление об уступке, не сопровождающееся доказательствами уступки, а затем уведомление цедента об уступке права в пользу иного цессионария (или имеет место обратная последовательность

уведомлений), то у должника вряд ли должны быть разумные основания верить на слово незнакомому третьему лицу, утверждающему о переходе к нему права. Соответственно уведомление cedenta, безусловно, будет иметь приоритетное значение для должника. Если должник исполнит тому, кто был указан в уведомлении cedenta, до подтверждения перехода права тем лицом, кто заявил о приобретении требования к должнику, а впоследствии окажется, что уведомление cedenta не соответствовало действительности, при том что право на самом деле перешло соответствующему третьему лицу, интересы должника должны быть защищены на основе доктрины видимости права (п. 1 ст. 385 ГК РФ).

4.4. Каковы в такой ситуации последствия осуществления добросовестным должником исполнения в адрес того лица, который на самом деле не стал новым кредитором из-за двойной уступки? Закон говорит, что все неблагоприятные последствия добросовестного предоставления исполнения должником в пользу лица, указанного в уведомлении, но не являющегося истинным кредитором, ложатся на «cedenta или цессионария, знавших о более ранней уступке». Это положение означает, что цессионарий, к которому на самом деле перешло право, может предъявить иск к тому, кто получил исполнение от должника, с требованием возврата неосновательного обогащения. Такой иск должен быть удовлетворен, если будет доказано, что этот ответчик знал о том, что ему уступается право, которое было ранее уступлено истцу. Кроме того, такой цессионарий вдобавок к иску о неосновательном обогащении вправе взыскать дополнительные убытки с cedenta, осуществившего двойную уступку и создавшего своим поведением невозможность получения исполнения от должника (абз. 5 п. 2 ст. 390 ГК РФ). Он также может отказаться от договора уступки и потребовать от cedenta возврата всего уплаченного за это право и возмещения всех убытков.

Изменится ли решение в ситуации, когда лицо, получившее от должника исполнение, добросовестно (т.е. не знало о более ранней уступке)? При двойной уступке закон возлагает на цессионария, знавшего о более ранней уступке, риск исполнения должником неуправомоченному лицу. От обратного можно предположить, что нельзя возлагать такой риск на добросовестное лицо, получившее исполнение от должника, будучи уверенно в наличии у него права. Соответственно цессионарий, к которому право на самом деле перешло, не может требовать возврата неосновательного обогащения от добросовестного лица, получившего исполнение от должника, и ограничен возможностью отказаться от договора и потребовать от недобросовестного cedenta, осуществившего «двойную уступку», возврата всей уплаченной ему цены за уступаемое право и возмещения убытков в размере не меньшем, чем разница между возвращаемой ценой и тем, что должник реально исполнил неуправомоченному лицу. Это решение кажется логичным как минимум в тех ситуациях, когда после совершения первой уступки cedent сохранил за собой оригиналы документов, подтверждающих долг должника, и передал их второму цессионарию. Тот факт, что первый цессионарий, формально получивший право, не позаботился о том, чтобы забрать такие документы и лишить тем самым cedenta возможности создавать перед третьими лицами видимость сохранения прав за cedентом, может быть учтен судом при разрешении подобной коллизии.

Что произойдет далее? Cedent, осуществивший двойную уступку и вернувший настоящему цессионарию деньги за уступленное право и возместивший убытки,

может истребовать неосновательное обогащение от того лица, которое получило исполнение от должника, ошибочно рассчитывая на переход к нему права. В то же время как минимум в тех случаях, когда двойная уступка произошла в результате очевидно недобросовестного поведения cedentа (а чаще всего это именно так), такой кондикционный иск должен быть отклонен на основании ст. 10 или абз. 5 ст. 1109 ГК РФ.

Впрочем, надо признать, какой-либо ясности по вопросу двойной уступки в контексте п. 4 комментируемой статьи в российской судебной практике пока нет.

4.5. Если должник уведомлен об уступке, но исполняет другому лицу, которое он ошибочно считает цессионарием, должник действует неправомерно и не должен освобождаться от неблагоприятных последствий своих действий. Но если тот, кому должник осуществил исполнение вопреки уведомлению, на самом деле оказывается тем, кто получил право от cedentа, для должника не возникает каких-либо неблагоприятных последствий.

4.6. Что произойдет, если cedent заключит несколько обязательственных соглашений об уступке одного и того же требования, но не успеет передать требование (совершить распорядительную сделку цессии) никому из контрагентов? В данном случае в порядке аналогии закона допустимо применить ст. 398 ГК РФ, определяющую нарушение обязанности передать индивидуально-определенную вещь. Спор между цессионариями, претендующими на одно и то же требование, может быть решен следующим образом: приоритет будет отдан тому из цессионариев, кто первым заключил обязательственное соглашение об уступке, а если это невозможно определить — то тому, кто первым предъявил иск о понуждении к уступке права требования. Цессионарии, оставшиеся в проигрыше, могут отказаться от договора и воспользоваться иском о возврате уплаченного за право и требованием о возмещении убытков.

§ 2. Перевод долга

Статья 391. Условие и форма перевода долга

1. Перевод долга с должника на другое лицо может быть произведен по соглашению между первоначальным должником и новым должником.

В обязательствах, связанных с осуществлением их сторонами предпринимательской деятельности, перевод долга может быть произведен по соглашению между кредитором и новым должником, согласно которому новый должник принимает на себя обязательство первоначального должника.

2. Перевод должником своего долга на другое лицо допускается с согласия кредитора и при отсутствии такого согласия является ничтожным.

Если кредитор дает предварительное согласие на перевод долга, этот перевод считается состоявшимся в момент получения кредитором уведомления о переводе долга.

3. При переводе долга по обязательству, связанному с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, в случае, предусмотренном абзацем вторым пункта 1 настоящей статьи, первоначальный должник и новый должник несут солидарную ответственность перед кредитором, если соглашением о переводе долга не предусмотрена субсидиарная ответственность первоначального должника либо первоначальный

должник не освобожден от исполнения обязательства. Первоначальный должник вправе отказаться от освобождения от исполнения обязательства.

К новому должнику, исполнившему обязательство, связанное с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, переходят права кредитора по этому обязательству, если иное не предусмотрено соглашением между первоначальным должником и новым должником или не вытекает из существа их отношений.

4. К форме перевода долга соответственно применяются правила, содержащиеся в статье 389 настоящего Кодекса.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи закрепляет два принципиально возможных варианта изменения субъектного состава обязательства на стороне должника. Первый из них – перевод долга, предполагающий выбытие первоначального должника, который осуществляется на основании соглашения между первоначальным и новым должниками (с согласия кредитора).

Новый вариант, появившийся в ГК РФ с 1 июня 2015 г., – вступление в обязательство нового должника на основании соглашения между кредитором и новым должником (так называемая интерцессия или экспромиссия). Соглашения первоначального должника для реализации этого варианта не требуется. Применение данного способа смены должника допускается лишь в обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Все эти два варианта признаются как в Модельных правилах европейского частного права (ст. III.-5:202), так и в Принципах УНИДРУА (ст. 9.2.5).

1.1. Идея об отсутствии необходимости согласия первоначального должника на интерцессию, видимо, позаимствована из ст. 9.2.1 Принципов УНИДРУА. Согласно Модельным правилам европейского частного права вступление нового должника в обязательство всегда происходит с согласия первоначального должника (см. ст. III.-5:204, III.-5:206 и III.-5:208 Модельных правил европейского частного права). Это позволяет должнику предотвратить произвольное вмешательство посторонних лиц в его обязательственные правоотношения. Такое решение представляется более логичным, чем то, которое отражено в комментируемой норме.

1.2. Означает ли положение абз. 2 п. 1 комментируемой статьи, закрепляющее возможность перевода сугубо коммерческого долга по соглашению между кредитором и новым должником без согласия первоначального должника, что по обязательству с иным субъектным составом такая опция заблокирована? Текст закона наводит на утвердительный ответ на этот вопрос. Но за счет расширительного толкования следует вывести как минимум два исключения. Во-первых, нет причин возражать против интерцессии в отношении долга предпринимателя перед лицом, предпринимательскую деятельность не осуществляющим, по соглашению такого кредитора и третьего лица. Во-вторых, в договоре между должником, не являющимся предпринимателем, и кредитором может быть предусмотрено, что кредитор вправе перевести долг должника без его согласия на нового должника и тем самым полностью освободить должника от долга. По сути такое условие договора будет заранее данным согласием должника на перевод долга. С учетом того, что такой перевод, как правило, не ущемляет существенно интересы первоначального должника, тот

факт, что это согласие выражается заранее и абстрактным образом в договоре с кредитором, а не в форме участия должника в соглашении о переводе долга, не может вызвать какого-либо серьезного беспокойства.

1.3. Можно ли в договоре запретить кредитору переводить долг должника на другое лицо без согласия последнего? Представляется, что такой запрет вполне возможен. Перевод долга на нового должника, согласно п. 3 комментируемой статьи, по общему правилу навязывает изначальному должнику трансформацию его обязательства в солидарное с участием неизвестного ему третьего лица и последующий переход к этому новому должнику, погасившему долг, прав кредитора. С учетом описанного последствия перевод долга без согласия должника в таком его формате, по сути, идентичен по своим последствиям уступке изначальному кредитором права третьему лицу. Поэтому с точки зрения системной согласованности и принципа «равному – равное», которые противятся дифференцированному регулированию содержательно идентичных, но формально разноименных правовых конструкций, следует считать, что в случае с неденежным обязательством такой запрет на перевод долга (как и при запрете на уступку) будет иметь юридическую силу и позволит оспаривать перевод долга. В ситуации с денежными обязательствами договорный запрет на перевод долга будет означать, что при его нарушении кредитором последний будет отвечать за убытки первоначального должника (если таковые будут доказаны). Для отмеченных выводов достаточно применения норм п. 2 ст. 382 и п. 3 ст. 388 ГК РФ о последствиях нарушения договорного запрета на уступку по аналогии закона.

Кроме того, такой перевод долга, видимо, должен подчиняться упомянутым правилам п. 2 ст. 382 и п. 3 ст. 388 ГК РФ о последствиях нарушения запрета на уступку и тогда, когда в договоре есть не прямой запрет на перевод долга, по модели интерцессии, а стандартное условие о запрете уступки без согласия должника. Как уже было отмечено, перевод долга по соглашению между новым должником и кредитором, согласно которому при исполнении обязательства новым должником происходит суброгация, по своим последствиям в целом ничем не отличается от уступки права. Такая изошренная форма нарушения условия договора о запрете уступки (по сути, обход этого запрета) должна подводиться под правила о последствиях нарушения договорного запрета на уступку. В противном случае за счет использования указанной в комментируемой статье схемы перевода долга без участия первоначального должника с последующей суброгацией кредитор сможет обойти договорные запреты на уступку, позволяющие оспаривать не согласованную должником уступку или как минимум привлечь кредитора к ответственности.

1.4. Нормы п. 1 этой статьи умалчивают о возможности перевода будущих долгов или перевода части долга. В то же время представляется, что эти проявления автономии воли сторон должны быть признаны в системном единстве с нормами ГК РФ о допустимости уступки будущих прав или части права. В то же время детали регулирования таких специфических случаев перевода долга в ГК РФ не содержатся и должны формулироваться посредством судебного толкования. Некоторые нормы об уступке части права или будущих прав могут здесь применяться по аналогии закона (что особенно очевидно в случае перевода долга по соглашению кредитора и нового должника с последующей суброгацией).

Кроме того, ничто не препятствует сторонам договориться о переводе долга по уплате сумм договорных санкций (убытков, неустойки, процентов годовых) или

иных дополнительных обязательств с сохранением за изначальным должником долга по основному обязательству (п. 21 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120).

1.5. Закон ничего не говорит о возмездности перевода долга и соотношении безвозмездного перевода долга и признанного в ст. 575 ГК РФ запрета на дарение между коммерческими организациями. Как бы мы ни относились к этому запрету, *de lege lata* требуется согласование этих норм. Если перевод долга осуществляется на основании соглашения кредитора и нового должника, проблема не возникает, если стороны не отступят от общего правила и к исполнившему долг новому должнику перейдут в силу закона права кредитора (абз. 2 п. 3 комментируемой статьи). Но в случае классического перевода по соглашению между новым и первоначальным должниками, а также при интерцессии с освобождением прежнего должника от долга возникает довольно острый вопрос. Если в этом случае в обмен на перевод на себя долга новый должник получает от первоначального должника некую компенсацию, дарение, очевидно, не происходит. Если в соглашении о переводе на такую компенсацию или иное встречное предоставление не указано, но и нет прямого указания на безвозмездность, возмездный характер перевода долга должен презюмироваться (п. 3 ст. 423 ГК РФ), а размер компенсации определяться по правилам п. 3 ст. 424 ГК РФ.

Но как быть в случае, когда в соглашении о переводе долга, заключенном между двумя коммерческими организациями, прямо указано на его безвозмездность? На первый взгляд такой перевод долга противоречит ст. 575 ГК РФ и может быть признан недействительным, если будет установлено, что воля сторон была направлена именно на одарение первоначального должника и у нового должника не было никакой, пусть и косвенной, выгоды от освобождения первоначального должника от долга. В то же время это решение может серьезно ударить по интересам кредитора. Ведь получив уведомление о переводе долга и дав на него согласие, он будет исходить из того, что у него теперь новый должник. Кредитор в большинстве случаев не может проверить, была ли у нового должника некая выгода от освобождения первоначального должника от долга. Признание недействительным перевода долга *ex post* может подорвать разумные ожидания кредитора и в целом дестабилизировать оборот.

Возможны два варианта решения этой проблемы. Во-первых, потенциальным решением является признание предлагаемого иногда в литературе абстрактного характера перевода долга как своего рода распорядительной сделки, действительность которой не зависит от действительности соглашения о переводе долга (даже в случае, когда мы имеем единый текст соглашения о переводе долга). При таком варианте само соглашение о безвозмездном переводе долга может быть недействительным, но это не приводит автоматически к тому, что признается недействительным заложенное в это соглашение правовое последствие в виде замены должника (в случае если воля лиц на такую замену явно образом выражена и отсутствуют очевидные дефекты воли, которые могли бы опорочить и распорядительное волеизъявление). В результате недействительность безвозмездного соглашения о переводе долга приводит к отпадению правового основания для состоявшегося и сохраняющего свой правовой эффект перевода долга, первоначальный должник неосновательно обогащается, будучи освобожден от обязательства без какой-либо компенсации, и новый должник получает право на кондикционный иск к первоначальному должнику

по правилам гл. 60 ГК РФ. Во-вторых, можно признать недействительность не всего соглашения безвозмездного перевода долга, а лишь условия о его безвозмездности (ст. 180 ГК РФ), что открывает новому должнику доступ к иску к первоначальному должнику без введения принципа абстрактности. Окончательное решение этой проблемы, по-видимому, может быть сформулировано лишь в судебной практике.

1.6. Для перевода долга стороны должны четко и недвусмысленно определить то обязательство, по которому осуществляется перевод долга, или предусмотреть четкий алгоритм определения такого обязательства, иначе такое соглашение не должно считаться заключенными вследствие несогласованности его предмета.

1.7. Не вызывает сомнений то, что соглашение о переводе долга может быть поставлено в зависимость от наступления срока или отлагательного условия. Например, стороны могут договориться о том, что долг переходит к новому должнику в случае и в момент получения им членства в саморегулируемой организации. В случае с условием единственным ограничением является то, что такое условие должно быть таким, чтобы его наступление не составило бы труда определить стороне, не участвующей в соглашении о переводе долга (в случае с обычным переводом долга – кредитору, в случае с интерцессией – изначальному должнику), иначе стороны соглашения будут навязывать лицу, не участвующему в нем, но затронутому его правовым эффектом, правовую неопределенность, на возникновение которой оно не давало согласия.

1.8. Перевод долга, возникающего из договора, по общему правилу возможен и без передачи новому должнику прав на встречное исполнение, если такое еще не произошло. Так, например, покупатель может с согласия поставщика перевести на третье лицо долг по оплате, сохранив за собой право требовать поставку товара в свою пользу. Такой вариант хотя и нетипичен, но в целом вполне возможен. В то же время в ряде случаев из существа договорных отношений и тесной связи прав и обязанностей по договору может следовать, что такой разрыв договорных прав и обязанностей невозможен.

2. Согласие кредитора традиционно является одним из необходимых условий перемены лиц в обязательстве на стороне должника. Это неудивительно, ибо от того, кто является должником, зависят перспективы кредитора получить исполнение по обязательству. Следуя европейской частнопредварительной традиции (см. ст. III.-5:203 Модельных правил европейского частного права), наш законодатель рассматривает согласие кредитора как один из компонентов соглашения о переводе долга (осуществляемом как в рамках договоренностей между первоначальным и новым должником, так и по соглашению между кредитором и новым должниками). Вследствие этого закон объявляет перевод долга, состоявшийся без согласия кредитора, ничтожной сделкой. Это особенно важно для случаев обычного перевода долга по соглашению между первоначальным и новым должниками. Если бы не эта очень важная и разумная норма, то применение общих правил ГК РФ о последствиях совершения сделки без согласия третьего лица (ст. 173¹ ГК РФ) приводило бы к оспоримости такого перевода, что, конечно, неприемлемо.

При этом согласие кредитора необходимо для всех упомянутых в статье вариантов перевода долга, включая случай возникновения солидарного характера обязательства старого и нового должников. По этому же пути идут и Принципы

УНИДРУА (ст. 9.2.3). В то же время, согласно п. 3 ст. III.-5:203 Модельных правил европейского частного права, сделано исключение для варианта с возникновением солидаритета: в таком случае согласие кредитора предполагается, если кредитор, получив уведомление о добавлении нового должника, в разумный срок возразит против этого. Российское право такого исключения не знает.

2.1. Согласно прямому указанию п. 2 комментируемой статьи согласие кредитора может быть как предварительным, так и последующим. При этом очевидно, что предварительное согласие кредитора может быть закреплено в самом договоре с должником.

2.2. Поскольку согласие кредитора рассматривается как неотъемлемое условие действительности соглашения о переводе долга, в абз. 2 п. 2 комментируемой статьи предусмотрено, что при предварительном согласии кредитора перевод долга происходит в момент получения кредитором уведомления о переводе долга. Это также дань европейской частнопредварительной традиции, которая трактует предварительное согласие кредитора как оферту, адресованную новому должнику и направленную на принятие нового должника в обязательство. Уведомление кредитора о переводе долга выступает в качестве акцепта такой оферты. Правда, в Модельных правилах европейского частного права есть важное уточнение: уведомление должно исходить именно от нового должника (п. 2 ст. III.-5:203 Модельных правил европейского частного права). В ГК РФ такого уточнения нет, что усложняет восприятие комментируемой нормы. Учитывая, что перевод долга прежде всего затрагивает интересы нового должника, именно его согласие имеет ключевое значение. Соответственно даже на почве нашего права уведомление кредитора новым должником снимает все сомнения в том, что перевод долга состоялся. Если уведомление будет получено кредитором от первоначального должника, добросовестный кредитор должен дополнительно запросить мнение нового должника.

Остается открытым вопрос о возможности изменения правила абз. 2 о моменте, с которого перевод считается состоявшимся, в случае если кредитор дает свое согласие на перевод заранее. Как представляется, данная норма является диспозитивной в части допущения того, что соглашением о переводе долга между новым и первоначальными должниками будет установлен более поздний момент перевода долга, чем момент получения кредитором уведомления о таком переводе. Это условие может быть противопоставлено кредитору, если, конечно, в самом уведомлении будет прямо указано на этот более поздний момент. Такая отсрочка перевода долга никак не ущемляет интересы кредитора.

2.3. Как может быть сформулировано предварительное согласие кредитора на перевод долга? Возможны несколько вариантов решения этого вопроса. Первый подход предполагает, что такое предварительное согласие может выражаться в том числе и в форме условия договора о неограниченном праве изначального должника перевести свой долг на любое третье лицо. Второй подход исходит из того, что такое предварительное согласие должно так или иначе идентифицировать субъектов, на которых кредитор соглашается допустить перевод долга заранее. Поставленная проблема требует дополнительного анализа, так как очевидно, что заранее данное абстрактное согласие на перевод долга может привести к тому, что должником кредитора окажется абсолютно неплатежеспособное лицо. На настоящий момент для нас очевидно лишь то, что такое абстрактное согласие не может быть включено

в договор в отношении обязательства, кредитором по которому является потребитель. Допустимость этого варианта предварительного согласия в остальных случаях должна определяться в судебной практике. Есть основания блокировать такое абстрактное согласие на перевод долга на любое лицо по правилам ст. 10 и 428 ГК РФ, если оно было навязано слабой стороне договора.

2.4. При переводе будущих долгов кредитору заранее направляется уведомление о том, что определенные будущие долги, еще не возникшие к моменту такого уведомления, после их возникновения будут сразу же, через логическую секунду автоматически переводиться на нового должника. Соответственно в такой ситуации перевод долга никак не может состояться ни в момент заключения соглашения о переводе долга, ни в момент получения кредитором такого уведомления, так как к этому времени сам долг еще не возникнет.

2.5. Несмотря на то что в законе прямо не решен вопрос о том, могут ли стороны соглашения о переводе долга, заключаемого между первоначальным и новым должниками, в принципе исключить необходимость уведомления кредитора, телеологическое толкование приводит к выводу о недопустимости этого проявления автономии воли. В данной части норма абз. 2 п. 2 должна считаться императивной, так как в противном случае это существенно затронуло бы интересы кредитора как стороны, не участвующей в таком соглашении.

2.6. Допустим ли отзыв кредитором своего предварительного согласия на перевод долга до момента получения уведомления о таком переводе? Вопрос об отзывном или безотзывном характере согласия третьего лица на совершение сделки в нашем законе в общем виде не решен. В то же время в п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 указано, что по общему правилу согласие третьего лица на сделку может быть отозвано до момента ее совершения. Это разъяснение достаточно спорно, так как, на наш взгляд, вопрос об отзывном или безотзывном характере согласия третьего лица на сделку должен решаться дифференцированно и зависеть от существа конкретных отношений. Тем не менее как минимум в случае, когда предварительное согласие кредитора закреплено в договоре с должником, следует констатировать режим безотзывности. Иначе говоря, если такое согласие включено в договор кредитора и изначального должника и здесь не указано на право кредитора отозвать свое согласие в одностороннем порядке, следует считать, что кредитор дал бесповоротное согласие. Его отзыв будет влечь несанкционированное одностороннее изменение условий договора, которое по общему правилу не допускается. Если согласие кредитора не выражено прямо в договоре, а предоставлено отдельным волеизъявлением, судам не остается ничего иного, кроме как применять вышеуказанное разъяснение ВС РФ (до тех пор, пока оно не будет скорректировано).

3. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи вступление нового должника в обязательства, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности, по соглашению между кредитором и новым должником (интерцессия, экспромиссия) возможно в следующих комбинациях. По общему правилу возникает солидарная множественность лиц в обязательстве на стороне должника (новый должник вступает в обязательство, первоначальный должник из него не выбывает). Но новый должник и кредитор в своем соглашении о вступлении в долг могут договориться и об иных вариантах. Во-первых, эти стороны могут договориться о возникновении

субсидиарной множественности лиц (новый должник становится основным должником, первоначальный должник приобретает статус субсидиарного должника). Во-вторых, может быть достигнуто соглашение и о том, что новый должник вступает в обязательство, а первоначальный должник выбывает из него.

При этом согласно данной норме лишь в последнем варианте полного выбытия первоначального должника из обязательства последний может не согласиться с освобождением от обязанности. В таком случае он продолжит участвовать в обязательстве. Поскольку о субсидиарной множественности кредитор и новый должник не договаривались, мы должны прийти к выводу, что первоначальный должник, отказавшийся от освобождения от долга, остается солидарным должником в обязательстве.

3.1. С точки зрения точности терминологии полноценным переводом долга среди всех описанных выше вариантов будет только полное выбытие первоначального должника из обязательства. В ситуации, когда при интерцессии (экспромиссии) первоначальный должник остается в обязательственной связи с кредитором (вариант солидаритета или вариант субсидиарной ответственности), логичнее говорить не о переводе долга, а о вступлении нового должника в обязательство или трансформации обязательства изначального должника из основного в субсидиарное. Квалификация такой формы вступления в обязательство третьего лица (с возникновением солидаритета или перевода обязательства изначального должника в формат субсидиарного) в качестве перевода долга была, видимо, воспринята законодателем непосредственно из Принципов УНИДРУА (ст. 9.2.5). Модельные правила европейского частного права обозначают полное выбытие изначального должника из обязательства понятием «полная замена должника», а перевод долга изначального должника в субсидиарный формат – понятием «частичная замена должника». Возникновение солидаритета именуется «присоединение нового должника» (ст. III.-5:202).

3.2. Можно ли себе представить какие-либо иные варианты оформления такого перевода долга в широком смысле по соглашению между кредитором и новым должником, кроме указанных выше? Наверное, да. Например, в соглашении о переводе долга стороны могут установить, что новый должник принимает на себя субсидиарную ответственность по долгу изначального должника. Кроме того, возможно и частичное вступление нового должника в долг.

3.3. Поскольку присоединение нового должника к обязательству имеет определенное сходство с поручительством, рассмотрим основные различия этих правовых институтов. Поручительство – способ обеспечения исполнения обязательств. В случае вступления нового должника в долг по правилам об интерцессии возникает иная ситуация – новый должник принимает на себя такую же обязанность, как и первоначальный должник. Обеспечительный интерес здесь отсутствует. Из этого следует ряд важных практических отличий правового положения поручителя от статуса нового должника, присоединившегося к обязательству. Так, например, поручитель может отказаться от исполнения требования кредитора, когда по вине кредитора отпадает имевшееся на момент заключения договора поручительства иное обеспечение (см., например, п. 4 ст. 363), а также если у кредитора есть возможность погасить обеспеченный долг путем зачета своего встречного требования к должнику (п. 2 ст. 364 ГК РФ). Кроме того, п. 6 ст. 367 ГК РФ устанавливает особые, льготные для поручителя правила прекращения поручительства при истечении указанных

в норме пресекательных сроков. Ничто из этого не действует в случае интерцессии. Наконец, нужно учитывать, что поручитель — обеспечительный должник, к которому кредитор может обратиться лишь в случае нарушения основного обязательства, обеспеченного поручительством. Новый должник, присоединившийся к обязательству в солидарном формате в результате интерцессии, может предоставить кредитору исполнение независимо от того, допустил ли первоначальный должник нарушение обязательства.

3.4. Важнейшим последствием присоединения нового должника к обязательству, связанному с осуществлением предпринимательской деятельности, по соглашению между кредитором и новым должником является суброгация прав кредитора к новому должнику в случае исполнения им обязательства. Зачем законодателю потребовалось использовать прием юридической фикции (надлежащее исполнение, осуществленное новым должником, вызывает не прекращение обязательства, а суброгацию)? Видимо, для того, чтобы позволить новому должнику, исполнившему обязательство, сохранить обеспечение, установленное в отношении долга первоначального должника перед кредитором.

Проблема связана с тем, что абз. 1, с одной стороны, говорит о солидарном участии первоначального и нового должников в обязательстве, что по общему правилу должно было означать в силу п. 2 ст. 325 ГК РФ не суброгацию прав от кредитора к исполнившему обязательство новому должнику, а возникновение у последнего регрессного требования к первоначальному должнику (т.е., по сути, прекращение обязательства первоначального должника и возникновение нового обязательства между первоначальным и новым должниками с новым сроком исковой давности). С другой стороны, в абз. 2 написано, что к новому должнику, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству, т.е. обязательство, изначально возникшее у первоначального должника, сохраняется и происходит суброгация.

Данное противоречие должно разрешаться исходя из того, что в силу прямого указания в этой специальной норме закона к отношениям по солидаритету в рамках перевода долга правило п. 2 ст. 325 ГК РФ о регрессном характере требования нового должника к первоначальному не применяется. Стоит отметить, что аналогичным образом решается вопрос и с поручительством.

3.5. Из текста нормы комментируемого пункта о суброгации не вполне понятно, относится ли это правило только к тому варианту перевода долга, при котором на должнике сохраняется обязательство перед кредитором (солидаритет или трансформация обязательства первоначального должника в субсидиарное), либо оно распространяется и на указанный в абз. 1 случай освобождения первоначального должника от обязательства перед кредитором. Исходя из телеологического толкования освобождение первоначального должника от обязательства не должно приводить к суброгации. Вариант, при котором первоначальный должник освобождается от своего долга перед кредитором, а потом тут же становится обязанным, только теперь уже перед новым должником, осуществившим исполнение в пользу кредитора, представляется труднообъяснимым. Кроме того, этот подход не вписывается в логику суброгации, при которой к некоему лицу переходят права кредитора по исполненному им обязательству, в то время как в случае выбытия первоначального должника из обязательства его обязательственная связь с кредитором

прекращается, и соответственно к новому должнику с точки зрения формальной логики никак не могут перейти права кредитора в отношении первоначального должника. Так что приходится признать, что перевод долга по соглашению между новым должником и кредитором с освобождением первоначального должника от обязательства действительно приводит к бесповоротному освобождению первоначального должника от долга. Каково нормативное обоснование этого вывода? Согласно прямому указанию в комментируемой норме суброгация блокируется, если это следует из существа отношений.

В ряде случаев такая модель перевода долга с освобождением изначального должника от долга требует соотнесения со ст. 575 ГК РФ о запрете дарения между коммерческими организациями. И действительно, перевод долга по соглашению между новым должником и кредитором с условием о полном освобождении первоначального должника от обязательства по своим последствиям может быть равнозначен дарению, при котором одаряемый (первоначальный должник) в договоре не участвует. При этом согласно ст. 575 ГК РФ в отношениях между предпринимателями дарение, как известно, прямо запрещается. Возникает ли здесь конфликт?

Если оставить за скобками вопрос об оправданности самого этого запрета на дарение и анализировать ситуацию *de lege lata* с точки зрения системного единства законодательного материала, трудно признать допустимым вариант безвозмездного освобождения должника-коммерсанта от долга за счет вступления в него другого коммерсанта. Безусловно, такая форма освобождения изначального должника от долга может отличаться от классического договора дарения, так как здесь нет договора между дарителем (в данном случае новым должником) и одаряемым (первоначальным должником). В то же время указание в этом абзаце на то, что первоначальный должник вправе отказаться от освобождения от долга, по сути, объявляет, что его молчание равнозначно согласию на прекращение своего долга. Это в свою очередь позволяет говорить о том, что молчание первоначального должника равнозначно согласию на его выбытие из обязательства. Иначе говоря, такого рода освобождение должника от обязательства по соглашению между кредитором и новым должником при молчаливом согласии первоначального должника можно представить и как трехстороннее соглашение об освобождении должника от долга, которое в силу п. 2 ст. 438 ГК РФ заключается первоначальным должником путем акцепта молчанием. В любом случае различия между этими конструкциями становятся слабо заметными. Соответственно возникает сомнение в последовательности законодателя, устанавливающего запрет на дарение (в том числе в силу п. 1 ст. 572 ГК РФ в форме освобождения от долга) и одновременно допускающего тот же самый по сути результат в ситуации, когда согласие одаряемого выражается в форме молчания. Означает ли это, что данная норма ГК РФ фактически легализует один из вариантов обхода законодательного запрета на дарение?

Очевидно, что такого рода вариант перевода долга должен допускаться тогда, когда в освобождении изначального должника-коммерсанта от его обязательства у сторон соглашения о переводе долга не было цели одарить (*animus donandi*) и принять дар и новый должник получал некую косвенную выгоду от освобождения изначального должника от долга (например, когда новым должником является материнская компания, заменяющая дочернее общество в долге перед кредитором). В остальных случаях следует считать, что условие об освобождении первоначального

должника — коммерческой организации от обязательства с его переводом на нового должника, также являющегося коммерческой организацией, недействительно и новый должник получит право на суброгацию. Признать все соглашение о переводе долга и сам эффект замены должника в такой ситуации вряд ли оправданно, так как это может ухудшить положение кредитора.

3.6. Норма абз. 2 допускает исключение суброгации в случае, когда на это указано в соглашении между новым и первоначальным должниками. С учетом того, что этот пункт говорит о последствиях перевода долга по соглашению между кредитором и новым должником (т.е. соглашению, в котором первоначальный должник не участвует), речь здесь идет, видимо, о некоем отдельном соглашении между первоначальным и новым должниками, в котором стороны исключают суброгацию полностью или частично. Допустимость такого соглашения об исключении суброгации применительно к ситуации, когда первоначальным и новым должниками являются коммерческие организации, может быть *de lege lata* также поставлена под сомнение с точки зрения запрета на дарение. Возможно решение, согласно которому при отсутствии у нового должника какой-либо встречной выгоды (возможно, и косвенной) от отказа от права на суброгацию и обнаружении направленности такого соглашения именно на одарение первоначального должника суды должны считать, что соглашение первоначального и нового должников об исключении суброгации является дарением со всеми вытекающими отсюда последствиями.

4. Отсылка в п. 4 комментируемой статьи к положениям ст. 389 ГК РФ порождает ряд вопросов. Здесь указано на то, что к форме перевода долга применяются правила ст. 389 ГК РФ. Статья 389 ГК РФ требует, чтобы уступка права происходила в той же форме, что и договор, из которого данное право возникло. Соответственно применение этой нормы в случае перевода долга приводит к аналогичному выводу: перевод долга, вытекающего из письменной сделки, должен оформляться письменно, а перевод долга, вытекающего из нотариально удостоверенной сделки, также должен нотариально удостоверяться. Последствием несоблюдения данного требования в первом случае будет невозможность ссылаться на свидетельские показания при доказывании факта перевода долга (ст. 162 ГК РФ), а во втором — ничтожность перевода долга (ст. 165 ГК РФ). В этой части решение законодателя более или менее понятно. Но ситуация осложняется тем, что в ст. 389 ГК РФ, к которой отсылает комментируемая норма, есть также указание на то, что уступка права, вытекающего из зарегистрированного договора, подлежит регистрации. При этом комментируемая норма указывает на то, что правила ст. 389 ГК РФ применяются *к форме* перевода долга, а, как известно, государственная регистрация не является элементом формы договора. Соответственно из буквального прочтения п. 4 ст. 391 ГК РФ сложно сделать вывод о том, что перевод долга, вытекающего из зарегистрированного договора, подлежит также обязательной регистрации. По крайней мере есть некоторые формальные основания толковать норму п. 4 ст. 391 ГК РФ в качестве отсылки лишь к той части ст. 389 ГК РФ, которая касается формы уступки, а не к той части, которая затрагивает вопросы регистрации. В то же время в судебной практике отражен иной подход. Так, ВАС РФ разъяснял, что регистрировать нужно даже соглашение о переводе денежной обязанности по уплате арендной платы, если такая обязанность возникла из зарегистрированного договора аренды недвижимости (п. 12 Информа-

ционного письма ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59). При этом отсутствие такой регистрации не означает недействительность перевода долга. Согласно вступившей в силу 1 июня 2015 г. общей норме ГК РФ о последствиях отсутствия необходимой регистрации договора незарегистрированный перевод долга не будет иметь правового значения для третьих лиц (п. 3 ст. 433 ГК РФ), но в отношении самих сторон такой перевод долга будет считаться состоявшимся. Впрочем, детали применения этой новой доктрины непротивопоставимости незарегистрированного договора в отношении перевода долга еще не вполне ясны. Не вполне понятно, о каких третьих лицах в данном случае с переводом долга может идти речь.

Статья 392. Возражения нового должника против требования кредитора

Новый должник вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на отношениях между кредитором и первоначальным должником, но не вправе осуществлять в отношении кредитора право на зачет встречного требования, принадлежащего первоначальному должнику.

Комментарий

(а) Данная норма закрепляет стандартный подход к регулированию отношений, связанных с переводом долга: новый должник может выдвинуть против кредитора все те возражения, которые имел против кредитора прежний должник. Аналогичные правила о праве нового должника на возражения содержатся в п. 1 ст. 9.2.7 Принципов УНИДРУА (для всех случаев перевода долга), в также в п. 1 ст. III.-5:205 и п. 1 ст. III.-5:207 Модельных правил европейского частного права (для случаев полного выбытия прежнего должника из обязательства и трансформации его долга в субсидиарное обязательство).

Однако при переводе долга по модели возникновения солидаритета возникает коллизия с общими нормами о солидарных обязательствах. В силу ст. 324 ГК РФ «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». Иначе говоря, законодатель, не сделав в комментируемой статье исключения для случая перевода долга по модели возникновения солидаритета, устанавливает особый режим солидаритета при интерцессии. По такому же пути российское право пошло и в отношении солидарных обязательств, возникающих из отношений по договору поручительства, закрепив право поручителя использовать против кредитора возражения должника по основному обязательству (п. 1 ст. 364 ГК РФ). В Модельных правилах европейского частного права (ст. III.-5:209) предложено иное решение: новый должник, присоединившийся к долгу изначального должника по модели солидаритета, не может использовать возражения, основанные на отношениях изначального должника и кредитора.

(б) В нашем законодательстве долгое время оставался нерешенным вопрос о том, может ли новый должник воспользоваться против требования кредитора зачетом встречного требования, принадлежащего первоначальному должнику. В принципе

ответ должен быть отрицательным, поскольку здесь отсутствует встречность требований, а зачет при отсутствии встречности возможен лишь в виде исключения, установленного законом. Закон такого исключения не предусматривал. Сейчас в ГК РФ прямо решен данный вопрос: зачет невозможен. Этот подход соответствует и международным стандартам регулирования (п. 2 ст. III.-5:205 Модельных правил европейского частного права, п. 2 ст. 9.2.7 Принципов УНИДРУА).

(в) Телеологическое толкование комментируемой статьи не оставляет сомнений в ее диспозитивности в той ситуации, когда перевод долга осуществляется на основании трехстороннего договора. Например, в соглашении о переводе долга, заключенном между кредитором, изначальным и новым должниками, стороны могут договориться об отсутствии у нового должника права заявлять кредитору возражения, имевшиеся у прежнего должника, или предусмотреть право нового должника заявить зачет с опорой на встречные требования прежнего должника к кредитору.

Несколько к иному выводу можно прийти в ситуации, когда перевод долга осуществляется на основании договора, в котором не участвует изначальный должник. Условия такого соглашения могут быть признаны недопустимыми в той части, в какой они отступают от содержания комментируемой нормы в ущерб интересам изначального должника (если, конечно, по условиям соглашения между новым должником и кредитором первоначальный должник не выбывает из обязательства). Например, если в двустороннем соглашении нового должника и кредитора будет установлено, что новый должник получает право заявить зачет встречного требования, принадлежащего изначальному должнику (вопреки тому, что установлено в комментируемой статье), то это условие следует признать противоречащим закону. Соответственно в этом контексте норма должна быть признана императивной. В то же время если такое двустороннее соглашение отклоняется от подхода, закрепленного в комментируемой статье, не в ущерб интересам изначального должника (например, новому должнику будет запрещено ссылаться на право приостановить встречное исполнение с опорой на наличие неисполненного встречного обязательства кредитора перед первоначальным должником), то это проявление свободы договора должно быть признано и последняя форма девиации договора от предписанной нормы представляется допустимой.

Из сказанного выше вытекает достаточно высокая (хотя и не безграничная) степень автономии воли сторон в блокировании перехода к новому должнику возражений изначального должника. Но, видимо, следует признать, что эта автономия не распространяется на те возражения, которые по своей природе не могут быть исключены по воле сторон в принципе (например, возражение об исковой давности).

Статья 392¹. Права кредитора в отношении нового должника

1. Кредитор может осуществлять в отношении нового должника все права по обязательству, если иное не предусмотрено законом, договором или не вытекает из существа обязательства.

2. Если при переводе долга первоначальный должник освобожден от обязательства, обеспечение исполнения обязательства, предоставленное третьим лицом, прекращается, за исключением случая, когда такое лицо согласилось отвечать за нового должника.

3. Освобождение первоначального должника от обязательства распространяется на всякое предоставленное им обеспечение, если только имущество, являющееся предметом обеспечения, не передано им новому должнику.

Комментарий

1. Поскольку перевод долга предполагает, что новый должник принимает на себя полноценную обязанность в рамках обязательства, логично, что кредитор имеет возможность потребовать от нового должника полного исполнения по переведенному долгу. Иначе говоря, презюмируется, что долг переводится целиком. Хотя такие права, как проценты, убытки и неустойка и т.п., существуют в рамках отдельных обязательственных правоотношений, которые связаны с основным обязательством, по смыслу п. 1 комментируемой статьи кредитор может воспользоваться и этими правами в отношении нового должника.

Следует обратить внимание на то, что комментируемая норма является диспозитивной, поэтому соглашением о переводе долга могут быть предусмотрены переход лишь части долга (при условии, что предмет обязательства делим) или сохранение за первоначальным должником отдельных обязанностей без принятия их на себя новым должником (например, обязанностей по уплате процентов или неустойки). Данная позиция также была высказана в п. 21 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120.

2. Пункт 2 комментируемой статьи решает в общем-то очевидный вопрос: если в результате перевода долга первоначальный должник полностью освобождается от долга, прекращаются и все обеспечения, предоставленные третьими лицами (поручительство, залог). Логические основания для решения, предложенного в п. 2 комментируемой статьи, лежат на поверхности: предоставляя обеспечение, третье лицо оценивает риски нарушения обязательства должником; если он поменялся, риски тоже меняются непредсказуемо. Впрочем, обеспечения, предоставленные третьим лицом за первоначального должника, могут сохраниться, если третье лицо даст согласие отвечать за нового должника (см. комментарии к ст. 355 и п. 3 ст. 367 ГК РФ). Важно обратить внимание на то, что согласие отвечать за нового должника может быть дано как до перевода долга, так и одновременно с ним или в разумный срок после того, как перевод долга состоялся. То же, видимо, верно и в отношении независимой гарантии. Если такое согласие не будет получено в указанные сроки, обеспечения, предоставленные третьими лицами, прекращаются автоматически. Аналогичное решение предусмотрено в п. 5 ст. III.-5:205 Модельных правил европейского частного права, а также в п. 2 ст. 9.2.8 Принципов УНИДРУА.

2.1. Норма п. 2 комментируемой статьи о прекращении обеспечений, предоставленных третьим лицом, при переводе долга, сопровождающемся освобождением первоначального должника от обязательства, не может изменяться сторонами соглашения о переводе долга, так как это напрямую затрагивало бы права залогодателя или поручителя, в этих соглашениях не участвующих. Единственный возможный вариант сохранения таких обеспечений, предусмотренный данной нормой, — это прямое согласие стороны, предоставившей обеспечение.

Но может ли это согласие третьего лица, предоставившего вещное или личное обеспечение, даваться предварительно, в том числе в самом договоре залога или поручительства, и при этом даваться без указания конкретных лиц, перевод долга на которых не прекращает обеспечения (т.е. в абстрактной форме)? Судебная практика ВАС РФ и ВС РФ, имевшаяся ранее по данному вопросу, однозначного ответа не давала. Так, в силу п. 17 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 такое согласие поручителя отвечать за нового должника может быть предварительным и «должно быть явно выраженным, а также содержать критерии, позволяющие с высокой степенью определенности установить круг лиц, при переводе долга на которых поручительство сохраняет силу». В то же время в практике ВС РФ допускалось установление в договоре поручительства абстрактного предварительного согласия отвечать перед «любым новым должником» в случае перевода долга. По этому вопросу см. ответ на вопрос № 22 Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ за третий квартал 2006 г. (утв. Постановлением Президиума ВС РФ от 29 ноября 2006 г.); ответ на вопрос № 1 Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ за первый квартал 2008 г. (утв. Постановлением Президиума ВС РФ от 28 мая 2008 г. в ред. от 10 октября 2012 г.). В новой редакции п. 3 ст. 367 ГК РФ закреплён подход, который встречался в практике ВАС РФ.

Что касается залога, то новая редакция ст. 355 ГК РФ в отношении залога прямо указывает на то, что его сохранение при переводе долга может быть предусмотрено в самом договоре залога. Это однозначно закрепляет допустимость предварительного согласования сохранения залога при переводе долга, но толкование этой нормы в отношении возможности абстрактного согласия еще не устоялось (см. комментарий к ст. 355 ГК РФ).

В этих условиях очевидно, что согласие обеспечительного должника на сохранение обеспечения может быть дано заранее, в том числе и в форме условия договора залога или поручительства о том, что залогодатель или поручитель согласны на замену должника по обеспеченному обязательству. Однако проблема абстрактного согласия на сохранение обеспечения при переводе долга на любого нового должника требует серьезного дополнительного изучения. Как нам представляется, с точки зрения системной логики ее решение должно быть синхронизировано с решением аналогичной проблемы с предварительным согласием кредитора на перевод долга.

2.2. Из толкования данной нормы от обратного следует, что при переводе долга как по модели солидаритета, так и если первоначальный должник становится субсидиарным, обеспечения, предоставленные третьими лицами за первоначального должника, сохраняются и обеспечивают долг изначального должника в рамках либо солидарного, либо субсидиарного обязательства. Аналогичное решение предлагается в ст. III.-5:207 Модельных правил европейского частного права.

3. Пункт 3 комментируемой статьи выглядит вполне логично: если в силу перевода долга первоначальный должник выбывает из обязательства, то предоставленные им обеспечения также прекращаются. Исключение составляет вещное обеспечение, в рамках которого предметом обеспечения является вещь (залог): такое условие сохраняется, несмотря на перевод долга, но при условии, что первоначальный должник передаст эту вещь новому должнику. Иначе говоря, в данном случае простого согласия первоначального должника на сохранение реальных обеспечений недоста-

точно, необходима еще и передача обеспечительного имущества новому должнику. Очевидно, что данная норма в значительной степени рассчитана на залог движимых вещей, ибо применительно к ним передача имеет наиболее важное значение. См. также комментарий к § 3 гл. 23 ГК РФ. Схожим образом данный вопрос решается и в п. 4 ст. III.-5:205 Модельных правил европейского частного права, а также в п. 3 ст. 9.2.8 Принципов УНИДРУА. Однако в международных источниках есть важное уточнение: имущество, являющееся предметом вещного обеспечения, должно быть передано первоначальным должником новому должнику на основании соглашения между ними. Это вполне логично, ибо простая передача имущества как таковая не позволяет определить, на что была направлена воля первоначального должника. Поэтому даже на почве российского права это уточнение вытекает из смысла п. 3 комментируемой статьи. В частности, это означает, что и в тех случаях, когда новый должник вступает в обязательство по соглашению с кредитором, новому должнику все равно придется заключать с первоначальным должником отдельное соглашение ради сохранения реальных обеспечений.

Правда, согласно комментируемой норме ничто не препятствует первоначальному должнику, выбывающему из обязательства, заключить с кредитором договор о предоставлении той же самой вещи, которая ранее обеспечивала долг самого должника, в залог тому же кредитору уже в обеспечение долга нового должника. Более того, кредитор иногда может обусловить свое согласие на перевод долга тем, что имущество первоначального должника продолжит обеспечивать этот долг.

Спорной является судьба залога и удержания при переводе долга с выбытием прежнего должника. В таких случаях вещь, являющаяся предметом обеспечения, оказывается во владении кредитора. Соответственно для сохранения такого обеспечения кредитор должен позаботиться о том, чтобы условием его согласия на перевод долга была либо передача права собственности на предмет залога или удерживаемую кредитором вещь в пользу нового должника, либо согласие прежнего должника на сохранение такого обеспечения.

Также споры может вызывать судьба такого способа обеспечения, как обеспечительный платеж. Буквальное толкование п. 3 комментируемой статьи приводит к выводу о том, что такое обеспечение прекращается при переводе долга с выбытием прежнего должника и кредитор должен вернуть обеспечительный платеж выбывающему должнику. Иное может следовать из волеизъявления прежнего должника о сохранении такого обеспечения. Но в российском праве этот вопрос в полной мере не прояснен.

3.1. Норма п. 3 комментируемой статьи о том, что перевод долга с полным выходом первоначального должника из обязательства прекращает и все обеспечения, предоставленные первоначальным должником в пользу кредитора по этому долгу, не содержит прямого указания на ее диспозитивную или императивную природу. Здесь требуется дифференцированное толкование. Если в соглашении о переводе долга участвуют кредитор и сам изначальный должник, они, безусловно, могут определить судьбу предоставленных им обеспечений так, как посчитают нужным. В то же время если соглашение о переводе долга заключается новым должником и кредитором, оно не может по-иному определить судьбу предоставленных первоначальным должником обеспечений в ущерб интересам первоначального должника как стороны, не участвующей в этом соглашении.

3.2. Судьба обеспечений, предоставленных первоначальным должником, при переводе долга по модели возникновения солидаритета должна определяться так же, как было предложено выше применительно к обеспечениям, предоставленным третьим лицом (п. 2.2 комментария к настоящей статье): такие обеспечения остаются в силе и обеспечивают сохраняющийся долг первоначального должника в рамках солидарного или субсидиарного обязательства. Аналогичный подход в отношении случая с трансформацией долга первоначального должника в субсидиарное обязательство используется в п. 2 ст. III.-5:207 Модельных правил европейского частного права.

Статья 392². Переход долга в силу закона

1. Долг может перейти с должника на другое лицо по основаниям, предусмотренным законом.

2. Для перехода долга в силу закона не требуется согласие кредитора, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства.

Комментарий

1. Тот факт, что долг может перейти к другому лицу в силу закона, очевиден. Это происходит, например, при универсальном правопреемстве в случае наследования или реорганизации юридического лица.

Однако это не предрешает вопрос о судьбе дополнительных прав (прежде всего обеспечительных). Залог сохраняется, ибо основанием прекращения залога является перевод долга по соглашению, а не переход долга в силу закона (ст. 355 ГК РФ). Остается в силе и поручительство (см. комментарий к п. 4 ст. 367 ГК РФ). Независимая гарантия, как неакцессорное обеспечение, также должна сохранять силу. Обратное, видимо, может быть указано в соответствующей обеспечительной сделке.

1.1. Все ли долги могут перейти к новому должнику в силу закона? Комментируемая статья о переходе долга в силу закона не устанавливает в этом отношении каких-либо ограничений. Соответственно логично как минимум презюмировать, что универсальное правопреемство на стороне должника возможно во всех случаях.

В то же время в ряде случаев невозможность перехода долга на основании закона вытекает из тех или иных положений закона. Так, например, в силу п. 1 ст. 418 ГК РФ «обязательство прекращается смертью должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника». Соответственно в таких случаях переход подобного связанного с личностью должника долга в рамках наследственного правопреемства невозможен. Согласно п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 в состав наследства не входят и не переходят к наследникам алиментные обязательства, обязанности, возникшие из договоров безвозмездного пользования (ст. 701 ГК РФ), поручения (п. 1 ст. 977 ГК РФ), комиссии (п. 1 ст. 1002 ГК РФ), агентского договора (ст. 1010 ГК РФ), а также иные обязательства, неразрывно связанные с личностью наследодателя (ст. 1112 ГК РФ).

В то же время последняя судебная практика ВС РФ указывает на то, что долги по обязательствам, тесно связанным с личностью должника, в некоторых случаях

все же переходят в рамках наследственного правопреемства, если они «созрели» к моменту смерти наследодателя и подтверждены судебным решением. Так, например, в Определении КГД ВС РФ от 1 марта 2016 г. № 45-КГ16-1 указывается, что денежное обязательство по уплате алиментов, подтвержденное судебным решением, является денежным долгом, не связанным с личностью, а потому обязанность по его уплате переходит к наследнику должника и последний, при условии принятия им наследства, обязан погасить этот долг в пределах стоимости перешедшего к нему наследственного имущества. Тот же подход, видимо, должен применяться и в случае смерти лица, обязанного по судебному решению возместить вред жизни и здоровью.

В принципе, вероятно, есть все основания для вывода о том, что обязательства по уплате алиментов и возмещению вреда жизни и здоровью переходят к наследникам в пределах переходящего к ним в порядке наследования имущества даже в тех случаях, когда они не подтверждены судебным решением. В противном случае кредиторы по таким обязательствам оказываются в очень незащищенном положении.

1.2. Допустим ли переход долга в силу закона в случаях, когда закон запрещает перевод долга на основании сделки? Ответ на данный вопрос зависит от целей конкретного запрета и существа отношений. Так, например, установленный в п. 7 ст. 448 ГК РФ запрет на перевод долга из договора, заключение которого в силу указания в законе возможно только в результате торгов, очевидно, не распространяется на переход долга в результате реорганизации. Но теоретически можно представить себе ситуацию, когда законодательный запрет на перевод долга не вполне корректно отражает волю законодателя запретить любые формы перехода долга, включая переход долга в силу закона. В подобных случаях соответствующий запрет следует толковать расширительно.

2. Важнейшей особенностью перевода долга в силу закона является отсутствие по общему правилу необходимости получать согласие кредитора, что в целом представляется оправданным.

2.1. Норма п. 2 допускает, что иное может вытекать из закона или существа обязательства. В каких случаях это имеет место?

Например, в силу п. 2 ст. 615 ГК РФ арендатор не вправе передавать свои права и обязанности по договору аренды третьим лицам без согласия арендодателя. Представляется, что из целей указанной нормы и существа отношений следует, что в ряде случаев без согласия арендодателя невозможен и переход к наследникам обязанностей арендатора в случае его смерти, так как личность арендатора может иметь для арендодателя существенное значение. В данной ситуации долг арендатора прекращается на основании п. 1 ст. 418 ГК РФ. При этом одновременно должны прекращаться и права арендатора в силу того, что в рамках договора аренды права и обязанности неразрывно связаны (о неразрывной связи прав и обязанностей арендатора см. п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 января 2005 г. № 90, Постановление Президиума ВАС РФ от 28 февраля 2012 г. № 14850/11). В то же время переход обязанностей из договора аренды в силу реорганизации представляется возможным и без согласия арендодателя.

2.2. Могут ли стороны соглашения, из которого возникает долг, установить, что согласие кредитора будет необходимым условием для эффективной замены

должника, или вовсе запретить такой переход долга даже тогда, когда такая замена должника происходит в силу закона?

Дать универсальный ответ, видимо, весьма проблематично. Ключевое значение имеет то, на каком основании осуществляется переход долга в силу закона. Если, например, речь идет о реорганизации, то вряд ли кредитор может заблокировать переход долга к организации-правопреемнику и оставить его на организации-правопреемнице в силу того, что закон защищает его интересы иным путем (право на досрочное истребование долга), а также потому, что в ряде случаев при реорганизации прежний должник просто прекращает свое существование. Аналогичным образом вряд ли кредитор может заблокировать переход долга к наследнику должника. Оставить долг на изначальном должнике невозможно объективно в силу его смерти, а освободить наследника от долга кредитор может за счет института прощения долга.

В то же время возможны ситуации, когда такое условие договора может быть признано законным. Например, ст. 617 ГК РФ устанавливает правило о переходе прав и обязанностей по ранее заключенным договорам аренды к новому собственнику объекта аренды (так называемый принцип следования). То есть мы имеем дело с переходом обязательств в силу закона. В то же время стороны договора аренды могут договориться о том, что при продаже арендодателем объекта аренды к новому собственнику права и обязанности арендодателя вопреки ст. 617 ГК РФ не переходят или переходят только при согласии арендатора. По сути такое условие свидетельствует о том, что аренда при продаже соответствующего объекта аренды должна прекратиться. Допущение такого условия вполне логично, так как сам принцип следования закреплен в законе в первую очередь в интересах арендатора как кредитора. Если у последнего на самом деле нет такого интереса (так как личность его контрагента, его репутация и способность исполнять свои обязательства по договору имеют для арендатора в данном конкретном случае большое значение), то это и будет отражено в договоре в условии об исключении принципа следования.

Таким образом, логично признать комментируемую норму ограниченно императивной. Применительно к некоторым вариантам девиации от ее содержания норма может быть признана диспозитивной. Вопрос о выведении общих критериев такой дифференциации требует дополнительной проработки.

Статья 392³. Передача договора

В случае одновременной передачи стороной всех прав и обязанностей по договору другому лицу (передача договора) к сделке по передаче соответственно применяются правила об уступке требования и о переводе долга.

Комментарий

(а) Несмотря на то что специальная статья о передаче договора является новеллой российского законодательства, нельзя сказать, что институт замены стороны в договоре ранее был неизвестен ГК РФ. Так, в ст. 615 ГК РФ отдельно упоминается такая правовая ситуация, как полная замена арендатора в договора аренды.

Передача договора предполагает полную замену одного субъекта во всех обязательствах, возникших из договора. Поскольку в данном случае одновременно происходят уступка требований и перевод долга, к соответствующим правам и обязанностям, которые переходят к новой стороне договора, применяются как правила о цессии, так и правила о переводе долга. Открытым оставлен вопрос о том, может ли первоначальная сторона договора в какой-то части продолжать участвовать в договорных обязательствах (например, права перейдут, а в части исполнения обязанностей возникнет солидарная множественность должников, как это предусмотрено п. 3 ст. 391 ГК РФ). В Принципах УНИДРУА этот вопрос решен положительно: контрагент первоначальной стороны может освободить ее от долгов, а может и рассматривать первоначальную сторону как субсидиарного должника на случай неисполнения обязательств новой стороной договора (п. 2 ст. 9.3.5). Общим правилом является солидарность должников в случае передачи договора (п. 3 ст. 9.3.5 Принципов УНИДРУА). В контексте российского права можно сделать вывод, что по общему правилу первоначальный контрагент полностью выбывает из договорных правоотношений, но сторонами может быть выбран или из существа отношений может следовать иной вариант с сохранением некоторой правовой связи с первоначальным контрагентом (например, сохранение на первоначальном должнике долгов по ранее отгруженным партиям товара или ответственность первоначального поставщика за качество ранее отгруженных по договору партий товара).

(б) Для передачи договора требуется соглашение между прежним контрагентом и тем лицом, которое хочет занять его место в контракте. Но так как при передаче договора применяются правила о переводе долга, необходимо и согласие другой стороны договора. Такое согласие может быть и предварительным. В этом случае переход прав и обязанностей стороны по договору происходит в тот момент, когда другая сторона получает уведомление о передаче договора. Это вытекает из применения общих правил о переводе долга (п. 2 ст. 391 ГК РФ). Аналогичные правила содержатся и в Модельных правилах европейского частного права (п. 2 ст. III.-5:302), и в Принципах УНИДРУА (ст. 9.3.4).

(в) Существенные затруднения в практике передачи договоров вызывает вопрос о возмездности соглашения о передаче договора. С одной стороны, новая сторона договора приобретает определенные права. С другой стороны, она же принимает на себя и обязанности. На наш взгляд, не может быть универсального ответа на данный вопрос, а соответствующие споры должны разрешаться исходя из конкретных обстоятельств. Представим себе, что происходит передача договора купли-продажи, по которому уже уплачена авансом половина покупной цены. Здесь новая сторона получает право на приобретение товара в полном объеме, тогда как долговое бремя оплаты уже существенно снижено. Это должно быть учтено судом при оценке возмездности такого соглашения.

(г) Что происходит, если один из компонентов передачи договора (уступка прав или перевод обязанностей) признается недействительным? Остается ли в этом случае в силе другой компонент?

В силу ст. 180 ГК РФ при недействительности части сделки оставшаяся часть сохраняет силу только в том случае, если сделка была бы совершена и без недействительной части. Особенностью передачи договора является именно сочетание перехода прав и обязанностей. Если правопродшественник и правопреемник заинтересованы только в переходе прав или переводе обязанностей, они совершают либо уступку требования, либо перевод долга. Поэтому при недействительности одного из компонентов передачи договора нельзя предположить, что соответствующая сделка была бы совершена и без недействительной части. Это решение находит поддержку и в судебной практике (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 октября 2001 г. № 8414/00). При этом если сами распорядительные волеизъявления, направленные на уступку требования или перевод долга, содержались в соглашении о передаче договора, речь должна идти о том, что недействительность одного из двух указанных элементов соглашения влечет признание недействительным всего соглашения в целом.

(д) Передача договора может быть как полной, так и частичной. Например, можно представить себе передачу арендатором договора аренды третьему лицу за определенный период с сохранением договора в отношении других отрезков времени за изначальным арендатором.

(е) В ряде случаев в силу прямого указания в законе или из существа отношений может следовать, что передача вытекающих из договора прав и обязанностей возможна только в комплексе (в форме полной или частичной передачи договора). Например, судебная практика исходит из того, что арендатор не может передать права из договора аренды без передачи и соответствующих обязанностей, что означает, по сути, допустимость лишь передачи договора аренды, но не сепаратной уступки прав арендатора (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 января 2005 г. № 90, Постановление Президиума ВАС РФ от 28 февраля 2012 г. № 14850/11).

Глава 25. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Статья 393. Обязанность должника возместить убытки

1. Должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства.

Если иное не установлено законом, использование кредитором иных способов защиты нарушенных прав, предусмотренных законом или договором, не лишает его права требовать от должника возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства.

2. Убытки определяются в соответствии с правилами, предусмотренными статьей 15 настоящего Кодекса.

Возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом.

3. Если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, при определении убытков принимаются во внимание цены, существовавшие в том месте, где обязательство должно было быть исполнено, в день добровольного удовлетворения должником требования кредитора, а если требование добровольно удовлетворено не было, — в день предъявления иска. Исходя из обстоятельств, суд может удовлетворить требование о возмещении убытков, принимая во внимание цены, существующие в день вынесения решения.

4. При определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления.

5. Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства.

6. В случае нарушения должником обязательства по воздержанию от совершения определенного действия (негативное обязательство) кредитор независимо от возмещения убытков вправе требовать пресечения соответствующего действия, если это не противоречит существу обязательства. Данное требование может быть предъявлено кредитором и в случае возникновения реальной угрозы нарушения такого обязательства.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи закрепляет общую меру ответственности за нарушение обязательств: должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные нарушением обязательства.

1.1. Основной смысл данного правила заключается в том, что оно позволяет взыскивать убытки не только в тех случаях, когда такая мера защиты предусмотрена законом *expressis verbis* для нарушения конкретного обязательства, но вообще при любом нарушении обязательств, даже если в конкретной ситуации закон прямо не упоминает об этом.

1.2. Важным дополнением к этому тезису является указанная в п. 1 комментируемой статьи возможность кредитора комбинировать возмещение убытков с другими способами защиты своего права. Например, при неисполнении должником обязанности передать индивидуально-определенную вещь в собственность кредитору доступен не только иск об отобрании вещи (ст. 398 ГК РФ), но и требование о возмещении убытков за просрочку. Как указано в этой норме, невозможность такой комбинации может следовать из закона. Вместе с тем данное правило нуждается в ограничительном толковании: в определенных ситуациях иск об убытках может быть несовместим с иными средствами защиты, и тогда невозможность комбинации убытков и иных средств защиты вытекает из существа соответствующих средств защиты. Например, если кредитор требует возмещения убытков, из расчета которых следует, что он утратил интерес к получению реального исполнения («убытки взамен исполнения», рассчитываемые в том числе по правилам ст. 393¹ ГК РФ), его

требование подразумевает прекращение обязательства, а значит, оно, как правило, несовместимо с требованием о понуждении к исполнению обязательства в натуре (п. 2 ст. 396 ГК РФ). Этот принцип прямо закреплен в Модельных правилах европейского частного права, запрещающих сочетать несовместимые между собой средства защиты (ст. III.-3:102). Другой пример: если покупатель заявляет об уменьшении цены в связи с выявленными дефектами в полученном товаре, он не может требовать возмещения убытков в виде расходов, которые ему придется нести для устранения дефектов.

1.3. В российском гражданском праве традиционно проводится разграничение ответственности за неисполнение уже существующих обязательств, с одной стороны, и деликтной ответственности по правилам гл. 59 ГК РФ, возникающей при причинении вреда личности или имуществу лица – с другой. Глава 25 ГК РФ носит название «Ответственность за нарушение обязательств», что предполагает ее применение лишь в случаях нарушения уже существующих обязательств. Вопросам деликтной ответственности посвящена гл. 59 ГК РФ, которая и применяется в случае причинения вреда личности или имуществу пострадавшего. Отличия в регулировании в ряде случаев достаточно существенны. Так, в случае нарушения обязательства коммерсант несет строгую ответственность, не зависящую от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ), в то время как в случае деликта по общему правилу ответственность преимущественно строится на началах вины, независимо от коммерческого или некоммерческого статуса причинителя вреда (п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Однако если гл. 25 ГК РФ была существенно реформирована, то гл. 59 ГК РФ применяется практически в неизменном виде более 20 лет. В связи с этим представляется допустимым по аналогии закона применять отдельные правила гл. 25 ГК РФ при урегулировании споров, связанных с причинением вреда (в первую очередь, правила п. 5 комментируемой статьи о стандарте доказывания размера убытков и об обязанности суда самостоятельно определить справедливую компенсацию в случае недоказанности размера убытков и др.).

В комментируемой статье не получил разрешения важнейший вопрос о конкуренции требования о возмещении убытков за нарушение обязательства и деликтного иска. Проиллюстрируем эту проблему на примере. Представим себе, что собственник передал вещь на хранение. Вещь погибла в результате виновных действий хранителя. Потенциально эта ситуация может быть урегулирована как с точки зрения нарушения договора хранения и применения правил договорной ответственности хранителя, так и по правилам о деликтах, поскольку имущество собственника погибло в результате виновных действий причинителя вреда. Допустим ли выбор потерпевшим любого из этих требований? На первый взгляд, закон не ограничивает возможность выбора способа защиты нарушенных гражданских прав (см. Постановление КС РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П). Вместе с тем нельзя не отметить, что выбор деликтного или договорного иска подчас принципиально влияет на шансы взыскать компенсацию. Вопрос о значении вины выше уже обозначался. Кроме того, ответственность хранителя может быть существенно ограничена договором (например, договор хранения может исключать возмещение упущенной выгоды, а также ответственность за любые нарушения, кроме тех, что допущены вследствие умысла или грубой неосторожности хранителя). Напротив, для возмещения деликтного ущерба достаточно вины в любой форме, и компенсируются любые негативные

имущественные последствия деликта, включая упущенную выгоду. В такой ситуации от выбора иска будет полностью зависеть исход дела.

В правоприменительной практике сложилось довольно четкое мнение о том, что выбор недопустим, и договорный иск должен вытеснять деликтный (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. № 13817/13). Этот подход, несомненно, заслуживает поддержки. В таких ситуациях договорный иск является специальным средством защиты по сравнению с более общим деликтным иском. Договорный иск позволяет учесть все особенности взаимоотношений сторон, включая договорный режим ответственности, который может существенно отличаться от того, который установлен законом в виде общего правила. В ряде подобных случаев на договорный характер иска прямо указывают и соответствующие специальные нормы закона. Так, например, в отношении указанной выше ситуации с договором хранения на то, что ответственность хранителя в случае гибели или порчи вещи опирается на нормы об ответственности за неисполнение обязательства, прямо указывает п. 1 ст. 901 ГК РФ.

В то же время вопрос о разграничении договорной и деликтной ответственности далеко не всегда имеет очевидное решение. Например, в российской правоприменительной практике не сформировалась позиция по поводу того, какая ответственность (договорная или деликтная) должна возникать в случае, если поставленная поставщиком партия скота оказалась зараженной опасным заболеванием и после доставки ее покупателю спровоцировала заражение, за которым последовало вынужденное уничтожение или падеж другого принадлежащего покупателю скота. Существующая судебная практика склоняется к квалификации такого иска скорее в качестве договорного (Определение КЭС ВС РФ от 9 июня 2016 г. № 305-ЭС16-1712).

Спорным является также вопрос о том, является ли договорным иск о возмещении убытков, возникших в связи с причинением побочного вреда имуществу кредитора при исполнении должником своих обязательств по договору (например, в ситуации, когда наземные службы аэропорта при дозаправке самолета заказчика случайно причиняют ему вред). Если договор прямо оговаривает обязанность лица воздерживаться от причинения какого-либо вреда имуществу кредитора при исполнении основных обязательств, видимо, ответственность будет договорной и подчиняться правилам ст. 393, 401 ГК РФ и др. (а следовательно, не зависеть от вины должника-коммерсанта). Если же такого условия в договоре нет, решение становится менее ясным. Ответ на этот вопрос зависит от того, квалифицирует ли законодатель в таких случаях обязанность контрагента воздерживаться от причинения вреда имуществу другой стороны в качестве подразумеваемого договорного обязательства, вытекающего из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ) и являющегося в связи с этим составной частью договорного правоотношения, или он готов вывести эти ситуации за рамки договорного правоотношения и подчинить нормам деликтного права (подробнее см. комментарий к ст. 307 ГК РФ).

1.4. Ответственность за неисполнение обязательства, урегулированная нормами гл. 25 ГК РФ, включая комментируемую статью, не ограничивается ответственностью за нарушение договорных обязательств (договорной ответственностью). Дело в том, что обязательства могут возникать и из множества иных оснований. Применение правил гл. 25 ГК РФ к обязательствам, вытекающим из односторонних сделок (например банковской гарантии), не вызывает особых сомнений. Вопросы

возникают в случае неисполнения обязательств из неосновательного обогащения и деликта.

Прежде всего попробуем разобраться с кондикцией. С одной стороны, из неосновательного обогащения возникает именно обязательство. С другой стороны, правила об обязательствах применяются к кондикционным обязательствам, если иное не следует из закона или существа обязательства (п. 2 ст. 307¹ ГК РФ). Можно ли из существа кондикционных обязательств вывести невозможность взыскания убытков в дополнение к собственно кондикционному требованию, если обогатившееся лицо уклоняется от удовлетворения такого требования? Вряд ли. Видимо, нет оснований блокировать возможность взыскания убытков в случае неправомерного уклонения обогатившегося лица от возмещения неосновательного обогащения. Другой вопрос состоит в том, с какого момента убытки подлежат возмещению. Видимо, речь тут должна идти о моменте, когда обогатившееся лицо узнало или должно было узнать о неосновательности своего обогащения и получило требование о его возврате. Но этот вопрос в российском праве не изучен.

Что касается деликтного обязательства, то убытки, возникающие в связи с отказом от добровольного удовлетворения требования потерпевшего, видимо, должны включаться в объем самой деликтной ответственности. Тот факт, что делинквент не возмещает вред, причиненный личности или имуществу потерпевшего, просто увеличивает сам объем этого вреда на соответствующую величину. Это может иметь определенное значение, так как основания взыскания убытков по правилам гл. 25 и 59 ГК РФ различаются (в частности в вопросе значения вины). Хотя следует признать, что вопрос этот плохо разработан в российском праве.

Наконец, в силу применения правил об обязательствах к требованию о реституции и требованиям, вытекающим из корпоративных отношений (п. 3 ст. 307¹ ГК РФ), видимо, можно говорить о допустимости взыскания убытков, возникших в связи с уклонением стороны от осуществления присужденной судом реституции, а также убытков, возникших у кредитора по имущественному требованию, вытекающему из корпоративных отношений (например, о выплате дивидендов или действительной стоимости доли при выходе участника из общества с ограниченной ответственностью). Но судебной практики высших судов по этим вопросам на данный момент нет.

В то же время вряд ли логично допускать взыскание убытков за неудовлетворение требования о возмещении убытков или об уплате неустойки, подлежащих возмещению или уплате за нарушение какого-либо ранее существовавшего обязательства. Такие охранительные обязательства, производные от нарушения основного обязательства, также являются гражданско-правовыми обязательствами. Однако применение правил об ответственности в случае неисполнения таких обязательств создает опасность «дурной бесконечности» (бесконечного нагромождения одной меры ответственности на другую и мультипликации объема ответственности до бесконечности), что абсолютно нецелесообразно.

1.5. Следует иметь в виду, что ответственность, вытекающая из договора, не совпадает в полной мере с институтом ответственности за неисполнение обязательства еще и по иной причине. Дело в том, что в ряде случаев из закона или договора вытекает обязательство по возмещению убытков за нарушение тех или иных гарантий в отношении предоставления, которое осуществляется на основе договора, но не в рамках исполнения обязательства. Например, при уступке права, совершаемой в сам момент

заключения договора об уступке, нет обязательства что-либо сделать в будущем, и сам договор содержит в себе распорядительную сделку, и тем не менее цент несет ответственность согласно ст. 390 ГК РФ за те или иные юридические пороки в уступленном требовании. Другой пример: у должника нет обязательства передать отступное (см. комментарий к ст. 409 ГК РФ), но ответственность за дефекты в предоставленном имуществе должник нести все же должен. Подробнее см. комментарии к ст. 390, а также к ст. 307 ГК РФ о природе договорных гарантий. Кроме того, согласно ст. 431² ГК РФ может наступать ответственность за недостоверность включенных в договор заверений в отношении тех или иных обстоятельств (например, относительно самого контрагента, действительности договора и т.п.). Такая ответственность также будет в рассматриваемой ситуации опираться на соглашение сторон (т.е. договор), но формально она не является ответственностью за неисполнение обязательства. Думается, не вполне логично применять к такой ответственности правила ГК РФ о деликте. Более приемлемым решением будет применение к таким случаям ответственности правил комментируемой статьи и иных правил гл. 25 ГК РФ (например п. 5 ст. 393).

2. В п. 2 комментируемой статьи указано, что расчет убытков осуществляется по правилам ст. 15 ГК РФ, и раскрыт традиционный для договорного права принцип полного возмещения убытков.

2.1. Отсылка к ст. 15 ГК РФ означает, что по общему правилу кредитор может требовать от должника, нарушившего обязательство, возмещения реального ущерба («расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права», а также «утрата или повреждение его имущества») и упущенной выгоды («неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено»).

2.2. Как мы видим, российский закон вслед за многими зарубежными законодательствами допускает взыскание в качестве реального ущерба не только уже понесенных расходов, но и тех расходов, которые кредитор должен будет понести для восстановления своего права. О возможности взыскать заранее будущие неизбежные расходы говорят и международные источники унификации частного права (п. 2 ст. III.-3:701 Модельных правил европейского частного права).

2.3. При этом российский законодатель, конкретизируя действие этих общих правил о возмещении убытков, закрепил в редакции, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., тот основной интерес, который должен обеспечиваться за счет возмещения реального ущерба и упущенной выгоды: в п. 2 комментируемой статьи зафиксирован принцип защиты так называемого позитивного интереса: компенсация рассчитывается таким образом, чтобы кредитор оказался в том же положении, в котором он находился бы в случае надлежащего исполнения обязательства. Этот подход наиболее полно защищает ожидания кредитора (возникшие на основании договора или иного основания, продуцирующего обязательство) и означает, что кредитор должен получить не меньше, чем нужно для восстановления его имущественного положения. Так, например, если кредитор в ответ на нарушение расторгает договор, он вправе взыскать с должника денежный суррогат обещанного, но так и не предоставленного исполнения. Похожую формулировку см. в ст. III.-3:702 Модельных правил европейского частного права.

Из этого же принципа следует, что кредитор должен получить не больше того, что необходимо для защиты его позитивного интереса во избежание возникновения у кредитора неосновательного обогащения. В этом проявляется сугубо компенсационная природа возмещения убытков как меры ответственности.

Так, например, при расчете убытков следует учитывать как все потери и ожидаемые выгоды кредитора, так и то, что кредитор сэкономил в связи с тем, что исполнение не состоялось (см. п. 1 ст. 7.4.2 Принципов УНИДРУА). Например, кредитору вовремя не поставили металл, из которого он изготавливает металлоконструкции. В связи с этим кредитор оказался не в состоянии поставить готовую продукцию своим покупателям. Упущенная выгода в таком случае будет рассчитываться по формуле «цена неисполненных контрактов на поставку готовой продукции за вычетом расходов кредитора на производство этой продукции» (см. Определение КЭС ВС РФ от 24 февраля 2016 г. № 305-ЭС15-9673). Соответственно, при взыскании убытков взамен исполнения при расторжении нарушенного договора денежный суррогат неполученного исполнения должен дисконтироваться на экономию кредитора на расходах.

2.4. Но иногда право вынуждено отступать от этого принципа строгой компенсационности и допускать в порядке исключения ситуации, когда в результате возмещения убытков кредитор окажется в положении лучше, чем если бы договор был надлежащим образом исполнен. Так, в п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 разъяснено: «Если для устранения повреждений имущества истца использовались или будут использованы новые материалы, то за исключением случаев, установленных законом или договором, расходы на такое устранение включаются в состав реального ущерба истца полностью, несмотря на то, что стоимость имущества увеличилась или может увеличиться по сравнению с его стоимостью до повреждения. Размер подлежащего выплате возмещения может быть уменьшен, если ответчиком будет доказано или из обстоятельств дела следует с очевидностью, что существует иной более разумный и распространенный в обороте способ исправления таких повреждений подобного имущества». Речь идет об известной проблеме, когда у пострадавшего (кредитора) нет возможности восстановить свое положение в точно таком же состоянии, в котором он находился бы в отсутствие нарушения, и соответствующие меры по восстановлению приводят к тому, что положение кредитора даже несколько улучшается. Обычно это бывает при замене поврежденных старых деталей на новые. Если кредитор в такой ситуации взыщет с нарушителя все свои расходы, то в итоге он за счет нарушителя обновит свое оборудование и окажется в положении, лучше чем то, в котором он бы находился, если бы договор был исполнен надлежащим образом. Как мы видим, суд признал это по общему правилу допустимым.

2.5. Немалую сложность при расчете размера компенсации представляет вопрос о том, подлежат ли учету выгоды, которые кредитор мог получить в результате нарушения договора. Например, поставщик попал в просрочку, покупатель отказался от договора и предъявил поставщику к взысканию убытки, вызванные простоем судна, ожидавшего отгрузки данного груза. Может ли поставщик выдвинуть по такому иску возражение о том, что в результате резкого падения цен на данный товар на рынке покупатель после расторжения договора имеет возможность купить или уже купил аналогичный товар значительно дешевле, тем самым получив выгоду

от срыва нарушенного договора? Пока ни российское позитивное право, ни правоприменительная практика однозначного ответа на этот вопрос не дают. Один из вариантов решения мог бы заключаться в том, что всякие случайные выгоды кредитора, не связанные с поведением сторон нарушенного обязательства, не должны учитываться, поскольку они лежат за пределами нарушенного обязательственного правоотношения. К тому же, если выбирать, кому следует предоставить возможность воспользоваться случайными выгодами после нарушения обязательства, то интересы должника, нарушившего обязательство, выглядят менее заслуживающими защиты, чем интересы кредитора, который оказался в таком положении в связи с неисправностью должника. При ином решении должник мог бы извлечь выгоду из своего неправомерного поведения, что противоречит п. 4 ст. 1 ГК РФ. Во всяком случае, логичным представляется не учитывать какие-либо случайные выгоды кредитора при умышленном нарушении должника.

2.6. Из прямого указания в п. 1 ст. 15, а также ст. 400 ГК РФ следует, что закон или договор могут предусматривать, что убытки взыскиваются в меньшем размере. Что касается закона, встречаются случаи, когда Кодекс в качестве последствий нарушения обязательства предусматривает лишь возмещение реального ущерба (например, п. 1 ст. 547, ст. 692 ГК РФ). Закон может также ограничивать ответственность посредством установления исключительной законной неустойки и верхнего предела возмещения убытков.

Более сложный вопрос возникает с установлением меньшего объема ответственности в договоре. Подобное проявление свободы договора нашим правом допускается (п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7), но при этом такая свобода договора ограничена в случаях, указанных в п. 2 ст. 400 и в п. 4 ст. 401 ГК РФ, а также может быть ограничена действием общих правил о блокировании несправедливых условий договора (ст. 10, 169 и 428 ГК РФ).

Подробнее об ограничении объема ответственности см. комментарии к ст. 400 и п. 4 ст. 401 ГК РФ.

2.7. Взысканию подлежат только те убытки, которые находятся в причинно-следственной связи с нарушением обязательства. Для того чтобы доказать наличие такой связи, кредитор должен подтвердить следующее.

(а) *Имеется объективная (фактическая) причинно-следственная связь между нарушением и убытками.* Кредитор должен доказать, что его убытки есть объективное следствие произошедшего нарушения, и если бы нарушение не произошло, эти убытки не возникли бы. На этом этапе кредитор может столкнуться с рядом сложностей. Нередко доказать с абсолютной достоверностью наличие такой причинно-следственной связи бывает затруднительно (особенно в случае с упущенной выгодой). Крайне сложно доказать наличие причинной связи между нарушением денежного обязательства и какими-либо убытками кредитора (см., например, Определение КЭС ВС РФ от 15 декабря 2015 г. № 309-ЭС15-10298).

В связи с этим следует отметить позицию ВС РФ, который зафиксировал крайне важный принцип: причинно-следственная связь должна быть доказана *с разумной степенью достоверности* (п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Под разумной степенью достоверности следует понимать характерный для гражданских споров стандарт доказывания «баланс вероятностей». Иначе говоря, для того чтобы доказать наличие причинной связи, истцу достаточно убедить суд

в том, что наличие причинной связи между нарушением и убытками более вероятно, чем ее отсутствие.

В частности, при доказывании упущенной выгоды вероятностный характер расчета сам по себе не является основанием для отказа в иске (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Если вероятность получения соответствующей выгоды превышает вероятность ее неполучения, с точки зрения стандарта доказывания «баланс вероятностей» причинно-следственная связь должна считаться доказанной.

При этом ВС РФ закрепил в п. 5 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 крайне важное разъяснение, которое призвано упростить доказывание причинно-следственной связи. ВС РФ указал: «При установлении причинной связи между нарушением обязательства и убытками необходимо учитывать, в частности, то, к каким последствиям в обычных условиях гражданского оборота могло привести подобное нарушение. Если возникновение убытков, возмещения которых требует кредитор, является обычным последствием допущенного должником нарушения обязательства, то наличие причинной связи между нарушением и доказанными кредитором убытками предполагается. Должник, опровергающий доводы кредитора относительно причинной связи между своим поведением и убытками кредитора, не лишен возможности представить доказательства существования иной причины возникновения этих убытков». Ранее такой подход встречался в практике Президиума ВАС РФ (Постановление от 26 марта 2013 г. № 15078/12). Иначе говоря, если доказанные кредитором убытки являются нормальным, привычным для оборота и в целом предвидимым на момент нарушения договора последствием такого нарушения, то наличие причинно-следственной связи следует презюмировать, и уже должник вынужден доказывать, что указанные убытки возникли у кредитора по какой-то иной причине.

Эти разъяснения значительно упрощают доказывание объективной причинно-следственной связи. В связи с этим решения, в которых суд удовлетворяет иск о взыскании убытков, в последнее время стали выноситься чаще (см., например, Определение КГД ВС РФ от 12 января 2016 г. № 24-КГ15-12, определения КЭС ВС РФ от 7 декабря 2015 г. № 305-ЭС15-4533, от 9 июня 2016 г. № 305-ЭС16-1712).

(б) *Объективная причинно-следственная связь должна быть юридически значимой.* А именно, с точки зрения суда, необходимо удостовериться в том, что справедливо и целесообразно взыскать убытки, которые находятся в объективной причинно-следственной связи с нарушением обязательства. Любое нарушение договора и в целом любое действие лица влечет за собой сколь угодно длинные причинно-следственные цепочки. Например, сбой в работе поставленного на автомобильный завод оборудования может привести к простою сборочного конвейера и упущенной выгоде завода; штрафам, наложенным покупателями на завод в связи с неспособностью вовремя отгрузить автомобили; включению завода в черный список поставщиков и упущенной выгоде от невозможности сбыта своей продукции, подрыву репутации завода и упущенной выгоде от падения продаж и т.п. Даже самые отдаленные негативные последствия нарушения объективно могли бы не возникнуть, не будь договор нарушен. Но означает ли это, что все такие убытки кредитор вправе взыскать с должника? Очевидно, что должен быть установлен какой-либо предел. Соответственно, для взыскания убытков имеет значение, находятся ли они не только в объективной, но и в юридически значимой причинной связи с нарушением.

Последнее означает, что существует какой-то предел несения нарушителем риска убытков, возникающих у кредитора в связи с нарушением.

К сожалению, в российском праве до сих пор ясной доктрины на сей счет не сложилось. В некоторых странах для отсечения слишком отдаленных убытков учитывается предвидимость убытков на момент заключения договора. Этот критерий закреплен и в международных актах унификации частного права (ст. 7.4.4 Принципов УНИДРУА, ст. III.-3:703 Модельных правил европейского частного права, ст. 74 Венской конвенции 1980 г.). Те убытки, возникновение которых в результате возможного нарушения должник не мог разумно ожидать *в момент заключения договора*, не подлежат взысканию (в некоторых правовых источниках этот критерий ограничения ответственности не действует при наличии умысла или грубой неосторожности должника).

В качестве альтернативной модели ограничения объема взыскиваемых убытков в некоторых правовых порядках используется доктрина адекватной причинности, которая также ориентируется на то, какие убытки могут считаться естественным и прогнозируемым последствием нарушения, но оценивает эту прогнозируемость и обычность не на момент заключения договора, а на момент его нарушения. Необычные и непредвидимые на момент нарушения убытки, таким образом, возмещению не подлежат, даже если они находятся в объективной причинно-следственной связи с нарушением.

У каждой из этих моделей имеются свои преимущества и недостатки. Пока нет признаков того, что российское право выбрало какой-то из этих вариантов решения проблемы. До тех пор пока ясность в данном вопросе не наступила, при проведении черты, за которой возникающие убытки являются слишком отдаленными и не подлежат возмещению, судам придется полагаться на свое ощущение справедливости и здравого смысла. Возможно, всерьез задуматься над отсечением слишком отдаленных убытков в российском праве предстоит тогда, когда в судах сложится развитая практика взыскания убытков.

2.8. В силу абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ кредитор по обязательству вправе требовать от должника вместо возмещения упущенной выгоды передачи всех доходов, которые должник извлек из факта нарушения договора. Это средство защиты (англ. — *disgorgement of profits*) по своей природе не является разновидностью убытков, а представляет собой санкцию особого рода, в некотором смысле близкую режиму неосновательного обогащения, и вытекает из общего принципа недопустимости извлечения выгоды из своего неправомерного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ). Так, например, если продавец, обещавший передать недвижимость покупателю, продает ее третьему лицу по более высокой цене, покупатель, пострадавший от нарушения, вправе взыскать с продавца разницу в ценах (т.е. всю выгоду, которую продавец извлек в результате циничного нарушения своих обязательств). Таким образом, если упущенная выгода кредитора меньше, чем доходы должника, кредитор может выбрать в качестве средства защиты взыскание доказанных доходов нарушителя и тем самым получить больше, чем сумма его фактической упущенной выгоды. Если же упущенная кредитором выгода выше, чем доход должника, кредитору есть смысл выбрать в качестве средства защиты именно взыскание упущенной выгоды. Иначе говоря, кредитор не может взыскать с должника свою упущенную выгоду кумулятивно с истребованием с должника его дохода: кредитор должен выбирать.

Другой пример: кредитор по денежному обязательству может потребовать от должника возмещения извлеченной из факта просрочки в оплате выгоды в виде экономии на процентах, определяемой как разница между процентами по ст. 395 ГК РФ или договорными пенями, которые подлежат начислению на должника в связи с просрочкой, и средними по рынку ставками процента по краткосрочным кредитам той же степени обеспеченности, что и нарушенное обязательство. Подробнее см. комментарий к ст. 395 ГК РФ.

Взыскание дохода нарушителя не исключает право кредитора требовать возмещения должником реального ущерба. Эти меры вполне могут сочетаться, на что прямо указывает норма абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ.

3. Пункт 3 комментируемой статьи позволяет учесть изменения в конъюнктуре цен при нарушении обязательства. В частности, если в результате просрочки должника у кредитора возникла необходимость произвести определенные расходы, направленные на восстановление нарушенного права (приобрести товары, заказать услуги или работы), то в целях полного возмещения убытков суд будет учитывать те цены на товары, работы и услуги, которые будут наиболее релевантны с учетом даты вынесения судебного акта о присуждении убытков (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июля 2012 г. № 3627/12). Это в некоторых случаях дает возможность взыскать инфляционные потери кредитора от нарушения обязательства: если на момент вынесения судебного акта в силу инфляционных процессов кредитору нужно больше денег для восстановления его нарушенного положения, чем на момент нарушения, то комментируемая норма дает потерпевшему возможность учесть эту инфляционную составляющую при взыскании убытков.

Равным образом п. 3 ст. 393 ГК РФ ориентирует суды на необходимость учета цен сообразно месту исполнения обязательства. Это также важный параметр, поскольку очевидно, что цена на товары, работы и услуги, например в Москве, существенно отличается от сопоставимых аналогов в небольших городах.

При применении комментируемой нормы следует обратить внимание на ее диспозитивный характер. Соответственно, в договоре стороны могут предусмотреть иную методику расчета убытков, например, зафиксировать привязку цен к тому моменту, когда обязательство должно быть исполнено (в независимости от даты фактического исполнения).

4. Пункт 4 комментируемой статьи требует при взыскании упущенной выгоды учитывать меры, предпринятые кредитором для получения данной выгоды, и сделанные с этой целью приготовления. Основываясь на этом, суды зачастую требовали от кредитора, например, доказательств заключения договоров, направленных на получение искомой упущенной выгоды. Если кредитор такие конкретные меры не предпринимал, его шансы на взыскание упущенной выгоды были ничтожно малы.

Стремясь к корректировке этого подхода, ВС РФ подал важный сигнал, направленный на либерализацию практики по взысканию упущенной выгоды. Суд указал, что в обоснование размера упущенной выгоды кредитор вправе представлять не только доказательства принятия мер и приготовлений для ее получения, но и любые другие доказательства возможности ее извлечения. В частности, по мнению Суда, при доказывании упущенной выгоды кредитор может представлять и иные

доказательства, например, данные о прибыли истца за аналогичный период времени до нарушения ответчиком обязательства и (или) после того, как это нарушение было прекращено (п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Иными словами, ВС РФ позволяет использовать при доказывании размера упущенной выгоды не только конкретные меры и приготовления, предпринятые для ее получения, но и абстрактные данные об обычной прибыли, которую получает истец в условиях, когда аналогичные обязательства исполняются надлежащим образом. Однако и должнику предоставляется возможность доказывать, что в данной конкретной ситуации обычная прибыль не была бы получена кредитором даже в том случае, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом (п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

5. Пункт 5 комментируемой статьи устанавливает принципиально важный стандарт доказывания в спорах о возмещении убытков: их размер должен быть доказан с разумной степенью достоверности. Это предполагает отход от господствовавшего долгие годы подхода, согласно которому убытки должны быть доказаны практически с абсолютной степенью достоверности.

5.1. Разумная степень достоверности предполагает, что размер убытков доказан в том случае, когда истец продемонстрировал суду, что данные убытки с вероятностью более 50% возникли, нежели наоборот. Соответственно, от кредитора не требуется доказывать свои убытки «до копейки», убедительного, но приблизительного расчета достаточно. В частности, как верно отмечено в п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, приблизительный расчет упущенной выгоды сам по себе не может служить основанием к отказу в иске.

5.2. Однако на этом законодатель не останавливается и вводит еще одно, возможно, даже более важное правило: истцу не может быть отказано в компенсации убытков и в тех случаях, когда он не смог доказать размер своих убытков с разумной степенью достоверности. В такой ситуации суд сам должен определить адекватный размер компенсации с учетом всех обстоятельств дела и принципов разумности и справедливости. Это правило также заимствовано из международных источников (п. 3 ст. 7.4.3 Принципов УНИДРУА) и представляет собой резервную норму, которая должна применяться судом, чтобы не оставить вообще без компенсации потерпевшего, столкнувшегося со сложностями в доказывании убытков даже с учетом разумного стандарта доказывания. По сути, это правило означает, что в случае, если истец не представил доказательств, обосновывающих размер своих убытков с разумной степенью достоверности, суд должен сам осуществить расчет тех убытков, которые, вероятнее всего, кредитор понес, и присудить в пользу кредитора такую сумму.

При этом важно подчеркнуть, что в силу принципа состязательности суд на основании п. 5 ст. 393 ГК РФ переходит к обсуждению примерных убытков только в том случае, если расчеты убытков, представленные истцом, не соответствуют стандарту разумной достоверности. В силу общих принципов процессуального права отказ суда в признании доказательств истца должен быть мотивирован. Если доказательства истца недостаточно убедительны, суд может перейти к определению гипотетического размера убытков. И в этом случае дискреция суда превалирует над состязательностью.

Эта идея закрепились в российской правоприменительной практике незадолго до ее воплощения в ГК РФ (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 6 сентября 2011 г. № 2929/11). Теперь она неоднократно подтверждена разъяснениями ВС РФ (п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25) и уже активно применяется при разрешении споров о взыскании убытков (см., например, Определение КЭС ВС РФ от 3 марта 2016 г. № 309-ЭС15-13936).

В то же время данное правило может применяться только при наличии двух условий.

Во-первых, истец, рассчитывающий на применение п. 5 комментируемой статьи, должен представить доказательства, которые подтверждают, что убытки того или иного типа у него действительно возникли, а неопределенность затрагивает только вопрос о размере таких убытков.

Во-вторых, переложить на суд бремя осуществления гипотетического расчета может только тот истец, который добросовестно пытался доказать свои убытки, но столкнулся с некими объективными сложностями. Если кредитор откровенно пренебрег своим бременем доказывания, то положения п. 5 комментируемой статьи не должны применяться. В судебном решении отказ в применении нормы п. 5 ст. 393 ГК РФ по этому основанию должен быть мотивирован ссылкой на недобросовестность истца.

Когда указанные условия выполнены (наличие самого факта возникновения убытков доказано, и при этом кредитор предпринял разумные усилия по доказыванию размера убытков), но, по мнению суда, стандарт доказывания не соблюден, бремя осуществления гипотетического расчета переходит на судью, который в этих целях может инициировать проведение соответствующей экспертизы или опереться на те или иные средние величины (рыночные цены, обычные ставки процента и т.п.). Если должник не желает подобного развития событий, он должен проявить доказательственную активность и представить свои доказательства в отношении расчета возможных убытков кредитора.

При этом следует обратить внимание на один важный практический побочный эффект установления данного правила. Применение этого правила *de facto* постепенно стимулирует суды снижать неоправданно высокий стандарт доказывания, который они ранее часто предъявляли по делам о взыскании убытков, и приближает его к искомому разумному стандарту доказывания «баланс вероятностей». Это еще больше увеличивает значение активной позиции ответчика по таким делам. Если ранее в условиях завышенного стандарта доказывания ответчики были, как правило, уверены в том, что суд отвергнет расчет истца за недоказанностью и нередко вели себя крайне пассивно, то в новых условиях такая пассивность ответчика может стоить ему очень дорого.

5.3. Допустимость присуждения компенсации даже в тех случаях, когда размер убытков не доказан с разумной степенью достоверности, создает ранее неизвестную нашему праву возможность взыскания убытков от потери благоприятной возможности (шанса). Такая компенсация признается в целом ряде авторитетных правовых источников (см., например, п. 2 ст. 7.4.3 Принципов УНИДРУА, согласно которому «компенсация может подлежать утрата благоприятной возможности (шанса) пропорционально вероятности ее возникновения»). Данная ситуация характеризуется

следующими особенностями: 1) потери кредитора заключаются в том, что вследствие нарушения должника кредитор лишился шанса получить выгоду; 2) получение выгоды зависело не от должника, а от третьих лиц; 3) в отличие от обычных убытков в виде упущенной выгоды, вероятность реализации шанса составляла менее 50% (например, у кредитора был один шанс из пяти, т.е. вероятность – 20%); 4) размер компенсации определяется пропорционально шансу (если выгода от реализации шанса 100%, а у кредитора шанс в 20%, то компенсация составляет 20% от ожидаемой выгоды). Проиллюстрируем это на примере. Должник обязан изготовить для кредитора проектную документацию, которую кредитор намерен представить для участия в закрытом конкурсе. На основе статистики участия этого кредитора в подобных конкурсах можно определить, что шанс кредитора на то, что конкурсная комиссия выберет именно его проект, примерно равен 25%. Должник допускает просрочку в предоставлении проектной документации, в результате чего кредитор не принимает участия в торгах и лишается шанса заключить выгодный контракт. В данной ситуации убытки в виде утраты шанса налицо, однако кредитор не в состоянии доказать их размер даже с разумной степенью достоверности, поскольку невозможно определенно утверждать, что он непременно выиграл бы конкурс. В таком случае, руководствуясь п. 5 ст. 393 ГК РФ, суд должен самостоятельно определить размер компенсации, которую он считает справедливой и соответствующей последствиям нарушения. Одним из критериев определения соразмерной компенсации как раз и может послужить известный в международной практике процент вероятности реализации шанса. Так, например, если прибыль от реализации контракта в случае выигрыша конкурса могла составить 100 млн руб., с учетом 25% вероятности победы кредитора на конкурсе ему подлежит к выплате 25 млн руб.

6. В завершающей части комментируемой статьи законодатель уделяет внимание не столь часто встречающимся в нашем праве негативным обязательствам (обязательствам *non facere*). Подробнее о негативных обязательствах (не конкурировать, не разглашать конфиденциальную информацию и т.п.) см. комментарий к п. 1 ст. 307 ГК РФ.

Согласно данной норме кредитор вправе требовать пресечения совершения действий в нарушение негативного обязательства. По сути, эта норма находится не совсем на своем месте; было бы логичнее, если бы она была помещена в ст. 308³ ГК РФ или следовала прямо за ней, так как иск о пресечении действий, нарушающих негативное обязательство, есть аналог иска об исполнении позитивного обязательства в натуре.

Поскольку основной интерес кредитора состоит в недопущении определенного активного поведения должника, нарушением таких обязательств, дающим право на иск, будет не только совершение запрещенных обязательством активных действий, но и угроза совершения таких действий (например, в ситуациях, когда кредитору становится известно о приготовлениях должника к совершению таких действий).

При этом очевидно, что такой иск может быть заблокирован в силу закона (исходя из принципа *lex specialis*), договора (с учетом общей презумпции диспозитивности норм обязательственного права, а также применения по аналогии п. 1 ст. 308³ ГК РФ, в котором прямо указано на такую возможность в отношении исков об исполнении

в натуре) или существа обязательства (на это имеется прямое указание в комментируемой норме). В частности, если природа негативного обязательства предполагает бессмысленность запрета на совершение определенных действий после того, как негативное обязательство было нарушено (например, если должник в нарушение своего обязательства не разглашать ту или иную информацию опубликовал ее в СМИ), такой иск подлежит отклонению.

6.1. Пункт 6 комментируемой статьи представляет собой наглядный пример комбинации сочетаемых между собой средств защиты от нарушения обязательства (см. комментарий к п. 1 настоящей статьи): иск о пресечении действий, нарушающих негативное обязательство или создающих реальную угрозу его нарушения, в силу прямого указания закона может сопровождаться иском об убытках, вызванных самим фактом нарушения такого обязательства.

6.2. Представляется, что такой иск может быть подан и тогда, когда должник формально нарушает позитивное обязательство (или возникает реальная угроза его нарушения) путем совершения действий, недопустимость которых следует из содержания позитивного обязательства. Например, если продавец, обещавший некую вещь покупателю, начинает предпринимать действия по ее продаже третьему лицу, формально нет нарушения негативного обязательства, но такая обязанность воздержаться от отчуждения обещанной покупателю вещи третьему лицу следует из обязательства продавца. Соответственно, покупатель может воспользоваться иском о пресечении.

6.3. Исполнение решения суда о пресечении соответствующих действий, нарушающих негативное обязательство, осуществляется за счет угрозы применения к должнику уголовной (ст. 315 УК РФ) или административной (например ст. 119 АПК РФ) ответственности за игнорирование судебного решения, а также посредством применения к ответчику астрента (судебной неустойки) по правилам п. 1 ст. 308³ ГК РФ (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Статья 393¹. Возмещение убытков при прекращении договора

1. В случае, если неисполнение или ненадлежащее исполнение должником договора повлекло его досрочное прекращение и кредитор заключил взамен его аналогичный договор, кредитор вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и ценой на сопоставимые товары, работы или услуги по условиям договора, заключенного взамен прекращенного договора.

2. Если кредитор не заключил аналогичный договор взамен прекращенного договора (пункт 1 настоящей статьи), но в отношении предусмотренного прекращенным договором исполнения имеется текущая цена на сопоставимые товары, работы или услуги, кредитор вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и текущей ценой.

Текущей ценой признается цена, взимаемая в момент прекращения договора за сопоставимые товары, работы или услуги в месте, где должен был быть исполнен договор, а при отсутствии текущей цены в указанном месте — цена, которая применялась в другом месте и может служить разумной заменой с учетом транспортных и иных дополнительных расходов.

3. Удовлетворение требований, предусмотренных пунктами 1 и 2 настоящей статьи, не освобождает сторону, не исполнившую обязательства или ненадлежаще его исполнившую, от возмещения иных убытков, причиненных другой стороне.

Комментарий

1. Статья 393¹ ГК РФ закрепляет два широко известных в международной практике метода расчета убытков при прекращении договора в ответ на нарушение договора: конкретный (исходя из разницы в цене прекращенного нарушенного договора и определенной заменяющей его сделки) и абстрактный (исходя из разницы между ценой прекращенного нарушенного договора и средней рыночной ценой на аналогичный товар, работу, услугу). Их нельзя назвать полноценными новеллами нашего гражданского законодательства, поскольку практически дословно совпадающие правила можно обнаружить в нормах о договоре поставки (ст. 524 ГК РФ).

В доктрине и правоприменительной практике неоднократно отмечалось, что конкретный и абстрактный методы расчета убытков имеют универсальное значение и применимы не только в отношениях поставки (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 21 января 2014 г. № 13517/13). Так, арендатор, которому арендодатель долгое время не передает во владение и пользование арендованное имущество, может расторгнуть договор аренды и взыскать с арендодателя убытки в виде ценовой разницы между прекращенным договором и новым договором аренды аналогичного имущества. Соответственно, суды неоднократно применяли ст. 524 ГК РФ к иным договорным отношениям по аналогии закона, что само по себе означало наличие пробела в законе. С принятием ст. 393¹ ГК РФ этот пробел был ликвидирован и допустимость применения конкретного и абстрактного методов расчета убытков при расторжении нарушенного договора признана в качестве общего правила.

1.1. Взыскание таких убытков согласно буквальному смыслу комментируемой статьи возможно только в случае, если договор прекращается в связи с его неисполнением или ненадлежащим исполнением. По сути, положения ст. 393¹ ГК РФ конкретизируют положения п. 5 ст. 453 ГК РФ, предусматривающие право кредитора требовать взыскания убытков, вызванных расторжением договора в связи с существенным нарушением. Соответственно, если договор прекращается не в ответ на нарушение, а по иным основаниям (например, немотивированный отказ от договора бессрочной аренды по ст. 610 ГК РФ, расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств по ст. 451 ГК РФ), взыскание указанных в данной статье убытков невозможно. Форма прекращения договора значения не имеет (односторонний отказ от договора, расторжение договора в судебном порядке, автоматическое расторжение договора в случае нарушения договора).

1.2. Из того, что оба способа расчета убытков можно использовать лишь при расторжении нарушенного договора, не следует, что кредитор обязательно должен вначале расторгнуть договор и только потом требовать возмещения таких убытков. Кредитор вполне может осуществлять две эти меры одновременно. Во-первых, он вправе обратиться в суд с одним иском о расторжении нарушенного договора и взыскании таких убытков. Во-вторых, при наличии у кредитора права на од-

носторонний отказ от договора сам факт предъявления требования (как в виде досудебной претензии, так и в форме иска) о взыскании убытков в виде конкретной ценовой разницы или абстрактных убытков имплицитно содержит в себе волеизъявление на отказ от договора. Выставляя должнику требование о возмещении таких убытков, кредитор четко демонстрирует, что нарушенный договор более не представляет для него интереса (см. комментарии к п. 2 ст. 405 ГК РФ и п. 2 ст. 396 ГК РФ). Соответственно, даже при отсутствии формализованного отказа кредитора от нарушенного договора у судов есть основания удовлетворять требования о взыскании таких убытков.

1.3. Непосредственно в п. 1 комментируемой статьи закреплен метод расчета убытков в виде конкретной ценовой разницы. Для его применения необходимо соблюдение ряда условий.

Во-первых, нужно доказать заключение кредитором именно *замещающей* сделки. Таковой может считаться заключенная кредитором в разумный срок сделка, предметом которой является аналогичное (сопоставимое) исполнение. Если заказчик вместо расторгнутого договора строительного подряда заключил новый договор с иным подрядчиком на выполнение аналогичных строительных работ, это замещающая сделка. Если же заказчик вообще передумал заниматься строительством объекта и купил готовое здание, такая сделка не является замещающей. Это не лишает заказчика права требовать возмещения убытков, однако доказывать такие убытки заказчик будет не по правилам п. 1 ст. 393¹ ГК РФ (т.е. в упрощенном порядке), а по общим правилам ст. 15 и 393 ГК РФ.

Во-вторых, условия замещающей сделки должны быть разумными. Несмотря на то что это прямо не упоминается в п. 1 комментируемой статьи, данный критерий закреплен в ст. 524 ГК РФ, послужившей прообразом для комментируемой статьи, а также в целом ряде международных источников (см. ст. III.-3:706 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.4.5 Принципов УНИДРУА, ст. 75 Венской конвенции 1980 г.). Но главное состоит в том, что закон признает обязанность кредитора принять *разумные* меры по уменьшению убытков (п. 1 ст. 404 ГК РФ). Заключение замещающей сделки на разумных условиях как раз и является частным проявлением данной обязанности. Разумность означает, что условия замещающей сделки могут отличаться от среднерыночных, однако не слишком значительно. Так, не вызывает сомнений, что суд компенсирует кредитору разницу в цене, которая на 5–10% отличается от среднерыночной. Однако кредитор, как правило, вряд ли может рассчитывать на возмещение разницы, в несколько раз превышающей среднерыночные цены, даже если он на самом деле заключил замещающую сделку на таких условиях. Стремясь облегчить процесс взыскания убытков, ВС РФ разъяснил, что разумность условий замещающей сделки в силу п. 5 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ предполагается. При этом должник не лишен возможности опровергать эту презумпцию, приводить доказательства неразумности действий кредитора (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). В то же время в случае заключения замещающей сделки на неразумных условиях суд не отказывает в иске о взыскании ценовой разницы полностью, а соразмерно снижает объем компенсации в соответствии со ст. 404 ГК РФ.

1.4. Кредитором могут быть заключены несколько сделок, которые замещают расторгнутый договор (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.5. Заключение замещающей сделки до прекращения первоначального обязательства само по себе не влияет на право кредитора требовать возмещения убытков в виде ценовой разницы, если будет доказана причинная связь между нарушением договора должником и заключением замещающей сделки. Кредитор вправе потребовать от должника возмещения таких убытков при условии, что впоследствии первоначальный договор был прекращен в связи с нарушением обязательства, которое вызвало заключение этой замещающей сделки (п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.6. В самой норме не указано прямо, но из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ) следует, что кредитор должен заключить замещающую сделку не позднее истечения разумного срока после расторжения нарушенного договора. Чем позже такая сделка заключается, тем более вероятно, что ее заключение не находилось в причинной связи с разрывом нарушенного договора. На требование разумного срока указывают и международные акты унификации частного права (ст. III.-3:706 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.4.5 Принципов УНИДРУА).

1.7. Взыскание конкретной ценовой разницы может являться как реальным ущербом, так и упущенной выгодой в зависимости от того, кто заявляет требование о возмещении таких убытков. Если, например, поставщик был вынужден продать товар по цене ниже, чем цена расторгнутого из-за нарушения покупателем договора, эта разница составляет упущенную выгоду (не будь договор нарушен и расторгнут, а будь он исполнен покупателем, поставщик бы извлек большую выгоду из факта распоряжения своим товаром). Если речь идет об отказе покупателя от договора из-за нарушений, допущенных поставщиком, и покупке покупателем аналогичного товара на рынке по более высокой цене, налицо классический реальный ущерб. Это важно учитывать в ситуациях, когда законом или договором ограничивается взыскание упущенной выгоды.

1.8. Несмотря на то что в комментируемой норме отсутствует прямо выраженная оговорка о ее диспозитивном характере, нет препятствий к тому, чтобы стороны исключили или модифицировали правила о взыскании убытков в виде конкретной ценовой разницы. Например, стороны могут установить допустимый порядок заключения замещающих сделок для целей определения соответствующей ценовой разницы. Как минимум в той степени, в которой речь не идет об умышленном нарушении договора (п. 4 ст. 401 ГК РФ), такого рода условия могут так или иначе ограничить применение этой меры ответственности.

2. В п. 2 комментируемой статьи закреплена формула абстрактного метода расчета убытков при расторжении нарушенного договора. Кредитор, расторгнувший договор в связи с его существенным нарушением другой стороной, может требовать от нарушителя возмещения разницы между ценой прекращенного договора и средней рыночной ценой на аналогичные товары, работы или услуги. Если при расторжении договора разница между ценой расторгнутого договора и текущей рыночной ценой оказывается не в пользу кредитора, должник обязан ее возместить. Например, если цена товара упала к моменту возникновения просрочки покупателя по обязательству внести предоплату за товар, и поставщик отказывается от договора, он вправе требовать от покупателя разницы между

более высокой договорной ценой и упавшей рыночной ценой на товар на момент расторжения.

Суды ранее неоднократно применяли ст. 524 ГК РФ, устанавливавшую возможность взыскания абстрактных убытков при нарушении договора поставки, к иным договорам по аналогии закона. Так, например, п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 закреплял возможность взыскания абстрактных убытков при расторжении нарушенного договора купли-продажи недвижимости; п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147 распространил применение абстрактного способа расчета убытков на случаи нарушения заемщиком договора кредита. Появление п. 2 ст. 393¹ ГК РФ закрепляет универсальность этого метода расчета компенсации.

2.1. По своей природе абстрактные убытки носят характер своего рода гипотетического расчета реального ущерба или гипотетической упущенной выгоды. Если цена на товар на рынке упала, поставщик, расторгнувший договор из-за нарушений покупателя, взыскивает абстрактную ценовую разницу в качестве гипотетической упущенной выгоды. Если договор расторгает покупатель в ответ на нарушения договора поставщиком, а цена на рынке выросла, речь идет о гипотетическом реальном ущербе. Цель такого возмещения в обоих случаях состоит в том, чтобы поставить кредитора в положение, максимально близкое тому, в котором он находился бы, если бы договор был исполнен надлежащим образом, и сделать это упрощенным способом.

2.2. Буквальное толкование данного правила приводит нас к выводу о том, что, если замещающая сделка была заключена, кредитор уже не может прибегнуть к абстрактному методу расчета убытков, а вправе применять лишь конкретный, указанный в п. 1 комментируемой статьи. Это вытекает из прямого указания в п. 2 на то, что абстрактные убытки кредитор может требовать, только «если кредитор не заключил аналогичный договор взамен прекращенного договора». Однако ВС РФ истолковал эту норму ровно противоположным образом: даже при доказанности факта заключения замещающей сделки у кредитора сохраняется возможность выбора между конкретным и абстрактным методами исчисления убытков (п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Трудно понять это разъяснение, прямо и без каких-либо мотивов игнорирующее недвусмысленно выраженную волю законодателя. Прежде всего оно расходится не только с текстом закона, но и с международными стандартами (ср. со ст. III.-3:107 Модельных правил европейского частного права, п. 1 ст. 7.4.6 Принципов УНИДРУА, ст. 76 Венской конвенции 1980 г.). Также данное разъяснение противоречит логическим основаниям абстрактного метода расчета убытков. Они состоят в том, что кредитору позволяется взыскать абстрактную ценовую разницу потому, что на его месте любой потерпевший с целью минимизации своих убытков прибегнул бы аналогичный товар на рынке (заказал бы выполнение работ или оказание услуг по стандартным рыночным ценам). Но если кредитор по факту предпринял конкретные меры по минимизации своих убытков путем заключения замещающей сделки, у него не может быть разумных оснований требовать вместо конкретной абстрактную ценовую разницу.

2.3. Указание в п. 2 комментируемой статьи на то, что рыночная цена определяется на момент прекращения договора, означает, что должник несет риск изменения конъюнктуры цен вплоть до того момента, когда договор прекратится. Так, цена,

действовавшая на рынке на момент существенного нарушения договора, являющегося основанием для его расторжения, может значительно отличаться как в меньшую, так и в большую сторону от цены на момент расторжения. Как верно указано в п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, риски изменения рыночных цен возлагаются на нарушителя.

2.4. Суды могут отказать в иске о взыскании абстрактных убытков, если будет очевидно, что кредитор специально выбирал момент отказа от договора, с тем чтобы обосновать максимально возможную абстрактную ценовую разницу для ее последующего взыскания с контрагента. Например, если поставщик попал в просрочку по поставке нефти, а покупатель, видя рост цены на нефть на рынке, долго выжидал и отказался от договора только тогда, когда цена достигла потолка, а затем рассчитал механически образующуюся ценовую разницу и потребовал ее возмещения, такому покупателю может быть отказано в иске в соответствующей части на основании правил п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ.

2.5. Абстрактный метод расчета убытков применим при условии, что соответствующие товары, работы, услуги можно свободно приобрести на рынке, т.е. существует более или менее широкое предложение. В иных случаях кредитор может доказывать свои убытки на общих основаниях (ст. 15, 393 ГК РФ). Однако для того, чтобы определить, какая цена является текущей, необходимо идентифицировать сопоставимое предоставление (товар, работа, услуга), за которое такая цена уплачивается. При этом для применения абстрактного метода исчисления убытков не требуется представлять суду расценки на абсолютно тождественные товары, работы, услуги. Достаточно будет подобрать адекватный аналог.

2.6. Несмотря на то что в комментируемой норме отсутствует прямо выраженная оговорка о ее диспозитивном характере, нет препятствий к тому, чтобы стороны исключили или модифицировали правила о взыскании абстрактных убытков. Например, вполне допустимо договорное условие о том, что в случае прекращения договора убытки должны доказываться на общих основаниях, а абстрактный расчет убытков не применяется. Как минимум, если речь не идет об умышленном нарушении (см. п. 4 ст. 401 ГК РФ), такого рода условие договора должно признаваться.

3. Следуя подходам, сложившимся в международных источниках (ст. 75, п. 1 ст. 76 Венской конвенции 1980 г., ст. III.-3:706, III.-3:707 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.4.5, п. 1 ст. 7.4.6 Принципов УНИДРУА), российский законодатель предусматривает, что взыскание конкретных и абстрактных убытков не исключает право кредитора требовать возмещения иных убытков. Иными словами, абстрактные и конкретные убытки носят зачетный характер по отношению к общей сумме убытков кредитора от нарушения договора (так же как и в случае с неустойкой, см. комментариев к п. 1 ст. 394 ГК РФ). Это означает, что, если фактические убытки кредитора превышают суммы, рассчитанные конкретным или абстрактным методом, кредитор может довыскачать эту разницу, доказав ее наличие по общим правилам о взыскании убытков (ст. 15, 393 ГК РФ).

Этот тезис можно проиллюстрировать на следующем примере. По договору аренды должно было быть передано здание, которое арендатор планировал использовать под товарный склад. В результате того, что арендодатель допустил длительную просрочку в передаче арендованного имущества, арендатор расторг договор аренды

и вынужден был искать иное здание для размещения склада. Если в новом договоре аренды ставка арендной платы выше, чем в прекращенном, арендатор может взыскать с нарушителя ценовую разницу, применив конкретный метод расчета убытков. Если же сверх этого потерпевший был вынужден компенсировать убытки своим поклажедателям, с которыми он заранее заключил договоры хранения и не смог их исполнить (своевременно принять товары на хранение), то эти суммы могут быть взысканы арендатором по общим правилам ст. 15, 393 ГК РФ в дополнение к убыткам в виде конкретной ценовой разницы.

Статья 394. Убытки и неустойка

1. Если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена неустойка, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой.

Законом или договором могут быть предусмотрены случаи: когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков; когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки; когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки.

2. В случаях, когда за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена ограниченная ответственность (статья 400), убытки, подлежащие возмещению в части, не покрытой неустойкой, либо сверх ее, либо вместо нее, могут быть взысканы до пределов, установленных таким ограничением.

Комментарий

1. Комментируемая статья решает один из важнейших вопросов договорной ответственности: соотношение неустойки и убытков. В п. 1 закреплена широко известная в доктрине гражданского права классификация неустоек по критерию их соотношения с убытками: зачетная (неустойка идет в зачет суммы убытков, можно довызывать убытки в части, не покрытой неустойкой), исключительная (взыскивается только неустойка, убытки возмещению не подлежат), штрафная (можно взыскать и неустойку, и убытки в полном объеме), альтернативная (кредитор может по своему выбору взыскать либо убытки, либо неустойку). Общим правилом является зачетное соотношение неустойки и убытков, но законом или договором может быть установлен один из альтернативных вариантов.

1.1. Несмотря на то что эта доктринальная терминология хорошо известна, и даже приводится в п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, в законе она прямо не закреплена. Поэтому при формулировании договорных условий о неустойках во избежание неясности в толковании воли сторон имеет смысл не просто использовать одно из указанных наименований, но и описать словесной формулой, что имеется в виду (например, разумно в договоре не ограничиваться тем, что согласованная неустойка является штрафной, а желательно расшифровать, что она взыскивается в полной сумме сверх убытков). В противном случае стороны рискуют погрязнуть в спорах о толковании условий договора.

1.2. При согласовании в договоре условия об исключительной неустойке следует учитывать законодательный запрет ограничения ответственности за умышленное

нарушение обязательства (п. 4 ст. 401 ГК РФ). В той части, в которой исключительная неустойка становится основанием для освобождения нарушителя от обязанности возместить убытки в полном объеме (т.е. ограничивает ответственность), условие об исключительной неустойке не будет иметь силы, если нарушение носило умышленный характер. Потерпевший сможет взыскать убытки от умышленного нарушения в полном объеме.

1.3. Условие об альтернативной неустойке предполагает, что, если кредитор заявил о своем выборе (неустойка или убытки), альтернативность прекращается, и обязанность должника сосредотачивается либо на неустойке, либо на убытках.

2. В п. 2 комментируемой статьи решен вопрос о соотношении фактора наличия законной или договорной неустойки и условия об ограничении объема ответственности. Условия об ограничении объема ответственности, содержащиеся в договоре, нередко встречаются в обороте и в целом признаются в российском праве (см. ст. 400 и п. 4 ст. 401 ГК РФ и комментарии к ним). Смысл комментируемого пункта в том, что наличие в договоре исключительной, штрафной, альтернативной или зачетной неустойки не может привести к взысканию с должника суммы, превышающей предел возмещения убытков, установленный в условии об ограничении ответственности. Если, например, в договоре установлена штрафная неустойка (позволяющая взыскивать убытки в полном размере сверх суммы неустойки) размером в 70 тыс. руб., а убытки кредитора от нарушения составили 120 тыс. руб., кредитор вправе по общему правилу взыскать с нарушителя обе эти суммы кумулятивно (т.е. 190 тыс. руб.). Но если при этом в договоре установлен верхний предел ответственности нарушителя в 100 тыс. руб., кредитор вправе взыскать эту неустойку размером в 70 тыс. руб., и лишь часть своих убытков (30 тыс. руб.), с тем чтобы общая сумма санкции не превышала установленный лимит ответственности в 100 тыс. руб.

Статья 395. Ответственность за неисполнение денежного обязательства

1. В случаях неправомерного удержания денежных средств, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате подлежат уплате проценты на сумму долга. Размер процентов определяется ключевой ставкой Банка России, действовавшей в соответствующие периоды. Эти правила применяются, если иной размер процентов не установлен законом или договором.

2. Если убытки, причиненные кредитору неправомерным использованием его денежными средствами, превышают сумму процентов, причитающуюся ему на основании пункта 1 настоящей статьи, он вправе требовать от должника возмещения убытков в части, превышающей эту сумму.

3. Проценты за пользование чужими средствами взимаются по день уплаты суммы этих средств кредитору, если законом, иными правовыми актами или договором не установлен для начисления процентов более короткий срок.

4. В случае, когда соглашением сторон предусмотрена неустойка за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства, предусмотренные настоящей статьей проценты не подлежат взысканию, если иное не предусмотрено законом или договором.

5. Начисление процентов на проценты (сложные проценты) не допускается, если иное не установлено законом. По обязательствам, исполняемым при осуществлении сторонами предпринимательской деятельности, применение сложных процентов не допускается, если иное не предусмотрено законом или договором.

6. Если подлежащая уплате сумма процентов явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд по заявлению должника вправе уменьшить предусмотренные договором проценты, но не менее чем до суммы, определенной исходя из ставки, указанной в пункте 1 настоящей статьи.

Комментарий

1. Статья 395 ГК РФ предусматривает особый вид ответственности за нарушение денежного обязательства – начисление процентов на просроченный долг. Такая санкция признается большинством европейских правопорядков и основными международными актами унификации договорного права (ст. 7.4.9 Принципов УНИДРУА, ст. III.-3:708 и ст. III.-3:710 Модельных правил европейского частного права, ст. 78 Венской конвенции 1980 г.).

1.1. Согласно п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «в случаях, когда разрешаемый судом спор вытекает из налоговых или других финансовых и административных правоотношений, гражданское законодательство может быть применено к названным правоотношениям при условии, что это предусмотрено законом (пункт 3 статьи 2 ГК РФ). В связи с этим указанные в ст. 395 ГК РФ проценты не начисляются на суммы экономических (финансовых) санкций, необоснованно взысканные с юридических и физических лиц налоговыми, таможенными органами, органами ценообразования и другими государственными органами, и подлежащие возврату из соответствующего бюджета. В этих случаях гражданами и юридическими лицами на основании статей 15, 16 и 1069 ГК РФ могут быть предъявлены требования о возмещении убытков, вызванных в том числе необоснованным взиманием сумм экономических (финансовых) санкций, если законом не предусмотрено иное».

Это разъяснение вызывает определенные сомнения. Далеко не всегда соответствующее публично-правовое регулирование предусматривает начисление процентов за неправомерное взимание тех или иных сумм. В таких условиях было бы справедливо применять ст. 395 ГК РФ по аналогии закона (межотраслевая аналогия закона). В условиях действия данных разъяснений логично при расчете убытков, вызванных неправомерным взиманием публичными органами денежных средств с частных лиц, применять ключевую ставку ЦБ РФ в качестве приблизительного способа расчета убытков.

1.2. Проценты годовые по ст. 395 ГК РФ являются, по сути, особой мерой ответственности, по своему регуляторному режиму практически идентичной диспозитивной форме законной неустойки, специально установленной для случаев нарушения денежных обязательств. На то, что проценты являются именно ответственностью, указывают: (а) название статьи («Ответственность за неисполнение денежного обязательства»), (б) тот факт, что в силу п. 2 ст. 395 ГК РФ убытки, возникшие у кредитора в связи с неисполнением должником денежного обязательства, идут в зачет с суммой процентов, что свидетельствует об общей природе данных санкций, и (в) тот факт, что в силу п. 4 ст. 395 ГК РФ при наличии в договоре условия о начислении

пеней на случай просрочки в оплате проценты по ст. 395 ГК РФ не взыскиваются, как если бы ст. 395 ГК РФ устанавливала бы диспозитивную законную неустойку, исключаемую при наличии в договоре соглашения об ином.

1.3. Признание процентов годовых мерой ответственности дает ответ на вопрос о применимости к этой мере общих правил об ответственности. Эти правила подлежат применению к процентам годовым. В частности, к процентам применяется ст. 404 ГК РФ (вина кредитора). Если нарушение должником денежного обязательства произошло частично по вине кредитора, суд вправе уменьшить размер ответственности.

Спорным является вопрос о применимости к процентам годовым ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности. В ряде зарубежных правовых порядков должник, который освобождается от ответственности за нарушение, тем не менее продолжает быть обязанным уплатить проценты годовые за допущенную просрочку (п. 4 ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.-3:708 Модельных правил европейского частного права). Российская судебная практика, напротив, в основном проводит идею, что проценты являются мерой ответственности, не делает исключений для ст. 401 ГК РФ и исходит из того, что отсутствие вины или наличие непреодолимой силы (для коммерческих обязательств) освобождает от любых видов ответственности, включая проценты годовые (постановления Президиума ВАС РФ от 24 декабря 2002 г. № 9651/00, от 24 декабря 2002 г. № 9654/00, от 21 ноября 2000 г. № 7668/99).

1.4. Проценты годовые по ст. 395 ГК РФ, являясь мерой ответственности за просрочку, принципиально отличаются от процентов за использование капитала, которые подлежат уплате на основании норм о договорах займа (кредита), вклада и т.п. Проценты по займу (кредиту, вкладу) выступают не в качестве санкции, а в качестве вознаграждения кредитора за предоставление возможности использовать полученные от него в долг денежные средства (п. 4 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14). Соответственно, возможно кумулятивное начисление процентов годовых по ст. 395 ГК РФ и процентов за использование капитала на основной просроченный долг. Это прямо предусмотрено применительно к договорам займа в ст. 811 ГК РФ.

1.5. Начисление процентов по правилам ст. 395 ГК РФ предусмотрено для случаев нарушения денежного обязательства. В то же время закон знает случаи, когда применение ст. 395 ГК РФ предусмотрено в отношении должника, нарушившего неденежное обязательство. Так, в силу п. 4 ст. 487 ГК РФ продавец, получивший предоплату, но не передавший товар в срок, обязан уплатить покупателю проценты по правилам ст. 395 ГК РФ с момента просрочки в передаче товара. Возникающий парадокс (начисление процентов, установленных в законе для случаев нарушения денежных обязательств, в отношении просрочки в исполнении обязательства неденежного) разрешен судебной практикой таким образом, что положение п. 4 ст. 487 ГК РФ толкуется как устанавливающее законную неустойку, расчет которой приравнен к расчету процентов по ст. 395 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 декабря 2013 г. № 10270/13). Из этого тезиса иногда делается вывод, что начисление процентов на сумму непоставленного в срок товара является уникальным элементом правового режима договора купли-продажи. Этот тезис можно признать спорным, так как нет никаких убедительных причин предусматривать применение

ст. 395 ГК РФ в таких случаях только для договоров купли-продажи. Положение покупателя, внесшего предоплату и не получившего своевременно товар, ничем, по сути, не отличается от положения заказчика, внесшего предоплату и столкнувшегося с неисполнением контрагентом встречных обязательств по оказанию услуг и выполнению работ. Соответственно, есть все основания для применения п. 4 ст. 487 ГК РФ по аналогии закона и в отношении других возмездных двусторонних договоров, предусматривающих предоплату.

1.6. Согласно прямому указанию в п. 4 ст. 487 ГК РФ договор купли-продажи может предусматривать начисление процентов с момента внесения предоплаты. Такие проценты в этом случае должны уплачиваться до момента фактического исполнения обязательства по передаче вещи или возврата предоплаты при расторжении договора. В п. 13 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 указано, что в таких случаях проценты имеют природу процентов по коммерческому кредиту (ст. 823 ГК РФ). Этот подход в дальнейшем подтверждался и в судебной практике (Постановление Президиума ВАС РФ от 28 февраля 2006 г. № 12769/05). Если в договоре нет такого указания о начислении процентов на предоплату, то за период предусмотренного в договоре использования предоплаты и до момента просрочки в передаче товара какие-либо проценты начисляться не должны.

В принципе, аналогичное условие о начислении процентов на сумму предоплаты с момента ее уплаты может быть предусмотрено и в ином возмездном договоре.

1.7. Когда требование о возврате предоплаты вытекает из факта расторжения договора, произошедшего в связи с нарушением договора получателем предоплаты, проценты подлежат начислению ретроспективно, т.е. не с момента расторжения и возникновения у получившей предоплату стороны собственно денежного обязательства по возврату предоплаты, а с момента получения этой стороной такой предоплаты (аванса). Этот вывод известен ряду актов международной унификации договорного права (п. 1 ст. 84 Венской конвенции 1980 г.) и закреплен в российском праве в п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35. Но решение о ретроспективном начислении процентов при расторжении договора абсолютно оправданно, как минимум для случаев, когда договор расторгается из-за нарушения, допущенного стороной, получившей предоплату. Иначе продавец (подрядчик, исполнитель) получал бы право бесплатно пользоваться деньгами за период с момента получения предоплаты и до расторжения договора. В ситуации же, когда договор расторгается по соглашению сторон или по одностороннему немотивированному заявлению плательщика предоплаты (когда такой отказ от договора допускается законом или договором), или в связи с нарушением договора плательщиком предоплаты (например, когда он внес лишь часть положенной предоплаты), ретроспективное начисление процентов куда менее очевидно. К сожалению, п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 этот нюанс не учитывает и как будто бы исходит из того, что ретроспективное начисление процентов происходит при расторжении договора независимо от оснований расторжения. Возможно, было бы логично толковать это разъяснение ограничительно.

1.8. Проценты по ст. 395 ГК РФ подлежат начислению в отношении должника, просрочившего погашение денежного долга, т.е. в тех случаях, когда деньги используются в качестве средства платежа. Поэтому согласно сложившейся судеб-

ной практике ст. 395 ГК РФ не подлежит применению в отношении обязанности перевозчика, перевозящего денежные знаки, а также в иных подобных случаях, когда деньги выступают не в качестве средства платежа, а в роли товара (п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, ранее ту же идею см. в п. 1 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

До 24 марта 2016 г. согласно п. 1 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 начисление процентов было предусмотрено и в отношении сделок по обмену валюты. Такой подход представляется достаточно спорным. Если сторона получила от контрагента валюту, а свое встречное обязательство по перечислению денежных средств в обмен на эту валюту не исполнила, имеет место неисполнение полноценного денежного обязательства, и есть все основания для применения ст. 395 ГК РФ. В связи с этим нельзя не заметить, что п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, отменивший п. 1 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14, почти дословно воспринял текст отмененного пункта, но исключил разъяснение в отношении валютнообменных сделок. Это было сделано, видимо, абсолютно осознанно с тем, чтобы вывести такие обязательства из-под ранее признанного исключения. Соответственно, теперь начисление процентов в подобных случаях, видимо, следует признать легализованным.

1.9. Российская судебная практика не признает возможным начисление процентов годовых на сумму своевременно невыплаченного аванса (или предоплаты). В случае синалагматических договоров, предусматривающих внесение предоплаты, начисление процентов годовых допускается только с момента, когда кредитор осуществил свое встречное исполнение и сформировалась полноценная «дебиторская задолженность» (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 8 мая 2007 г. № 15651/06, а также Определение КЭС ВС РФ от 6 октября 2016 г. № 305-ЭС16-8210). С точки зрения системной согласованности, следуя такому подходу, нужно прийти к выводу о том, что не могут начисляться проценты годовые и в случае нарушения банком своей обязанности перечислить заемщику сумму кредита. Судя по всему, суды не считают обязанность по кредитованию (банковскому или коммерческому) элементом полноценного денежного обязательства или видят здесь некое «недолговое» денежное обязательство. Такое решение вызывает определенные сомнения. Проценты годовые по ст. 395 ГК РФ являются мерой ответственности, идентичной законной неустойке и, соответственно, нацелены на покрытие убытков кредитора (недаром проценты годовые в силу положений ст. 395 ГК РФ идут в зачет с убытками) и стимулирование надлежащего исполнения. В таких условиях нет убедительных политико-правовых резонов исключать начисление таких процентов в случае невыплаты в срок предоплаты. Такое нарушение договора может влечь для кредитора возникновение убытков (например, необходимость изыскать иной источник финансирования), покрытие которых могло бы быть обеспечено за счет начисления процентов годовых. С точки же зрения догматики права нет никаких убедительных оснований не квалифицировать обязательство по выплате предоплаты (или банковского кредита) в качестве денежного, а следовательно, отсутствуют формальные основания выводить данную ситуацию из сферы применения ст. 395 ГК РФ, устанавливающей ответственность за неисполнение денежного обязательства.

1.10. Согласно судебной практике проценты годовые начисляются на всю сумму денежного долга, включая НДС, если соответствующая операция облагается этим налогом (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 сентября 2009 г. № 5451/09).

1.11. Обязательство по погашению договорных или деликтных убытков, а также договорной или законной неустойки является полноценным гражданско-правовым обязательством, имеющим своим предметом уплату денег. Раз такое обязательство является денежным по своей природе, на сумму присужденных договорных и деликтных убытков или неустойки должны начисляться проценты по ст. 395 ГК РФ. Применительно к возмещению внедоговорного вреда это однозначно признано в практике высших судов (п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 23 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14). В отношении договорных убытков практика колебалась. Сначала ВАС РФ признавал это невозможным (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 мая 2007 г. № 420/07), но в последние годы наметилось признание такой возможности (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 июня 2010 г. № 904/10). На этот счет следует заметить, что, конечно, нет никаких убедительных причин позволять лицу, причинившему другому лицу не внедоговорный вред, а убытки в связи с нарушением договора, безнаказанно пользоваться причитающимися пострадавшему денежными средствами. Никакой сущностной разницы между договорными и внедоговорными убытками в этом контексте нет.

Серьезная неопределенность возникла и в отношении начисления процентов годовых на сумму неустойки. Ранее в практике ВАС РФ встречались примеры отказа во взыскании процентов на сумму неустойки (см, например, постановления Президиума ВАС РФ от 6 июня 2000 г. № 6919/99, от 18 марта 2003 г. № 10360/02). Затем практика изменилась, и в постановлениях Президиума ВАС РФ от 4 июня 2013 г. № 18429/12 и от 19 ноября 2013 г. № 6879/13 начисление процентов годовых на сумму присужденной судом неустойки было признано. Но в Определении КЭС ВС РФ от 15 августа 2016 года № 305-ЭС16-4576 эта возможность опять была поставлена под сомнение. Такой ограничительный подход представляется необоснованным: если лицо обязано выплатить неустойку и не делает этого, оно неправомерно пользуется денежными средствами и должно платить проценты на общих основаниях.

Согласно судебной практике, в которой сама возможность начисления процентов на убытки или неустойку признавалась, проценты годовые должны исчисляться с момента вступления в силу судебного решения о взыскании убытков (неустойки) и выступают в качестве меры ответственности за задержку в исполнении такого обязательства, подтвержденного судебным решением (п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, ранее близкий подход встречался в Постановлении Президиума ВАС РФ от 8 июня 2010 г. № 904/10). При заключении потерпевшим и причинителем вреда соглашения о возмещении причиненных убытков проценты, установленные ст. 395 ГК РФ, начисляются с первого дня просрочки исполнения условий этого соглашения, если иное не предусмотрено таким соглашением.

Если ответчиком по иску о возмещении убытков является Российская Федерация или субъект Федерации, то с учетом особенностей исполнения судебных решений о взыскании денег за счет казны, предусмотренных в бюджетном законодательстве, расчет процентов на присужденную судом сумму убытков начинается при условии

предъявления взыскателем исполнительного листа в соответствующий финансовый орган и по прошествии трехмесячного срока (вопрос № 3 из Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2015), утв. Президиумом ВС РФ 4 марта 2015 г.; Определение КЭС ВС РФ от 4 августа 2015 г. № 308-ЭС15-3667).

В принципе, определение в качестве момента начала расчета процентов годовых момента присуждения судом суммы убытков или неустойки может быть поставлено под сомнение.

В зарубежном праве встречается иное решение: проценты годовые на сумму убытков начисляются с момента правонарушения, повлекшего возникновение таких убытков (ст. 7.4.10 Принципов УНИДРУА). Такой подход вполне возможен, но имеет очевидный недостаток: может получиться так, что проценты начинают начисляться еще до того, как убытки возникли: ведь нередко убытки возникают позже самого нарушения.

Альтернативное решение – начислять проценты с момента возникновения убытков – несколько точнее, но и оно не свободно от недостатков: должник (делинквент) платит проценты годовые, т.е. несет ответственность за просрочку в оплате суммы убытков за период, когда он, возможно, и не знает и факте возникновения у кредитора (пострадавшего) каких-либо убытков и (или) их сумме.

В связи с этим также возможно и иное, более тонкое решение: начисление процентов годовых с момента, когда делинквент или нарушитель договора получают от кредитора претензию о покрытии возникших убытков и доказательства их размера, которые разумное и добросовестное лицо на месте должника посчитало бы достаточно убедительными. В этой ситуации уклонение такого лица от возмещения убытков не имеет оправдания. Фактически с этого момента он должен знать, что неправомерно пользуется суммой, которая причитается кредитору, и должен соответственно платить проценты по ст. 395 ГК РФ. Такое решение стимулировало бы должников или делинквентов добровольно погашать обоснованные требования кредиторов, а не тянуть расплату до предела, выжидая решения суда. Если такие доказательства должнику не представлены, проценты на такие долги должны начисляться с момента вступления в силу судебного решения об их взыскании, когда их сумма становится окончательно определенной.

Наконец возможно и компромиссное решение: по общему правилу проценты годовые начисляются с момента указанной претензии, но в случае умышленного (или грубо неосторожного) нарушения договора или деликта проценты начисляются с момента правонарушения (или возникновения убытков).

Любой из этих вариантов имеет очевидные преимущества перед тем вариантом, который пока доминирует в судебной практике.

В случае же с неустойкой (если российская судебная практика в целом склонится к возможности начисления процентов на такие денежные обязательства) в отношении момента начала расчета процентов, видимо, логично придерживаться следующего подхода. На сумму фиксированного штрафа проценты годовые должны начисляться с момента нарушения договора и возникновения обязательства по уплате такого штрафа. Уклонение должника от добровольного погашения начисленного штрафа неправомерно и должно влечь применение к нему санкции, предусмотренной в ст. 395 ГК РФ. Если должник считает, что штраф несоразмерен, ничто не мешает ему добровольно погасить хотя бы соответствующую его часть.

Отдельная проблема возникает в случае с пенями. Так как в силу п. 5 ст. 395 ГК РФ начисление процентов на проценты по общему правилу не допускается, из соображений системной согласованности правовых норм логично вытекает следующий вывод: на начисляемые на должника пени проценты годовые не начисляются, пока сумма таких пени не будет взыскана. Если невозможно начисление процентов на ранее начисленные проценты (т.е. одной периодической санкции за неисполнение другой), то вряд ли возможно начисление процентов годовых и на начисляемые ежедневно пени. Такая аналогия закона вполне оправдана, так как проценты годовые по своей сути фактически идентичны законной неустойке в виде пени. С момента присуждения судом твердой суммы начисленных пеней на эту сумму могут начисляться проценты годовые, так как такое присуждение формирует фиксированную сумму долга.

Если при этом основной долг еще не погашен и кредитор требует начисления пеней за период после подачи иска и до фактического исполнения судебного решения о взыскании долга (о такой возможности взыскания пеней см. комментарий к ст. 330 ГК РФ), то начисление процентов годовых на эти пени, взысканные по судебному решению «на будущее», видимо, допускать не стоит в целях избегания ситуации «нагромождения» одного периодического начисления на другое. Этот вывод вытекает также из системного толкования п. 5 ст. 395 ГК РФ, согласно которому начисление процентов на проценты по общему правилу не допускается.

1.12. Проценты годовые подлежат начислению и на сумму неосновательного денежного обогащения, подлежащего возврату согласно правилам главы 60 ГК РФ. В соответствии с п. 2 ст. 1107 ГК РФ на сумму неосновательного обогащения подлежат начислению проценты, установленные п. 1 ст. 395 ГК РФ, с момента, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неосновательности получения или сбережения денежных средств. В частности, таким моментом следует считать представление приобретателю банком выписки о проведенных по счету операциях или иной информации о движении средств по счету в порядке, предусмотренном банковскими правилами и договором банковского счета. Само по себе получение информации о поступлении денежных средств в безналичной форме (путем зачисления средств на банковский счет) без указания плательщика или назначения платежа не означает, что получатель узнал или должен был узнать о неосновательности их получения. Данные разъяснения закреплены в п. 58 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

1.13. Проценты годовые могут начисляться и на денежную сумму, подлежащую возврату в порядке реституции по недействительной сделке. Это следует из положений ст. 307¹ ГК РФ, согласно которым правила об обязательствах применимы и к требованиям о реституции.

На этот счет п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 содержит следующие разъяснения:

«Если недействительная сделка исполнена обеими сторонами, то при рассмотрении иска о применении последствий ее недействительности необходимо учитывать, что, по смыслу пункта 2 статьи 167 ГК РФ, произведенные сторонами взаимные предоставления считаются равными, пока не доказано иное, и их возврат должен производиться одновременно, в связи с чем проценты, установленные статьей 395 ГК РФ, на суммы возвращаемых денежных средств не начисляются. В то же время

при наличии доказательств, подтверждающих, что полученная одной из сторон денежная сумма явно превышает стоимость переданного другой стороне, к отношениям сторон могут быть применены нормы о неосновательном обогащении (подпункт 1 статьи 1103, статья 110 ГК РФ). В таком случае на разницу между указанной суммой и суммой, эквивалентной стоимости переданного другой стороне, начисляются проценты, предусмотренные статьей 395 ГК РФ, с момента, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неосновательности получения или сбережения денежных средств».

Соответственно, если речь идет о ничтожной или оспоримой сделке и очевидно, что сторона, получившая оплату и обязанная ее вернуть в порядке реституции, к моменту получения оплаты знала об основаниях недействительности сделки, эта сторона обязана уплачивать проценты по ст. 395 ГК РФ с момента получения оплаты, если эта сторона не получала встречное предоставление. В случае если она получала встречное предоставление и доказано, что оно не было эквивалентным уплаченной цене, проценты начисляются с момента уплаты цены на соответствующую разницу.

Тогда, когда стороны недействительной сделки произвели эквивалентный обмен по такой сделке, возникают основания для двусторонней реституции и одна из сторон вернула неденежное предоставление, «а другая сторона не возвратила переданные ей денежные средства, то с этого момента на сумму невозвращенных средств подлежат начислению проценты на основании статьи 395 ГК РФ (статья 1103, пункт 2 статьи 1107 ГК РФ)». Это разъяснение закреплено в п. 56 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

1.14. В принципе, начисление процентов годовых возможно и в отношении денежных требований, вытекающих из корпоративных отношений (например, просрочка в уплате членских взносов в некоммерческой организации, в выплате действительной стоимости доли при выходе участника из ООО, в выплате начисленных дивидендов в коммерческой корпорации и т.п.). Это следует из той же нормы ст. 307¹ ГК РФ, согласно которой правила об обязательствах применимы и к требованиям, вытекающим из корпоративных отношений. Этот подход подтверждается и судебной практикой (Постановление Президиума ВАС РФ от 3 ноября 2009 г. № 8628/09, п. 18 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ от 9 декабря 1999 г. № 90/14, Определение КГД ВС РФ от 13 июня 2000 г. № 5-В00-171).

1.15. Судебная практика признает возможность начисления процентов годовых и на сумму присужденного судом, но не выплаченного в срок возмещения судебных расходов (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 ноября 2013 г. № 8628/13).

1.16. До 1 июня 2015 г. проценты рассчитывались по учетной ставке банковского процента, которой по обязательствам, номинированным в рублях, согласно устоявшейся судебной практике считалась ставка рефинансирования ЦБ РФ. Согласно редакции п. 1 ст. 395 ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., проценты должны были рассчитываться по опубликованным ЦБ РФ средним ставкам по вкладам физических лиц. Решение законодателя отказаться от ставки рефинансирования как критерия размера ответственности является вполне логичным. Ставка рефинансирования с 2013 г. перестала обновляться и потеряла свое значение, будучи заменена ЦБ РФ на такой инструмент денежно-кредитной политики, как ключевая ставка, которая сейчас и отражает стоимость рефинансирования коммерческих банков ЦБ РФ. Юридическое сообщество ожидало, что законодатель включит в ст. 395 ГК РФ указание именно

на ключевую ставку, а также установит для должников-коммерсантов повышенный уровень ответственности. Последнее ожидание связано со следующим.

Ни ставка рефинансирования, ни ключевая ставка ЦБ РФ не являются достаточными для эффективной стимуляции должника к погашению долга и предотвращению недобросовестного нарушения договорной дисциплины. Ключевая ставка (ранее – ставка рефинансирования) – это ставка, определяющая стоимость кредитования коммерческих банков в ЦБ РФ. Коммерческие же банки, как правило, кредитуют реальный бизнес по ставкам, которые значительно выше ключевой ставки, так как к стоимости рефинансирования добавляется прибыль банка, покрытие операционных расходов банка, премия за риск дефолта заемщиков и т.п. Соответственно, вследствие этих вполне очевидных экономических закономерностей и ключевая ставка ЦБ РФ, и ставка рефинансирования значительно ниже средних ставок кредитования в экономике (особенно если сравнивать с кредитами необеспеченными и несубсидируемыми государством). В итоге образуется существенная разница, которая и формирует экономию на процентах, извлекаемую нарушителем платежной дисциплины. Де-факто получается, что должник имеет легкий доступ к льготному кредитованию – достаточно просто нарушить права своих контрагентов (поставщиков, подрядчиков и т.п.). В результате возникновения этой существенной разницы должникам часто оказывается выгоднее кредитоваться не цивилизованным путем за счет обращения в банки, а путем использования денег, причитающихся своим кредиторам. Самый элементарный экономический анализ показывает, что в заданных правовых условиях разумный должник, которого не сдерживает риск возникновения репутационных потерь, будет нарушать платежную дисциплину и расплачиваться с кредитором только по суду.

Тем более неожиданным оказалось решение законодателя, указавшего в качестве применимой ставки средний уровень процентов по вкладам физических лиц (изменение вступило в силу 1 июня 2015 г.).

Это решение привязать уровень ответственности по ст. 395 ГК РФ к средним ставкам по вкладам физических лиц, которые по определению ниже средних ставок по кредитам, вряд ли можно признать разумным и обоснованным. Применение средних ставок по вкладам физических лиц в качестве размера ответственности за нарушение обязательств по сугубо коммерческим договорам тем более выглядит абсурдно.

В связи с этим, с одной стороны, следует приветствовать внесение летом 2016 г. изменений в ст. 395 ГК РФ, согласно которым с 1 августа 2016 г. ставка процентов за просрочку привязана к ключевой ставке ЦБ РФ. С другой же стороны, законодатель упустил возможность решить куда более важную задачу и поднять уровень ответственности для предпринимателей до уровня реальных ставок по кредитам в экономике. Именно по этому пути достаточно давно (с начала 2000-х годов) пошли европейские страны, установив в качестве ставки процента по просроченным коммерческим долгам ставку рефинансирования Европейского центрального банка (для стран зоны евро), увеличенную как минимум на семь, а с 2011 г. – на восемь процентных пункта (Директива ЕС о борьбе с просрочками платежа по коммерческим контрактам от 16 февраля 2011 г. № 2011/7/EU). По сути, аналогичный подход (базовая ставка повышается на семь процентных пунктов) закреплена и в ст. III.-3:710 Модельных правил европейского частного права.

Остается надеяться на то, что когда-нибудь этот же подход будет реализован и в российском законодательстве. При этом есть все нормативные основания бороться с недобросовестными должниками иными средствами. Дело в том, что в силу п. 4 ст. 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущества из своего неправомерного или недобросовестного поведения, а согласно абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ пострадавшая от правонарушения сторона вправе требовать от нарушителя передачи всех доходов, извлеченных нарушителем из факта нарушения. В случае с просрочкой в оплате таким доходом является экономия на процентах в виде разницы между процентами по п. 1 ст. 395 ГК РФ (либо пени), которые должник должен платить кредитору в связи с просрочкой, и средними ставками по кредитам на рынке. В данной ситуации не важно, извлекал ли должник фактически какой-либо доход из факта удержания причитающихся кредитору денежных средств (например, в виде процента по вкладу). Доход в виде экономии на процентах ему вменяется в силу специфики денег как объекта гражданских прав. Статистика средних ставок по кредитам, выдаваемым юридическим и физическим лицам, регулярно обновляется на сайте ЦБ РФ.

При этом наиболее логично учитывать для целей определения этой экономии на процентах средние ставки по кредитам той же степени обеспеченности. Иначе говоря, если просроченный долг не обеспечен залогом или поручительством, логично учитывать средние ставки по необеспеченным кредитам, которые обычно значительно выше ставок по кредитам обеспеченным. Если официальная статистика ЦБ РФ не выделяет средние ставки по необеспеченным кредитам и обобщает данные о ставках по кредитам в целом (среди которых, естественно, доминируют кредиты обеспеченные), последние могут быть доказаны кредитором любыми иными средствами доказывания (включая экспертные заключения). В случае когда кредитор не представляет такие доказательства, суд может опереться на официальную обобщенную статистику ЦБ РФ. Иначе говоря, эта экономия на процентах может определяться по данным официальной обобщенной статистики ЦБ РФ, если кредитор не докажет, что средние ставки по кредитам той же степени обеспеченности выше.

1.17. ВС РФ посчитал, что по денежным обязательствам, просроченным до 1 июня 2015 г., но не погашенным к данной дате, проценты подлежат начислению за период до 31 мая включительно по ставке рефинансирования ЦБ РФ, а за период с 1 июня – по средним ставкам по вкладам физических лиц (п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Видимо, аналогичный подход будет использоваться судами и в отношении реформы п. 1 ст. 395 ГК РФ в 2016 г.: за период с 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г. проценты будут начисляться по средним ставкам по вкладам физических лиц, а с 1 августа 2016 года – по ключевой ставке.

Этот подход на самом деле не вписывается в логику ст. 422 ГК РФ (см. комментарий к ст. 422 ГК РФ), но, тем не менее, по каким-то не вполне понятным причинам разделяется судебной практикой.

1.18. В отношении денежных обязательств, номинированных в иностранной валюте, но подлежащих оплате в рублях (т.е. в случае наличия в договоре «валютной оговорки» об уплате в рублях суммы, эквивалентной соответствующей сумме в иностранной валюте по установленному курсу), либо номинированных и подлежащих оплате в иностранной валюте, согласно судебной практике, складывавшейся в условиях редакции ГК РФ, действовавшей до 1 июня 2015 г., применялся опреде-

ляемый по данным официальной статистики средний процент по краткосрочным кредитам в иностранной валюте в месте нахождения кредитора, а в случае отсутствия такой статистики по кредитам в соответствующей валюте — на основании справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора о принятых в его практике процентах кредита в такой валюте (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). Такой подход был относительно согласован с тем, что по рублевым долгам ставка процентов определялась так же, как кредитная ставка, а именно ставка рефинансирования (т.е. ставка, по которой ЦБ РФ кредитовал коммерческие банки).

С учетом того что с 1 июня 2015 г. вместо кредитной ставки для расчета процентов по ст. 395 ГК РФ учитывалась 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, проценты должны считаться из расчета средней ставки по вкладам физических лиц в соответствующей иностранной валюте, выдаваемым в месте нахождения кредитора. Такая статистика регулярно публикуется ЦБ РФ в отношении вкладов в ряде иностранных валют (доллар, евро). Если долг номинирован в иной валюте, в отношении которой ЦБ РФ не публикует статистику средних процентов по вкладам, такой процент должен определяться 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 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 привязывается к ключевой ставке ЦБ РФ, логично 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.

1.19. До 1 июня 2015 г. процентная ставка определялась на момент добровольного погашения долга, а в случае взыскания долга — на день предъявления иска или вынесения решения. Судебная практика до 1 июня 2015 г. не признавала попытки истцов рассчитать проценты исходя из ставок, действовавших в разные отрезки времени в пределах периода просрочки (Постановление Президиума ВАС РФ от 1 декабря 1998 г. № 2117/98). Согласно новой редакции, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., применяется процентная ставка, действующая в соответствующий отрезок времени в рамках периода просрочки (модель «плавающей ставки»). Это позволяет более адекватно отражать изменение процентных ставок в течение всего периода просрочки. Иначе в случае тенденции к снижению средних ставок могла возникать ситуация, когда кредитор при взыскании долга мог получить за весь период просрочки (возможно, достаточно длительный) проценты по ставке значительно более низкой, чем те, которые доминировали в период просрочки.

1.20. В силу прямого указания в п. 1 ст. 395 ГК РФ в законе или договоре может быть предусмотрена иная ставка процентов годовых. Из смысла данной нормы

следует, что установленная договором ставка может быть как меньше, так и больше ключевой ставки ЦБ РФ, установленной в отношении соответствующих отрезков времени в рамках периода просрочки. В этом наблюдается, пожалуй, единственное отличие процентов годовых как меры ответственности от общих правил о законной неустойке. Последняя, как следует из п. 2 ст. 332 ГК РФ, по соглашению сторон может быть увеличена, но не уменьшена.

В частности, согласно п. 15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 «если в договоре займа (кредитном договоре) установлено условие об увеличении размера процентов в связи с просрочкой уплаты долга, величину процентной ставки, на которую увеличена плата за пользование займом, следует считать иным размером процентов, установленных договором в соответствии с п. 1 ст. 395 ГК РФ».

При этом следует исходить из того, что условие договора об установлении крайне незначительного уровня процентов за просрочку в оплате может быть не признано судом в случаях, когда такое условие было навязано слабой стороне договора (ст. 10, 169, 428 ГК РФ). Этот вывод вытекает из п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

В принципе, по этому же пути идут и Модельные правила европейского частного права (п. 1 ст. III.-3:711): сама возможность снизить размер процента за просрочку по воле сторон жестко *ex ante* не блокируется, но такое условие может быть *ex post* не признано судом, если оно будет квалифицировано как несправедливое, т.е. грубо отклоняющимся от стандартов честной деловой практики и принципа добросовестности.

1.21. Пункт 1 ст. 395 ГК РФ не содержит явных атрибутов императивности или диспозитивности правила о начислении процентов на просроченный долг. Руководствуясь п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, следует прийти к выводу, что данная норма является диспозитивной, так как отсутствуют очевидные интересы, во имя которых была бы оправдана императивность правила о начислении процентов на просроченный долг. Исключение права на взыскание процентов годовых не нарушает публичные интересы, интересы третьих лиц, а также вряд ли может рассматриваться как грубое нарушение баланса интересов сторон, так как такое условие не блокирует право кредитора требовать возмещения убытков на общих основаниях. В то же время с учетом того, что доказывание убытков, вызванных неплатежом, часто достаточно затруднительно, условие об исключении начисления процентов следует считать не вполне справедливым и сбалансированным. Соответственно, в тех случаях, когда такое условие навязано слабой стороне договора, суд должен иметь право не признать такое условие на основании ст. 10, 169 или 428 ГК РФ (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

1.22. О соотношении процентов по ст. 395 ГК РФ и процентов, которые подлежали начислению по договорам, заключенным с 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г., на основании правил ст. 317¹ ГК РФ в редакции, действовавшей в этот отрезок времени, см. комментарий к ст. 317¹ ГК РФ.

2. Пункт 2 ст. 395 ГК РФ устанавливает зачетное соотношение процентов годовых и убытков, что в целом характерно для неустойки (п. 1 ст. 394 ГК РФ). На п. 1 ст. 394 ГК РФ в подтверждение правила, содержащегося в п. 2 комментируемой

статьи, ссылается и п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, тем самым еще раз подчеркивая близость этих институтов. Таким образом, кредитор вправе требовать взыскания убытков только в сумме, превышающей размер начисленных процентов.

2.1. Зачетное соотношение должно определяться только с убытками, вызванными непосредственной просрочкой в оплате. Если кредитор, столкнувшийся с просрочкой в оплате, расторгает договор и требует на основании п. 5 ст. 453 ГК РФ, ст. 393¹ или ст. 524 ГК РФ возмещения убытков, вызванных вынужденным расторжением (например, абстрактных убытков по п. 2 ст. 393¹ ГК РФ), такие убытки подлежат взысканию в полном размере помимо начисленных процентов.

2.2. Как уже отмечалось, проценты годовые по своей функции и правовому режиму практически идентичны законной неустойке. Соответственно, к процентам годовым вполне применима по аналогии ст. 394 ГК РФ. Соответственно, стороны вправе договориться о том, что (а) убытки возмещаются в полном размере помимо начисленных процентов, (б) кредитор вправе выбирать между требованием о взыскании убытков и процентов годовых, (в) права кредитора ограничены взысканием процентов годовых, а требование о взыскании убытков в большем размере исключено. В последнем случае мы имеем фактическое ограничение ответственности должника. Следовательно, к такому условию применимо положение п. 4 ст. 401 ГК РФ, согласно которому условие договора, ограничивающее ответственность за умышленное нарушение, ничтожно. Поэтому, если выяснится, что нарушение должником своего денежного обязательства было умышленным (о понятии умышленного нарушения см. комментарий к п. 4 ст. 401 ГК РФ), суд должен проигнорировать условие договора об исключительном характере процентов годовых и присудить в пользу кредитора доказанные им убытки, превышающие размер процентов.

3. Согласно п. 3 ст. 395 ГК РФ проценты подлежат уплате по день фактического погашения долга.

3.1. День уплаты долга входит в период расчета процентов (Постановление Президиума ВАС РФ от 28 января 2014 г. № 13222/13, п. 48 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

3.2. Если долг к моменту обращения в суд не погашен и кредитор требует его погашения, он вправе просить суд взыскать проценты за период до подачи иска в суд в виде фиксированной начисленной суммы, а с момента подачи иска и до момента фактического исполнения решения о взыскании основного долга — по соответствующей формуле. Начисление процентов годовых «на будущее», т.е. до даты фактического погашения долга на основании судебного решения было предусмотрено в п. 51 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8, а также было предусмотрено отмененном в марте 2016 г. п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22. В этом случае в решении суда указывается на необходимость рассчитать итоговую сумму процентов за период до фактического исполнения решения о взыскании основного долга.

Сейчас этот подход однозначно подтвержден в п. 48 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. Соответственно, как указывает ВС РФ, «расчет процентов, начисляемых после вынесения решения, осуществляется в процессе его исполнения судебным приставом-исполнителем, а в случаях, установленных

законом, — иными органами, организациями, в том числе органами казначейства, банками и иными кредитными организациями, должностными лицами и гражданами (часть 1 статьи 7, статья 8, пункт 16 части 1 статьи 64 и часть 2 статьи 70 Закона об исполнительном производстве). Размер процентов определяется по средним ставкам банковского процента по вкладам физических лиц, имевшим место в соответствующие периоды после вынесения решения (пункт 1 статьи 395 ГК РФ)». Последнее предложение в условиях изменения п. 1 ст. 395 ГК РФ с 1 августа 2016 г. утрачивает смысл в отношении периодов просрочки после 1 августа 2016 г. С этого момента начисление процентов должно осуществляться согласно действующей в соответствующие отрезки времени ключевой ставке Банка России.

Возможность взыскания процентов годовых «на будущее» подтверждается и в ряде кассационных определений ВС РФ (Определение КЭС ВС РФ от 10 ноября 2016 г. № 309-ЭС16-9411).

При этом государственная пошлина рассчитывается исходя из суммы, начисленной за период на дату подачи иска в суд. Это было ранее разъяснено в отмененном в марте 2016 г. п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22, но вполне и без этой подсказки может быть выведено из толкования закона.

Если при этом взыскивается долг, номинированный в иностранной валюте, и суд в решении указывает на необходимость взыскания самой валюты (там, где расчеты в валюте допускаются валютным законодательством) или рублевой суммы, эквивалентной соответствующей сумме в иностранной валюте (там, где в договоре содержится валютная оговорка), в ситуации экзотичности валюты долга и отсутствия официальной статистики ЦБ РФ может возникать проблема с определением процентной ставки при взыскании процентов годовых «на будущее». При отсутствии официальной статистики ЦБ РФ в отношении процентных ставок по вкладам физических лиц (с 1 августа 2016 г. ставок по кредитам) в соответствующей валюте суд не может в решении предписать четкую формулу расчета процентов на будущее, так как в подобных случаях средняя ставка подлежит доказыванию. Соответственно, в подобных редких ситуациях, видимо, не остается ничего иного кроме как закрепить в судебном решении, предписывающем начисление процентов годовых «на будущее», конкретный размер процентной ставки с опорой на ту статистику, которая существует на момент рассмотрения дела.

3.3. Согласно п. 3 ст. 395 ГК РФ законом, иными правовыми актами или договором может быть предусмотрен более короткий период начисления процентов. При этом следует исходить из того, что условие договора об установлении более короткого периода начисления процентов (особенно в случаях, когда такой период крайне незначителен) может быть не признано судом в случаях, если такое условие было навязано слабой стороне договора (ст. 10, 169, 428 ГК РФ). Этот вывод вытекает из п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16.

4. Пункт 4 ст. 395 ГК РФ, появившийся в Кодексе с 1 июня 2015 г., по общему правилу исключает одновременное взыскание предусмотренной договором неустойки за просрочку в оплате и процентов годовых. При наличии в договоре неустойки за просрочку в оплате кредитор вправе требовать уплаты именно такой неустойки, а право взыскания процентов блокируется. Ранее в судебной практике встречался подход, согласно которому в такой ситуации кредитор вправе выбирать

между требованием об уплате процентов и требованием о взыскании неустойки (п. 6 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14). Это был менее логичный подход, противоречащий принципу свободы договора: установив неустойку, стороны в большинстве случаев имеют в виду исключить применение такой меры ответственности, как проценты за просрочку. С 1 июня 2015 г. этот подход отвергнут. В то же время с учетом правил ст. 422 ГК РФ о действии норм ГК РФ во времени старая позиция о возможности выбора кредитором одной из двух санкций продолжает применяться к договорам, заключенным до 1 июня 2015 г. (Определение КЭС ВС РФ от 10 ноября 2016 г. № 309-ЭС16-9411).

По смыслу данной нормы ГК РФ речь идет о договорной неустойке, установленной в качестве пени и носящей однородную с процентами природу, т.е. начисляемой, как и проценты, по ст. 395 ГК РФ, периодически за каждый день просрочки. Если в договоре установлен фиксированный штраф за сам факт возникновения просрочки и нарушения платежной дисциплины, а пени за каждый день просрочки не установлены, кредитор вправе требовать взыскания как указанного штрафа, так и процентов по ст. 395 ГК РФ без ущерба для права суда снизить общий размер ответственности по правилам ст. 333 ГК РФ.

4.1. Если в договоре предусмотрены пени и при этом установлен предельный размер их начисления (например, не более чем за определенное количество дней или не более чем тот или иной процент от размера всего долга), воля сторон направлена на ограничение объема вменяемой и не подлежащей доказыванию ответственности. Соответственно, начисление процентов за период после того, как пени достигли предельного уровня, видимо, не должно допускаться, если в договоре не предусмотрено иное. Такое решение в большем числе случаев будет соответствовать тому, что на самом деле имели в виду стороны. Как уже отмечалось в комментарии к п. 1 настоящей статьи, правило о начислении процентов годовых должно считаться диспозитивным, и стороны по общему правилу при отсутствии явного неравенства переговорных возможностей вправе исключить или ограничить начисление процентов годовых. В связи с этим нет причин возражать и против того, чтобы вменяемая ответственность должника могла быть ограничена определенной суммой, и начисление процентов годовых не начиналось после прекращения начисления пеней. Это ни в коей мере не влечет полноценное ограничение объема ответственности, так как ничто не препятствует кредитору в такой ситуации доказать и взыскать возникшие в связи с просрочкой в оплате убытки в размере, превышающем сумму неустойки. В то же время, как уже отмечалось, подобное условие договора может быть не признано судом по правилам ст. 10, 428 ГК РФ, если оно было навязано слабой стороне договора.

4.2. В силу прямого указания на диспозитивность нормы п. 4 настоящей статьи стороны в договоре или закон могут установить кумулятивное взыскание процентов и пеней. Кроме того, кумулятивное взыскание неустойки за просрочку в оплате и процентов годовых согласно судебной практике считается легализованным в случае, когда в силу прямого указания в договоре неустойка носит штрафной характер (п. 42 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17, ранее тот же, по сути, подход был отражен в п. 15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

Также нет принципиальных возражений против того, чтобы в договоре было установлено альтернативное сочетание договорных пеней и процентов годовых. В этом случае кредитор вправе выбирать одну из двух указанных санкций.

4.3. Пункт 4 ст. 395 ГК РФ говорит только о договорной неустойке. Но что если речь идет о законной неустойке? Представляется, что с точки зрения системной логики и в данном случае кумуляция процентов и неустойки по общему правилу невозможна, если только на такую кумуляцию или штрафной характер законной неустойки не указывает закон. Иначе говоря, по общему правилу действие ст. 395 ГК РФ, которая устанавливает общую норму о законной неустойке на случай неисполнения денежных обязательств, перекрываются за счет появления в законе специальной нормы, устанавливающей законную неустойку для случая просрочки исполнения денежного обязательства из конкретного вида договора (*lex specialis derogat generali*).

4.4. Установленная в договоре или законе неустойка за просрочку в оплате может быть как больше, так и меньше того объема ответственности, который вытекает из положений ст. 395 ГК РФ. Если договорная или законная неустойка установлена на уровне меньшем, чем ключевая ставка в соответствующие отрезки времени в рамках периода просрочки, это никоим образом не ограничивает ответственность, так как ничто не препятствует праву кредитора доказать все возникшие убытки и взыскать их в сумме, превышающей уровень неустойки. В то же время с учетом того, что доказывание убытков, вызванных просрочкой в оплате, задача достаточно непростая, включение в договор условия о пенях, размер которых значительно и заведомо ниже ставки, определяемой по правилам п. 1 ст. 395 ГК РФ, может быть судом заблокировано как явное несправедливое условие, если оно навязано слабой стороне договора (ст. 10, 428 ГК РФ).

Если речь идет о договорной неустойке, которая в силу условий договора является исключительной и блокирует возможность взыскания убытков в большем размере, условие договора об исключительной неустойке должно быть проигнорировано, а кредитор должен иметь право потребовать взыскания процентов по ст. 395 ГК РФ, а также доказанных убытков, превышающих эти проценты, в ситуации, когда нарушение договора носило умышленный характер. Этот вывод вытекает из нормы п. 4 ст. 401 ГК РФ, которая предусматривает ничтожность заранее заключенного соглашения об ограничении ответственности за умышленное нарушение. По сути, установление в договоре исключительной неустойки является механизмом ограничения ответственности, которое применительно к случаям умышленного нарушения недопустимо.

5. Согласно п. 5 ст. 395 ГК РФ закон может предусматривать начисление процентов на ранее начисленные проценты (сложные проценты). По общему правилу начисление сложных процентов не допускается. Включение в договор условия о сложных процентах допускается только в отношении договоров, заключенных в рамках осуществления его сторонами предпринимательской деятельности.

По логике данной статьи тот же дифференцированный подход должен применяться и к установлению в договоре условия об автоматической капитализации начисленных процентов (увеличения суммы долга на сумму начисленных ранее процентов). Такие условия о трансформации процентов в основной долг под отлагательным условием непогашения процентов в течение того или иного периода

можно предусмотреть в сугубо коммерческом договоре, но нельзя в остальных случаях.

5.1. В данной норме мы наблюдаем классический дефект российского гражданского законодательства: при попытке дифференцировать степень свободы договора законодатель устанавливает в качестве основания для применения более либерального режима договор, заключенный между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, не учитывая, что релевантные проявления свободы договора могут быть включены в договор между предпринимателем и непредпринимателем в пользу последнего. В связи с этим, как и во всех подобных случаях, данную норму следует толковать расширительно на основе телеологических соображений и видеть в ней запрет на включение в договор условия о капитализации процентов или начислении процентов на проценты в ситуации, когда должником является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность, независимо от того, кто является кредитором. Если же должником является предприниматель, а кредитором — непредприниматель, договор вполне может предусматривать условия о капитализации процентов (начислении процентов на проценты).

5.2. При этом очевидно, что данная норма говорит о начислении процентов годовых по ст. 395 ГК РФ на проценты годовые, ранее начисленные в силу той же статьи. Отказ в начислении процентов годовых на ранее начисленные проценты годовые в качестве общего правила вполне логичен, так как иначе образовывалось бы бесконечное «нагромождение» процентов на проценты, что вряд ли соответствует воле большинства контрагентов. В то же время представляется, что с момента присуждения судом (вступления в силу судебного решения о взыскании) процентов годовых, рассчитанных в виде твердой суммы за период просрочки, предшествующий обращению в суд, на такую сумму должны начисляться проценты по ст. 395 ГК РФ. По сути, присуждение судом процентов «сливает» их с суммой основного долга, и в данном случае правовая природа этого присужденного денежного долга (основной долг или ранее начисленные проценты) теряет свое значение. На выходе имеется решение суда о взыскании определенной суммы, и на всю эту сумму в случае неисполнения решения суда должны начисляться проценты годовые по ст. 395 ГК РФ. Суд присуждает такой долг, состоящий из основного долга и ранее начисленных процентов, и указывает в судебном решении, что на эту общую сумму «на будущее» подлежат начислению проценты годовые до момента фактического исполнения решения суда о взыскании долга.

В то же время, видимо, начисление процентов годовых на проценты годовые, присужденные «на будущее» и подлежащие начислению после вынесения решения о взыскании долга и до фактического его исполнения, было бы избыточным, так как иначе возникала бы угроза бесконечного «нагромождения» одних процентов на другие.

5.3. Если договор предусматривает возможность начисления процентов на ранее невыплаченные проценты (или условие о капитализации процентов), встает важный вопрос: с какого момента происходит «нагромождение» процентов на проценты (или капитализация процентов). Этот вопрос должен быть прямо решен в договоре. Иначе возникает серьезная неопределенность. Странно предполагать, что этим моментом может быть следующий же день после каждого из дней просрочки. При этом логично предположить, что условия договора, которые предусматривают крайне короткий

срок для произведения капитализации процентов, могут восприниматься как явно несправедливые и блокироваться по правилам ст. 10, 428 ГК РФ. Капитализация процентов по прошествии года их начисления выглядит вполне приемлемо, но установление в качестве такого срока одной недели уже вызывает большие сомнения, особенно если такое условие навязано слабой стороне договора. Необходимо отметить, что срок в 12 месяцев для капитализации предусмотрен в качестве общего правила для случая начисления процентов на просроченный долг в п. 1 ст. III.-3:709 Модельных правил европейского частного права.

5.4. Если стороны выбрали вариант установления автоматической капитализации начисленных процентов по прошествии определенного периода их начисления, возникает вопрос, блокирует ли это право должника апеллировать к правилу п. 6 настоящей статьи о снижении процентов, правилу п. 2 о зачетном соотношении процентов и убытков, правилам ст. 404 ГК РФ об уменьшении ответственности при вине кредитора и иным правилам, составляющим правовой режим такой меры ответственности, как проценты за просрочку. Формально с момента капитализации мы имеем дело уже с суммой основного долга. И если бы стороны произвели такую капитализацию постфактум отдельным своим соглашением, у судов вряд ли имелись бы основания для квалификации данной суммы в качестве ответственности после такой капитализации. Но в ситуации, когда такая капитализация производится автоматически на основании ранее заключенного соглашения, можно говорить о том, что подобное условие де-факто заранее лишает должника той защиты, которая ему предоставляется правовым режимом процентов годовых. В той мере, в которой соответствующие элементы этого режима являются диспозитивными, в этом нет проблемы, так как стороны могли бы сразу исключить их применение напрямую в договоре. Но в той степени, в которой эти элементы носят императивный характер, обход их применения за счет условия об автоматической капитализации носит как минимум спорный характер. Так, например, очевидно, что положения ст. 404 ГК РФ о вине кредитора должны считаться императивными, равно как и положения п. 6 ст. 395 ГК РФ о праве суда снизить чрезмерный размер установленных в договоре процентов (если таковой превышает тот уровень, который установлен в п. 1 ст. 395 ГК РФ).

5.5. Возникает также вопрос о том, подлежат ли проценты по ст. 395 ГК РФ по общему правилу начислению на невыплаченные в срок проценты по займу или кредиту. Согласно п. 15 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 проценты по ст. 395 ГК РФ не подлежат начислению на невыплаченные в срок проценты по займу (кредиту), если иное не указано в законе или договоре. Такое решение является не вполне логичным, так как в случае с займом и кредитом уплата процентов за пользование заемным капиталом является единственной формой отражения цены договора и вознаграждения займодавца (банка). При отсутствии в договоре условия о пенях, начисляемых за неуплату процентов по займу (кредиту), заемщик получает возможность безнаказанно не вносить вовремя положенную оплату за «услуги» займодавца (банка). Неполучение займодавцем (банком) в срок причитающихся ему процентов означает не что иное, как нарушение заемщиком денежного обязательства по оплате и должно влечь ответственность по правилам ст. 395 ГК РФ не в случаях, когда на это прямо указано в законе или договоре, а по общему правилу. В таком случае проценты по ст. 395 ГК РФ должны начис-

ляться на сумму невыплаченных в срок процентов за соответствующий расчетный месяц с момента окончания срока для их уплаты. В условиях сохранения в силе вышеуказанных разъяснений высших судов такая возможность открыта сторонам только при наличии прямого указания в договоре на такую возможность.

Когда займодавец (банк) требует в суде помимо погашения основного долга и начисленных до момента подачи иска в суд процентов по займу (кредиту) еще и взыскания процентов на заемный капитал «на будущее», т.е. до момента погашения основного долга, суд вряд ли имеет возможность указать в судебном решении формулу начисления процентов годовых на суммы процентов на заемный капитал, подлежащих начислению с момента подачи иска и до фактического взыскания основного долга (при наличии в договоре условия о начислении процентов по ст. 395 ГК РФ на проценты по займу или кредиту). Но и исключать такую ответственность тоже было бы нелогично. Иначе бы получалась странная ситуация, при которой до момента присуждения заемного долга заемщик платит проценты годовые по ст. 395 ГК РФ на сумму невыплаченных в срок процентов по займу (кредиту), а после присуждения его положение парадоксальным образом улучшается, и он освобождается от ответственности за неуплату процентов на капитал. Примирить эти соображения, видимо, может следующее решение: после фактического исполнения решения суда о взыскании основного долга займодавец (банк) может обратиться с отдельным требованием о доначислении процентов годовых на сумму начисленных до фактического исполнения решения суда процентов по займу (кредиту).

6. В силу п. 6 ст. 395 ГК РФ суд вправе уменьшить размер процентов годовых в случае явной несоразмерности таких процентов последствиям нарушения обязательства, но не ниже того уровня, который соответствует средним ставкам по вкладам физических лиц. Соответственно, применение данной нормы возможно только в тех случаях, когда договор или закон предусмотрели повышенный уровень процентов.

6.1. Согласно п. 48 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 к снижению несоразмерного уровня согласованных в договоре процентов положения ст. 333 ГК РФ не применяются. Это разъяснение не стоит понимать таким образом, что к снижению процентов не могут применяться по аналогии закона положения ст. 333 ГК РФ, согласно которым снижение неустойки, подлежащей уплате предпринимателем, возможно в исключительных случаях. Применение здесь по аналогии закона ст. 333 ГК РФ с точки зрения системной согласованности позитивного права достаточно логично, так как повышение договором уровня процентов годовых за неисполнение денежного обязательства, по сути, неотличимо от установления договорной неустойки.

6.2. Очевидная проблема возникает в связи с тем, что в п. 6 комментируемой статьи установлено, что снижение несоразмерных процентов возможно лишь по заявлению должника. В то же время согласно ст. 333 ГК РФ, если должником не является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, снижение несоразмерной неустойки возможно и по инициативе суда. Эта несинхронность регулирования, по сути, идентичных ситуаций неприемлема. В таких условиях логично толковать норму п. 6 о снижении процентов судом по заявлению должника ограничительно и не распространять ее на случай, когда должник не осуществляет предпринимательскую деятельность.

Статья 396. Ответственность и исполнение обязательства в натуре

1. Уплата неустойки и возмещение убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательства не освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено законом или договором.

2. Возмещение убытков в случае неисполнения обязательства и уплата неустойки за его неисполнение освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено законом или договором.

3. Отказ кредитора от принятия исполнения, которое вследствие просрочки утратило для него интерес (пункт 2 статьи 405), а также уплата неустойки, установленной в качестве отступного (статья 409), освобождают должника от исполнения обязательства в натуре.

Комментарий

1. Из буквального прочтения положений п. 1 ст. 396 ГК РФ может быть сделан вывод, что взыскание любых убытков и уплата любой неустойки в случае ненадлежащего исполнения не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре. Такой вывод был бы в корне неверным, так как решение вопроса о сохранении обязательства при взыскании убытков или неустойки зависит от того, о каких убытках и о какой неустойке идет речь. Если кредитор, столкнувшийся с ненадлежащим исполнением, требует от нарушителя в соответствии с п. 5 ст. 453 и ст. 393¹ ГК РФ возмещения убытков, вызванных расторжением нарушенного должником договора (например, убытков в виде спекулятивной наценки от перепродажи товара, не полученной из-за срыва договора по вине поставщика; убытков в виде разницы между ценой нарушенного и расторгнутого договора и ценой заключенной взамен него заменяющей сделки, а также абстрактных убытков), то предъявление таких требований свидетельствует об отказе от договора, а поэтому несовместимо с сохранением нарушенного обязательства и не может сочетаться с требованием об исполнении такого обязательства в натуре. Такие убытки можно называть убытками взамен исполнения. В равной степени если в договоре предусмотрена неустойка, установленная в виде штрафа за срыв договора из-за нарушений, допущенных должником, взыскание такой неустойки не может сочетаться с реальным исполнением: кредитор вынужден выбирать между истребованием реального исполнения в натуре и взысканием такого штрафа (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 февраля 2013 г. № 13585/12; подробнее см. комментарий к ст. 330 ГК РФ).

Сохранение нарушенного обязательства и возможности истребовать его исполнение в натуре имеет место тогда, когда к взысканию предъявляется взыскание убытков, вызванных самим фактом нарушения, или неустойки, установленной за сам факт нарушения, т.е. для покрытия потерь от самого факта нарушения (например пени). В такого рода ситуациях кредитор может требовать одновременно и исполнения обязательства в натуре, и возмещения убытков или уплаты неустойки.

Соответственно, норму п. 1 ст. 396 ГК РФ следует толковать не в том смысле, что уплата неустойки и возмещение убытков *в случае* ненадлежащего исполнения совместима с истребованием исполнения нарушенного обязательства в натуре, а в том смысле, что предъявление требования об уплате неустойки, установленной

за сам факт нарушения обязательства (в форме просрочки или иного ненадлежащего исполнения), а также о возмещении убытков, вызванных самим фактом нарушения, а равно фактическое удовлетворение таких требований совместимы с реальным исполнением.

Этот подход в целом разделяется и в судебной практике. Согласно п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 предъявление требования об исполнении обязательства в натуре не лишает кредитора права потребовать возмещения убытков, неустойки за просрочку исполнения обязательства.

2. При толковании п. 2 ст. 396 ГК РФ возникает проблема, аналогичная той, которая описана в комментарии к п. 1 указанной статьи. Закон говорит, что возмещение убытков и уплата неустойки *в случае* неисполнения обязательства несовместимы с сохранением обязательства и требованием исполнения в натуре. Так как неисполнение обязательства — это текущая просрочка, из буквального толкования может быть сделан ошибочный вывод, что взыскание неустойки или убытков в случае просрочки не может сочетаться с реальным исполнением. Такая интерпретация абсурдна, так как из нее, в частности, вытекало бы, что кредитор не может требовать уплаты основного долга и одновременно требовать уплаты пени за просрочку. Соответственно, толковать норму п. 2 ст. 396 ГК РФ нужно следующим образом: кредитор лишается права требовать исполнения обязательства в натуре в случае выдвигания им требования о возмещении убытков, вызванных вынужденным расторжением договора, т.е. убытков взамен исполнения (п. 5 ст. 453, ст. 393¹ ГК РФ), а также требования об уплате неустойки, установленной в договоре за срыв контракта по вине должника. Выдвижение таких требований свидетельствует о воле кредитора отказаться от договора, а отказ от договора прекращает обязательство, что лишает кредитора возможности настаивать на исполнении договорного обязательства. Иначе говоря, под неисполнением для целей толкования данной нормы нужно понимать не вид нарушения (текущую просрочку), а правовой итог, к которому приходит договор в результате нарушения и последовавшего расторжения. Расторжение договора оставляет договор неисполненным. И именно в таком значении понятие «неисполнение» используется в п. 2 ст. 396 ГК РФ.

3. В п. 3 ст. 396 ГК РФ указывается, что предусмотренный в п. 2 ст. 405 ГК РФ отказ кредитора от принятия исполнения в случае просрочки должника, повлекшей утрату интереса кредитора в исполнении договора, прекращает обязательство должника и лишает кредитора права требовать его исполнения. Это вполне логично, так как отказ от принятия исполнения по п. 2 ст. 405 ГК РФ есть не что иное, как односторонний отказ от договора (см. п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5, а также постановления Президиума ВАС РФ от 17 декабря 2013 г. № 9223/13, от 3 декабря 2002 г. № 2430/02, от 11 июня 2002 г. № 6746/01, подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 405 ГК РФ). Отказ же от договора как форма его расторжения прекращает обязательства.

В том же п. 3 ст. 396 ГК РФ предусматривается, что право требовать исполнения обязательства отпадает и тогда, когда уплачена неустойка, установленная в качестве отступного (отступная неустойка). Сама по себе эта конструкция имеет достаточно

туманную природу. В доктрине до сих пор не сложилось ясного ее понимания. Очевидно, что в случае с отступной неустойкой мы имеем гибридный институт, совмещающий некоторые признаки неустойки и отступного. Но более детально характеристики этого инструмента остаются пока не проясненными. Представляется, что по своей сути отступная неустойка идентична штрафу за срыв договора по вине должника, но имеет ту особенность, что ее вправе уплатить сам должник по своему усмотрению, тем самым освободившись от договора. Именно эта возможность погашения неустойки с целью прекращения обязательств по инициативе должника отличает отступную неустойку от обычной неустойки, установленной за срыв договора по вине должника. Последняя подлежит уплате, только если кредитор в ответ на нарушение решил расторгнуть договор; сам должник уплатить ее с целью откупиться от договора не вправе. Соответственно, в случае с обычной неустойкой за срыв контракта по вине должника вопрос о сохранении договора в силе остается на усмотрении кредитора. В случае же с отступной неустойкой существуют две возможности: с одной стороны, кредитор, пострадавший от нарушения, как и в случае с обычной неустойкой за срыв договора, вправе сам решиться на расторжение договора и взыскание такой неустойки; с другой же стороны, должник, нарушивший договор, также вправе уплатить такую отступную неустойку и тем самым положить конец договору и своему нарушенному обязательству в том числе. Остается только заметить, что в силу сложности такого инструмента, как отступная неустойка, в практике договорной работы он оказывается практически невостребован, и какой-либо развернутой судебной практики, которая могла бы подтвердить, уточнить или опровергнуть сделанные выше выводы в отношении его природы, не существует.

Статья 397. Исполнение обязательства за счет должника

В случае неисполнения должником обязательства изготовить и передать вещь в собственность, в хозяйственное ведение или в оперативное управление, либо передать вещь в пользование кредитору, либо выполнить для него определенную работу или оказать ему услугу кредитор вправе в разумный срок поручить выполнение обязательства третьим лицам за разумную цену либо выполнить его своими силами, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов, договора или существа обязательства, и потребовать от должника возмещения понесенных необходимых расходов и других убытков.

Комментарий

(а) Норма ст. 397 ГК РФ сформулирована не совсем корректно и не имеет аналогов в зарубежном праве, так как она, по сути, дублирует общие положения закона о праве на расторжение нарушенного договора (п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405, п. 2 ст. 450 ГК РФ) и взыскании убытков, вызванных расторжением (ст. 393, п. 5 ст. 453, ст. 393¹ ГК РФ). Тот факт, что здесь законодатель при фиксации права кредитора найти замену должнику, не исполнившему свое обязательство, или выполнить своими силами то, что было обещано должником, имеет в виду именно расторжение договора, не оставляет никаких сомнений. Трудно себе представить привлечение кредитором вместо должника третье лицо без расторжения договора (как минимум

в части данного обязательства) с самим должником. С учетом того, что право кредитора расторгнуть нарушенный договор и взыскать все связанные с этим убытки и помимо ст. 397 ГК РФ предусмотрено в ряде норм закона, наличие ст. 397 ГК РФ является явно лишним.

(б) В норме нет указания на то, что иное может быть предусмотрено договором. В то же время ее толкование не оставляет сомнений в том, что договор может предусмотреть те или иные особенности расторжения и взыскания убытков (например, договор в силу ст. 15 и 400 ГК РФ может ограничить кредитора, расторгнувшего договор, только правом на взыскание понесенных расходов или иным образом ограничить размер взыскиваемых в связи с расторжением убытков, предусмотреть конкретную процедуру расторжения и т.п.). В то же время свобода сторон ограничить в принципе возможность расторжения нарушенного договора может быть в ряде случаев заблокированной (см. подробнее комментарий к ст. 450 ГК РФ).

(в) В силу п. 25 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 норма ст. 397 ГК РФ «не лишает кредитора возможности по своему выбору использовать другой способ защиты, например, потребовать от должника исполнения его обязательства в натуре либо возмещения убытков, причиненных неисполнением обязательства». Иначе говоря, сам по себе факт того, что не исполненное должником обязательство было направлено на оказание услуг или выполнение работ, не блокирует право кредитора требовать исполнения такого обязательства в натуре. В некоторых случаях такие иски должны допускаться (в первую очередь в ситуации, когда кредитор не может найти адекватную замену должнику). Подробнее см. комментарий к ст. 308³ ГК РФ.

Статья 398. Последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь

В случае неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность, в хозяйственное ведение, в оперативное управление или в возмездное пользование кредитору последний вправе требовать отобрания этой вещи у должника и передачи ее кредитору на предусмотренных обязательством условиях. Это право отпадает, если вещь уже передана третьему лицу, имеющему право собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления. Если вещь еще не передана, преимущество имеет тот из кредиторов, в пользу которого обязательство возникло раньше, а если это невозможно установить, — тот, кто раньше предъявил иск.

Вместо требования передать ему вещь, являющуюся предметом обязательства, кредитор вправе потребовать возмещения убытков.

Комментарий

(а) Статья 398 ГК РФ позволяет кредитору, которому не передана индивидуально-определенная вещь (в том числе на основе договора купли-продажи, мены, аренды и т.п.), требовать ее отобрания у должника. Такой иск нередко предъявляется и удовлетворяется в судебной практике, в частности, в отношении недвижимости

по договорам купли-продажи недвижимости (п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22; п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54), аренды недвижимости (п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73) и т.п.

По сути, здесь речь идет о частном случае иска о присуждении к исполнению обязательства в натуре (п. 1 ст. 308³ ГК РФ). Из этой нормы не следует делать вывод о том, что в случае родовых вещей, ценных бумаг, исключительных прав или иных имущественных прав кредитор, не получивший соответствующий объект от должника, не вправе требовать исполнения обязательства в натуре. В силу ст. 308³ ГК РФ возможность предъявления такого иска признается в качестве универсальной. Иное может вытекать из закона, договора или существования обязательства (подробнее см. комментарий к ст. 308³ ГК РФ).

(б) Соответственно, основная функция ст. 398 ГК РФ состоит не в том, чтобы подтвердить возможность подачи иска об исполнении обязательства в натуре применительно к индивидуально-определенной вещи, а в том, чтобы оговорить условия удовлетворения такого иска.

(в) Если объектом отчуждения является недвижимость, кредитор, которому данная недвижимость должна была быть передана в собственность, вправе соединить требование об отобрании недвижимости по ст. 398 ГК РФ с требованием о принудительной регистрации перехода права собственности (ст. 551 ГК РФ). При этом требование о регистрации перехода права собственности не может быть удовлетворено, если суд откажет в удовлетворении требования об исполнении обязанности продавца передать недвижимость (см. п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Если покупателю недвижимая вещь уже передана во владение, но продавец уклоняется от перерегистрации права собственности в ЕГРП, покупатель может на основании ст. 551 ГК РФ потребовать регистрации перехода права собственности в судебном порядке. Когда договором продажи недвижимости предусмотрено, что переход права собственности не зависит от исполнения обязанности продавца передать соответствующий объект, сохранение продавцом владения этим имуществом не является препятствием для удовлетворения иска покупателя о государственной регистрации перехода права на основании ст. 551 ГК РФ (п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

(г) В п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 указано, что «по смыслу статьи 398 ГК РФ, при отсутствии у должника индивидуально-определенной вещи, которая подлежит передаче кредитору, кредитор не вправе требовать ее отобрания у должника и передачи в соответствии с условиями договора, что не лишает кредитора права требовать от должника возмещения убытков, причиненных неисполнением договора». Иначе говоря, нахождение истребуемой вещи во владении должника является условием удовлетворения иска об отобрании вещи.

В то же время нахождение вещи на хранении у третьего лица не может служить препятствием к удовлетворению иска об отобрании (п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

(д) Может ли иск об истребовании вещи быть удовлетворен, если к моменту подачи иска истребуемая вещь передана должником во владение арендатору?

В п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 на этот счет указано, что «по смыслу статьи 398 ГК РФ передача индивидуально-определенной вещи, в частности, в аренду... не препятствует удовлетворению требования кредитора – приобретателя этой вещи к должнику – отчуждателю об исполнении *обязательства передать вещь в собственность*. В таком случае к участию в деле привлекаются арендатор...».

Эти разъяснения ВС РФ требуют некоторых комментариев.

Очевидно, что при передаче должником обещанной кредитору недвижимости в аренду арендатору кредитор не может требовать отобрания недвижимости у арендатора (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66). В этом случае кредитор может предъявить иск по ст. 551 ГК РФ о принудительной регистрации перехода права собственности (п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22), но не может лишить арендатора владения. При этом принудительная регистрация перехода права собственности права арендатора не затронет, так как в силу ст. 617 ГК РФ произойдет замена арендодателя. Покупатель приобретет право собственности на вещь, обремененную арендой (принцип следования). Если купленная вещь является движимой, или речь идет о не подлежащем регистрации договоре аренды недвижимости, покупатель должен смириться с этим и может защищать свои права, предъявляя договорные иски к продавцу (отказ от договора, возврат уплаченной цены, взыскание убытков и т.п.).

Единственным исключением из правила о применении принципа следования может являться ситуация, когда договор аренды недвижимости, подлежащий государственной регистрации (например, аренда здания или земельного участка на срок год и более), не был зарегистрирован. В силу п. 3 ст. 433 ГК РФ, вступившей в силу 1 июня 2015 г., такой незарегистрированный договор аренды не порождает правовых эффектов для третьих лиц, что, в частности, может означать и блокирование применения ст. 617 ГК РФ о принципе следования. Ранее отсутствие эффекта следования прав арендатора на вещь при смене собственника в случае несоблюдения требования регистрации долгосрочной аренды признавал ВАС РФ (п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73). При такой интерпретации недвижимая вещь может быть истребована новым собственником у арендатора. Природа этого иска может обсуждаться, но, вероятнее всего, он должен иметь виндикационный характер.

В то же время теоретически возможно и более гибкое решение проблемы незарегистрированной аренды. Как известно, для аренды здания (сооружения) или земельного участка сроком менее года регистрация вовсе не обязательна, и отсутствие регистрации в такой ситуации само по себе не отменяет действие ст. 617 ГК РФ. Таким образом, очевидно, что законодатель считает приемлемой ситуацию, когда покупатель недвижимости может приобрести недвижимость, обремененную краткосрочной арендой, не зная об этом. Видимо, он считает, что при таком сроке аренды интересы покупателя страдают не столь сильно. С учетом этого возможно было бы логично не отменять принцип следования при отсутствии регистрации долгосрочной аренды здания (сооружения) или земельного участка и не давать покупателю право немедленно после покупки требовать отобрания вещи у арендатора, а вместо этого признать вхождение покупателя в договорные отношения

с арендатором, но предоставить покупателю право отказаться от договора аренды по истечении года. Если когда-нибудь в нашей судебной практике будет реализован этот подход, вопрос о праве покупателя истребовать вещь у арендатора отпадает сам собой, так как их отношения переходят в сугубо договорную плоскость.

Спорным может являться ситуация, когда доказано, что покупатель недвижимости знал о наличии незарегистрированной аренды. Пункт 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165 на основании ст. 10 ГК РФ признавал в условиях действовавшего до 1 июня 2015 г. законодательства, что в такой ситуации эффект следования прав арендатора на вещь сохраняется, несмотря на отсутствие регистрации. На данный момент не вполне понятно, может ли незарегистрированная аренда быть противопоставлена новому собственнику, который знал о наличии такого договора аренды, с учетом новой редакции п. 3 ст. 433 ГК РФ, которая никаких оговорок в отношении принципа отсутствия «внешних» правовых эффектов незарегистрированного договора в этой части не делает. В то же время есть все основания ответить на этот вопрос утвердительно (см. комментарий к п. 3 ст. 433 ГК РФ).

Как же в этих условиях понимать указание в п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 на право кредитора требовать от должника, сдавшего вещь в аренду, *передачи вещи в собственность*? Думается, тут ВС РФ имел в виду скорее не иск *об отобрании* по ст. 398 ГК РФ, а преобразовательный иск, направленный на перевод прав собственности на вещь. В случае с недвижимостью таким иском будет иск о перерегистрации права собственности по ст. 551 ГК РФ. В случае же с движимостью (например, при аренде оборудования) речь должна идти о некоем не очень разработанном в российском праве иске о переводе прав собственности без передачи владения.

(е) Применительно к ситуации, когда должник успел передать вещь в ссуду, п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 указывает, что «по смыслу статьи 398 ГК РФ передача индивидуально-определенной вещи, в частности... в безвозмездное пользование... не препятствует удовлетворению требования кредитора – приобретателя этой вещи к должнику – отчуждателю об исполнении *обязательства передать вещь в собственность*. В таком случае к участию в деле привлекаются... ссудополучатель». Толкование этого разъяснения, видимо, должно осуществляться таким же образом, как и в случае с арендой. Применительно к ссуде закон (п. 1 ст. 700 ГК РФ) также признает принцип следования. Покупатель недвижимости или движимой вещи не может лишиться владения ссудополучателя, если тот получил его непосредственно от старого собственника до перехода права собственности на вещь покупателю, так как к последнему в силу прямого указания закона вещь переходит в собственность, обремененная правами ссудополучателя. Соответственно, единственное разумное решение состоит в том, чтобы видеть в этой правовой позиции ВС РФ указание на то, что покупатель может требовать перевода на себя права собственности (в случае с недвижимостью путем регистрации перехода права на основании судебного решения по правилам ст. 551 ГК РФ), но не физического отобрания отданной в ссуду вещи.

В то же время следует учитывать, что покупатель может не знать об обременении истребуемой вещи правами ссудополучателя. Закон, вводя принцип следования при-

менительно к договорам ссуды, предусматривает государственную регистрацию ссуды недвижимости только при передаче в ссуду объектов культурного наследия (п. 1 ст. 4 и п. 4 ст. 26 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»), а также при передаче в ссуду земельных участков на срок, равный году или более (п. 2 ст. 26 ЗК РФ). В остальных случаях (например, в отношении зданий и сооружений, не относящихся к объектам культурного наследия) государственная регистрация договоров ссуды в отношении недвижимости законом почему-то не предусмотрена. Соответственно, могут возникнуть ситуации, когда покупатель недвижимости приобретет объект, обремененный правами ссудополучателя, не зная о наличии таких прав. По буквальному значению нормы п. 1 ст. 700 ГК РФ такой покупатель должен мириться с правами ссудополучателя недвижимости независимо от срока действия таких прав. Это представляется не вполне разумным. Ссуда может быть оформлена на многие десятилетия. Все-таки интерес добросовестного покупателя должен иметь приоритет перед интересом добросовестного ссудополучателя, так как первый является возмездным приобретателем, в то время как второй получил вещь в пользование безвозмездно. Возможно, п. 1 ст. 700 ГК РФ следует толковать ограничительно и позволить новому собственнику, если он не знал и не должен был знать о наличии обременения в виде ссуды (добросовестному приобретателю), истребовать недвижимость у ссудополучателя. Также, возможно, баланс интересов сторон будет найден, если право будет допускать следование в такой ситуации, но давать новому покупателю, вступившему в договор ссуды, право на отказ от договора по истечении года по аналогии с похожим предлагавшимся выше решением применительно к аренде.

(ж) Наиболее сложная проблематика, возникающая в контексте применения ст. 398 ГК РФ, проявляется в случае «двойной продажи». Согласно ст. 398 ГК РФ в ситуации, когда одна и та же вещь была обещана нескольким кредиторам одновременно, но она еще не передана ни одному из конкурирующих кредиторов, согласно ст. 398 ГК РФ приоритет имеет тот кредитор, обязательство в пользу которого возникло раньше. Если очередность возникновения обязательств по каким-то причинам невозможно установить (например, в силу того, что обязательства должника по передаче вещи разным кредиторам возникли в один и тот же день), приоритет имеет тот кредитор, который первым предъявил иск.

Эти положения более или менее ясны. Но некоторые спорные ситуации все-таки могут возникать. Например, можно представить себе ситуацию, когда после удовлетворении иска об истребовании вещи одного из покупателей выясняется, что данная вещь была еще до заключения договора с этим истцом обещана ответчиком другому покупателю. Последний мог не предъявлять иск об истребовании в течение длительного срока, например, рассчитывая на добровольное исполнение продавцом своего обязательства или в силу согласованной в договоре отсрочки в передаче вещи. В такой ситуации формально по букве ст. 398 ГК РФ приоритетом должен обладать не истец, в пользу которого присуждено отобрание вещи, а другой покупатель, чьи права в отношении данной вещи возникли ранее. В то же время очевидно, что после удовлетворения иска об истребовании вещи в пользу истца и передачи ему этой вещи по судебному решению пересмотр решения по вновь открывшимся обстоятельствам вряд ли разумен.

(з) Важным условием удовлетворения иска об отобрании вещи является ее нахождение во владении должника на момент подачи иска об ее истребовании по ст. 398 ГК РФ и *сохранение за должником права собственности на нее*. Как указано в данной статье, если вещь уже передана во владение третьего лица и последнее получило право собственности на нее, возможность истребования вещи от должника естественным образом отпадает.

Так, в п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 указано: «Если право требовать получения от должника индивидуально-определенной вещи, переход права на которую не подлежит государственной регистрации, принадлежало разным кредиторам, и вещь передана одному из них в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление, то другие кредиторы не вправе требовать от должника передачи вещи по правилам статьи 398 ГК РФ».

Как мы видим, законодатель урегулировал самые простейшие ситуации. На практике нередко возникают куда более сложные случаи. Далее попытаемся изложить эти основные «сложные случаи».

(и) *Первый сложный случай возникает в ситуации мнимого отчуждения*. Иск об отобрании, поданный покупателем к утратившему собственность продавцу и получившему собственность другому покупателю может быть удовлетворен, если будет доказано, что само отчуждение и переход права собственности носили мнимый характер. Как указано в п. 86 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, «осуществление сторонами мнимой сделки для вида государственной регистрации перехода права собственности на недвижимое имущество не препятствует квалификации такой сделки как ничтожной на основании пункта 1 статьи 170 ГК РФ». Если будет доказано, что сама эта сделка носит мнимый характер и совершена лишь для вида, с целью создать формальные препятствия к удовлетворению иска другого покупателя об отобрании вещи, а продавец намеревается сохранить реальный экономический контроль над вещью, такая сделка должна считаться ничтожной по п. 1 ст. 170 ГК РФ, что в силу принципа каузальности перехода права на основании договора с неизбежностью влечет признание ничтожным и переход права собственности, и передачу владения. Квалификация спорной сделки и ее исполнения в качестве мнимых актов открывает истцу доступ к иску об отобрании вещи.

(к) *Второй сложный случай возникает в ситуации недобросовестного вмешательства в чужие договорные отношения*. На наш взгляд, иск об отобрании, поданный против продавца и приобретшего собственность покупателя, может быть удовлетворен и в том случае, если будет доказано, что хотя сделка по отчуждению, переход права собственности и передача владения одному из покупателей не носили мнимый характер, но данный покупатель действовал заведомо недобросовестно (п. 3, 4 ст. 1, ст. 10 ГК РФ). Такая заведомая недобросовестность будет, в частности, налицо, если доказано, что в момент заключения своего договора покупатель, получивший право собственности и владение, вошел в сговор с продавцом и совершил сделку специально с целью создать препятствия для удовлетворения иска об отобрании вещи.

Более дискуссионным является тезис о том, что такая заведомая недобросовестность имеет место тогда, когда умысел или очевидная злонамеренность действий покупателя в вышеотмеченном смысле не доказаны, но доказано, что такой поку-

патель в момент заключения своего договора с продавцом точно знал или не мог не знать о том, что ранее эта вещь была обещана продавцом истцу. Российская судебная практика пока однозначно это осознанное приобретение вещи, обещанной продавцом ранее другому покупателю, в качестве явной недобросовестности не признала. В то же время такой шаг представляется оправданным. Право не должно поощрять поведение покупателя, заключающего договор и приобретающего право собственности на вещь, зная о том, что эта вещь была ранее обещана продавцом другому лицу, и отдающего себе отчет в том, что, перекупая эту вещь, он провоцирует нарушение договора между продавцом и первоначальным покупателем.

При этом здесь следует иметь в виду, что для применения такой доктрины должно быть доказано, что второй, недобросовестный покупатель точно знал о наличии другого договора на данную вещь или обстоятельства были таковы, что его знание о данном обстоятельстве не вызывает никаких сомнений (например, продавец в преддверии отобрания у него вещи передал права собственности на нее аффилированному лицу). Один лишь факт того, что второй покупатель мог узнать о наличии ранее заключенного продавцом иного договора в отношении данной вещи, проявив он должную и принятую в обороте степень заботливости и осмотрительности, представляется недостаточным для отобрания вещи у продавца, передавшего собственность на эту вещь второму покупателю.

(л) Третий сложный случай возникает при передаче продавцом собственности одному из конкурирующих покупателей без передачи ему владения. Если в случае «двойной продажи» вещь остается во владении продавца, но право собственности на вещь перешло одному из конкурирующих покупателей (например, переход права собственности зарегистрирован в ЕГРП или право собственности на движимую вещь перенесено продавцом на основании соглашения без фактической передачи вещи), покупатель, ставший собственником, должен иметь приоритет, даже если договор с ним был заключен позже, чем договор с другим претендентом. В случае если последний предъявил иск об отобрании вещи к продавцу и доказано, что он уже не собственник вещи, хотя и продолжает владеть ею, в иске должно быть отказано. Если продавец уже не собственник, он не может перенести собственность на истца (ни передать истцу иные права на вещь) ни добровольно, ни по суду. Соответственно, если ответчик уже не является собственником, удовлетворение иска об отобрании невозможно. Этот подход нашел свое закрепление в п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22: «Если продавец заключил несколько договоров купли-продажи в отношении одного и того же недвижимого имущества и произведена государственная регистрация перехода права собственности за одним из покупателей, другой покупатель вправе требовать от продавца возмещения убытков, вызванных неисполнением договора купли-продажи». Из смысла данного разъяснения недвусмысленно следует, что требовать отобрания вещи от утратившего собственность на нее продавца в такой ситуации покупатель не может.

В то же время такой иск об отобрании, поданный покупателем к утратившему собственность, но владеющему вещью продавцу и получившему собственность невладельцу покупателю, может быть удовлетворен, если будет доказано, что переход права собственности носил мнимый характер (см. комментарий «ж» ранее). Кроме того, на наш взгляд, иск об отобрании может быть удовлетворен и в том

случае, если будет доказано, что покупатель, в пользу которого состоялся переход права собственности без передачи владения, заведомо недобросовестно вторгся в чужие договорные отношения (см. комментарий «з» ранее).

(м) *Четвертый сложный случай возникает в ситуации передачи продавцом вещи одному из покупателей во владение, но с сохранением за собой права собственности.* Как следует разрешить ситуацию «двойной продажи», когда вещь должником передана иному покупателю, но право собственности на нее к такому покупателю еще не перешло (например, не зарегистрирован переход права собственности в ЕГРП, или стороны договорились в силу ст. 491 ГК РФ об удержании правового титула до момента полной оплаты)? В ст. 398 ГК РФ указано, что иск об истребовании вещи отклоняется, если вещь передана во владение третьему лицу и последнее приобрело право собственности. Но следует ли из этого, что иск об истребовании вещи должен удовлетворяться, если вещь передана во владение третьего лица без переноса права собственности? Представляется, что такой иск и в такой ситуации должен отклоняться, ведь в данном случае вещь передана третьему лицу в целях отчуждения, что создает у этого третьего лица обоснованные ожидания, разрушать которые посредством отобрания вещи несправедливо. Ранее такой подход встречался в практике ВАС РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 23 марта 2004 г. № 15533/03). Недвусмысленно указывает на это и п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, согласно которому «если продавец заключил несколько договоров купли-продажи в отношении одного и того же недвижимого имущества, суд удовлетворяет иск о государственной регистрации перехода права собственности того лица, во владение которого передано это имущество применительно к статье 398 ГК РФ. Иные покупатели вправе требовать возмещения убытков, вызванных неисполнением договора купли-продажи продавцом». Наконец, как уже отмечалось, в п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 указано, что «по смыслу статьи 398 ГК РФ, при отсутствии у должника индивидуально-определенной вещи, которая подлежит передаче кредитору, кредитор не вправе требовать ее отобрания у должника и передачи в соответствии с условиями договора, что не лишает кредитора права требовать от должника возмещения убытков, причиненных неисполнением договора». Из данных разъяснений, очевидно, следует, что покупатель, не получивший владения, не может требовать отобрания вещи ни у продавца, данное владение утратившего в связи с передачей вещи другому покупателю, ни у другого покупателя, получившего владение.

Чисто обязательственное притязание одного покупателя, не получившего владение, должно по общему правилу проигрывать интересу другого покупателя, получившего владение и ожидающего перехода права собственности. При этом даты заключения продавцом договоров с двумя указанными претендентами в данном случае не имеют значения.

Если объектом отчуждения является недвижимость, но продавец успел передать вещь во владение другому покупателю, к которому пока еще не перешла собственность на эту вещь, покупатель, не получивший владение, не только не может истребовать вещь по ст. 398 ГК РФ, но и не может потребовать принудительной перерегистрации права собственности на себя, так как при отклонении иска об истребовании по ст. 398 ГК РФ подлежит отклонению и иск о регистрации перехода

права собственности. Право на предъявление последнего иска имеет тот из покупателей, который получил владение (п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Покупатель, не получивший владение и лишенный права требовать регистрации перехода права собственности, может требовать от продавца возмещения убытков. В случае с движимостью покупатель, не получивший владение, не может в описанном случае требовать признания за собой права собственности на вещь (перевода права собственности на себя).

В то же время если будет доказано, что договор с покупателем, получившим владение, носил мнимый характер, или то, что этот покупатель, получивший владение, заведомо недобросовестно вторгся в чужие договорные отношения (см. комментарии «з» и «и»), его интерес не заслуживает защиты. В таких случаях иск к продавцу и получившему владение покупателю об отобрании вещи, который подан покупателем, заключившим договор первым, может быть удовлетворен.

Близкая позиция отражена сейчас в практике Верховного Суда РФ. Согласно Определению КЭС ВС РФ от 9 марта 2016 г. № 308-ЭС15-16377 при наличии двух конкурирующих и исполненных со стороны покупателей договоров долевого участия в строительстве в отношении одних и тех же квартир приоритет для целей перехода (признания) права собственности на квартиру имеет тот покупатель, который первым вступил в фактическое владение. Кроме того, суд вправе отказать в иске о регистрации перехода права на квартиры, если истцом является недобросовестное лицо, которое должно было знать о наличии прав на эти квартиры других покупателей, наложении ареста на указанные квартиры по их искам и своими противоправными действиями содействовало более раннему вступлению во владение.

Доказать заведомо недобросовестное вторжение второго, вступившего во владение покупателя в чужие договорные отношения не составляет труда, если первый по времени договор продажи с добросовестным покупателем подлежал регистрации (как в случае с договорами участия в долевом строительстве) и был зарегистрирован. В таком случае второй по времени покупатель, заключая свой договор и вступая во владение, не мог не знать, что на данную недвижимость имеются ранее возникшие права другого покупателя.

(н) Пятый и, пожалуй, самый сложный случай возникает при передаче владения одному покупателю, а собственности — другому. Как следует решить спор, если право собственности на вещь перешло одному покупателю (например, зарегистрирован переход права собственности на недвижимость), а сама вещь передана продавцом во владение другому покупателю? В подавляющем числе случаев такая ситуация может сложиться при «двойной продаже» недвижимости, когда недвижимость продается примерно в одно и то же время, одному покупателю она передается во владение, а другой успевает первым зарегистрировать переход права собственности.

Если оба покупателя являются добросовестными и к моменту заключения своих договоров с продавцом не знали о том, что вещь была продана продавцом ранее, возникает неоднозначная коллизия и столкновение исков покупателя, получившего собственность, об отобрании вещи, с одной стороны, и покупателя, получившего вещь во владение, о регистрации перехода права собственности, с другой стороны.

Причем, если руководствоваться существующими разъяснениями судебной практики и буквой ГК РФ, в исках к продавцу должно быть отказано обоим поку-

пателям. В п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 указано, что «по смыслу статьи 398 ГК РФ, при отсутствии у должника индивидуально-определенной вещи, которая подлежит передаче кредитору, кредитор не вправе требовать ее отобрания у должника». Из этого следует, что покупатель, получивший собственность, но не получивший владение, не может выиграть иск об отобрании ст. 398 ГК РФ. Но, с другой стороны, не может быть удовлетворен и иск покупателя, получившего владение, о регистрации перехода права собственности, так как ответчик (продавец) уже не является собственником. Такая ситуация представляется абсурдной. Выход из положения российская судебная практика пока не выработала. Формально говоря, здесь возможны не иски к продавцу, а виндикационный иск покупателя-собственника к покупателю, получившему владение, но допустимость такого иска явным образом выходит за рамки настоящего комментария к нормам обязательственного права.

Ситуация меняется, если тот покупатель, который получил собственность без владения, заведомо недобросовестно вторгся в чужие договорные отношения (например, он точно знал или не мог не знать, что вещь, на которую ему передается собственность, была обещана ранее другому покупателю или тем более уже передана тому во владение). В такой ситуации логично иск такого недобросовестного «интервента» об истребовании вещи отклонять и удовлетворять иск другого, добросовестного покупателя, получившего владение, о регистрации перехода права собственности по правилам ст. 551 ГК РФ. В таком случае переход права собственности на вещь в пользу недобросовестного покупателя должен по иску владеющего покупателя признаваться недействительным, собственность на логическую секунду должна возвращаться продавцу, а далее переноситься на владеющего покупателя. Такая же победа владеющего покупателя должна присуждаться и тогда, когда будет доказано, что передача права собственности в пользу невладеющего покупателя носила мнимый характер.

(о) Тот факт, что вещь была отобрана у продавца по ст. 398 ГК РФ, сам по себе не освобождает продавца от ответственности за качество отобранной вещи. В то же время если будет доказано, что продавец не передавал вещь именно из-за опасений в отношении возможных дефектов и, не желая нести ответственность за такие дефекты, предпочитал отвечать за просрочку и при этом сообщал покупателю о таких причинах своего отказа от добровольной передачи вещи, иск покупателя о взыскании убытков, вызванных дефектами вещи, должен отклоняться по правилам ст. 10 и 404 ГК РФ.

(п) Так как иск об отобрании вещи по правилам ст. 398 ГК РФ является частным случаем иска об исполнении обязательства в натуре, к такому иску применяются положения ст. 308³ ГК РФ и в том числе правила о праве истца требовать установления судебной неустойки (астрент) за добровольное неисполнение вынесенного судом решения о передаче вещи.

(р) Последний абзац ст. 398 ГК РФ говорит о том, что кредитор может вместо попытки отобрания вещи, от передачи которой уклоняется должник, взыскать с того убытки. Речь идет о том, что кредитор вправе отказаться от договора по правилам п. 2

ст. 405, п. 2 ст. 328 ГК РФ или специальных норм об отдельных договорах и потребовать возмещения убытков вместо реального исполнения (т.е. убытков, вызванных вынужденным расторжением нарушенного договора). Возмещение таких убытков предусмотрено в п. 5 ст. 453 и ст. 393¹ ГК РФ и включает в себя, в частности, возмещение разницы между ценой расторгнутого договора и ценой договора, заключенного взамен расторгнутого с третьим лицом, абстрактные убытки и т.п. Требование о возмещении таких убытков будет сочетаться с требованием о возврате уплаченной цены, если таковая была уплачена. Два этих требования имеют разную природу, так как возврат цены при расторжении договора в силу ст. 453 ГК РФ подчиняется правилам гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении.

Статья 399. Субсидиарная ответственность

1. До предъявления требований к лицу, которое в соответствии с законом, иными правовыми актами или условиями обязательства несет ответственность дополнительно к ответственности другого лица, являющегося основным должником (субсидиарную ответственность), кредитор должен предъявить требование к основному должнику.

Если основной должник отказался удовлетворить требование кредитора или кредитор не получил от него в разумный срок ответ на предъявленное требование, это требование может быть предъявлено лицу, несущему субсидиарную ответственность.

2. Кредитор не вправе требовать удовлетворения своего требования к основному должнику от лица, несущего субсидиарную ответственность, если это требование может быть удовлетворено путем зачета встречного требования к основному должнику либо бесспорного взыскания средств с основного должника.

3. Лицо, несущее субсидиарную ответственность, должно до удовлетворения требования, предъявленного ему кредитором, предупредить об этом основного должника, а если к такому лицу предъявлен иск, — привлечь основного должника к участию в деле. В противном случае основной должник имеет право выдвинуть против регрессного требования лица, отвечающего субсидиарно, возражения, которые он имел против кредитора.

4. Правила настоящей статьи применяются, если настоящим Кодексом или иными законами не установлен другой порядок привлечения к субсидиарной ответственности.

Комментарий

1. Субсидиарная ответственность возникает, если это предусмотрено договором (например, договором кредитора и поручителя, устанавливающего субсидиарную ответственность поручителя, или договором о вступлении нового должника в обязательство по правилам п. 3 ст. 391 ГК РФ) или законом (например, п. 1 ст. 75, п. 6 ст. 113, п. 2 ст. 123³ ГК РФ).

Иногда установление в законе ответственности субсидиарного должника обусловлено его виной (как, например, в случае субсидиарной ответственности руководства или участников корпорации-банкрота), в ряде случаев — самим фактом наличия у субсидиарного должника возможности осуществления контроля над основным должником (например, ответственность учредителя по долгам учреждения), но суб-

сидиарная ответственность может быть предопределена и иными политико-правовыми основаниями.

В определенных ситуациях закон также вводит иные правила привлечения к субсидиарной ответственности, чем те, что закреплены в п. 1–3 ст. 399 ГК РФ (см. комментарий к п. 4 настоящей статьи). Соответственно, цель положений ст. 399 ГК РФ состоит в том, чтобы установить правовой режим такой ответственности на случай отсутствия специальных правил, на что прямо указывает п. 4 комментируемой статьи.

1.1. Конструкция субсидиарной ответственности, описанная в комментируемой статье, отличается следующими особенностями: (а) в обязательстве возникает множественность лиц на стороне должника; (б) правовое положение содолжников неодинаково – один из них является основным, а второй – дополнительным (субсидиарным). При этом субсидиарный должник становится обязанным перед кредитором уже в сам момент возникновения долга у основного должника, а соблюдение кредитором условий для предъявления требований к субсидиарному должнику является лишь условием для исполнения субсидиарным должником обязательства (ст. 327¹ ГК РФ).

Какова природа взаимосвязи долга субсидиарного и основного должников? Ответ на этот вопрос в законе отсутствует. Вероятно, речь идет о пассивной солидарной множественности в обязательстве, и к таким отношениям должны применяться положения ст. 321–325 ГК РФ о солидарных обязательствах, если иное не следует из закона, договора или существа отношений. Единственное отличие субсидиарного обязательства от ситуации классического пассивного солидаритета состоит в том, что право на иск к субсидиарному должнику возникает не сразу, а только при соблюдении кредитором указанных в комментируемой статье предварительных условий (невыполнение основным должником требования кредитора об исполнении обязательства) или иных условий, если таковые установлены в специальных нормах закона.

1.2. Очевидно, что в комментируемой статье ответственность понимается в широком смысле и в случае с договорным обязательством охватывает не только собственно ответственность (убытки, неустойка и т.п.), но и само основное обязательство, в связи с неисполнением которого наступает ответственность. Поэтому данную норму уместнее было бы расположить не в главе об ответственности, а в главе об исполнении обязательств, и правильнее было бы говорить о субсидиарном обязательстве, а не о субсидиарной ответственности.

1.3. Для предъявления требования к дополнительному должнику необходимы следующие условия: (а) основной должник не исполнил обязательство, и (б) кредитор сначала обратился с требованием об исполнении обязательства к основному должнику (причем такое требование должно быть предъявлено в письменной форме, см. п. 53 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8) и не получил от него удовлетворение. Наличие второго условия может подтверждаться двояко – либо основной должник недвусмысленно отказался исполнить требование кредитора, либо основной должник вообще не отреагировал на требование кредитора в разумный срок (п. 35 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

При этом предварительное предъявление кредитором иска к основному должнику и тем более констатация невозможности исполнения решения, вынесенного против

должника, не требуются: кредитору достаточно зафиксировать уклонение основного должника от удовлетворения требования об исполнении обязательства, чтобы сразу же предъявить требование к субсидиарному должнику. Иное может следовать из закона или договора (см. комментарий к п. 4 комментируемой статьи).

1.4. Долг субсидиарного должника произведен от долга основного должника. Соответственно, субсидиарный должник вправе отказаться исполнять требование кредитора, если у кредитора нет обязательственного требования к основному должнику (например, если такое требование недействительно, прекращено в связи с исполнением, прощением долга и т.п.). В частности, требование к субсидиарному должнику о возмещении убытков или об уплате неустойки в связи с нарушением основным должником своего основного обязательства не подлежит удовлетворению, если основной должник освобождается от ответственности по правилам ст. 401 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 27 октября 1998 г. № 6544/98).

1.5. Исковая давность по требованию к субсидиарному должнику должна исчисляться с момента наступления условий для предъявления требований к субсидиарному должнику (т.е. отказа основного должника удовлетворить требование кредитора или истечения разумного срока для его удовлетворения). Если закон предусматривает дополнительные основания для предъявления требований кредитора к субсидиарному должнику (см. комментарий к п. 4), срок давности начинает течь не раньше, чем такие основания наступают. Например, в силу Постановления Президиума ВАС РФ от 10 июля 2012 г. № 1880/12 «начало течения срока исковой давности для предъявления требования к собственнику имущества учреждения, являющемуся субсидиарным должником, следует исчислять исходя из даты предъявления исполнительного листа к основному должнику и срока, установленного законом для удовлетворения требования по исполнительному листу».

1.6. Имеет ли субсидиарный должник те же возражения против требований кредитора, которые имеет и основной должник? Если применять ст. 324 ГК РФ о пассивной солидарной множественности, можно прийти к выводу, что субсидиарный должник не вправе выдвигать против требований кредитора возражения, которые имеет основной должник, если сам субсидиарный должник не участвует в отношениях, из которых такое возражение вытекает. При таком подходе получается, в частности, что субсидиарный должник может ссылаться на истечение исковой давности на предъявление требования к нему, но не на истечение исковой давности по требованию кредитора к основному должнику: на практике последняя, как правило, будет истекать раньше, чем первая с учетом разных моментов начала течения давности и возможного прерывания давности по требованию к основному должнику.

Изложенные соображения косвенно подтверждаются п. 3 комментируемой статьи, согласно которому субсидиарный должник должен проинформировать основного должника о предъявлении к нему требований кредитора и при подаче последним иска — привлечь основного должника в дело под страхом возникновения у основного должника возможности заявить впоследствии возражения, имеющиеся у него в отношении кредитора, против регрессного требования субсидиарного должника. Это объясняется тем, что привлечение основного должника к участию в деле позволяет ему заявить возражения против иска кредитора, и такие возражения, пусть и заявленные не ответчиком, а третьим лицом, являются основанием

для отказа в удовлетворении иска кредитора. На возможность заявления третьим лицом возражения об исковой давности в ситуации, когда «в случае удовлетворения иска к ответчику возможно предъявление ответчиком к третьему лицу регрессного требования», указывает и п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43. В противном случае могла бы возникнуть абсурдная ситуация: основной должник привлекается к участию в деле, но не может заявить никакие возражения, основанные на своих отношениях с кредитором, а впоследствии не может выставить такие возражения против регрессного иска субсидиарного должника.

Вместе с тем предложенное решение не является единственно возможным. Допустимость использования субсидиарным должником возражений, доступных основному должнику, может быть обоснована применением по аналогии (а при субсидиарной модели поручительства напрямую) нормы п. 1 ст. 364 ГК РФ о поручительстве. В таком случае норма п. 3 комментируемой статьи предназначена для того, чтобы исключить ситуацию, когда субсидиарный должник не заявит те или иные возражения, доступные основному должнику, попросту не зная о них (из-за непривлечения в дело основного должника). Но тогда норма п. 3 комментируемой статьи должна толковаться не буквально, а основному должнику должно быть предоставлено право на выдвижение против регрессного требования возражений, имеющихся у основного должника против кредитора, не в связи с тем, что субсидиарный должник не привлек его к участию в деле, а в связи с тем, что субсидиарный должник, получив от основного должника информацию о возможных возражениях, не использовал их против кредитора. Поставленная проблема, несомненно, заслуживает отдельного анализа.

1.7. После выполнения предварительных условий для обращения с требованием к субсидиарному должнику кредитор может предъявить иск к субсидиарному должнику, но при этом кредитор не утрачивает право предъявить такой иск к основному должнику. Применение правил о пассивном солидаритете в случае субсидиарной множественности лиц в обязательстве позволяет прийти к выводу, что кредитор после соблюдения всех условий для предъявления требования к субсидиарному должнику может предъявить иск сразу и к основному, и к субсидиарному должникам. Это, в частности, подтверждается в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2006 г. № 21, а также в Постановлении Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 13622/12 применительно к субсидиарной ответственности собственника имущества учреждения по долгам учреждения. Но эта возможность может быть выведена и в отношении остальных случаев субсидиарной ответственности, если только иное не следует из закона или существа отношений.

Кроме того, применение п. 1 ст. 325 ГК РФ о пассивном солидаритете позволяет прийти к выводу, что исполнение долга основным должником прекращает полностью или в соответствующей части долг субсидиарного должника, а исполнение субсидиарным должником требования кредитора полностью или опять же в соответствующей части погашает долг основного должника перед кредитором.

2. Поскольку субсидиарный должник выполняет «запасную» функцию, законодатель защищает его в тех ситуациях, когда кредитор даже при отказе основного должника исполнять обязательство может самостоятельно получить исполнение за счет основного должника. В частности, такое возражение субсидиарного должника

против требований кредитора имеется у поручителя, который в силу положений договора поручительства отвечает на субсидиарной основе (п. 25 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

В п. 2 комментируемой статьи упоминается два примера таких ситуаций: 1) зачет встречного требования кредитора к основному должнику; 2) бесспорное взыскание средств с основного должника. Представляется, что с точки зрения телеологического толкования этот перечень нельзя считать исчерпывающим, а само правило можно распространить на любые ситуации, когда кредитору не требуется ничье содействие для удовлетворения своего требования за счет основного должника. Например, если кредитор удерживает имущество основного должника и имеет возможность самостоятельно обратиться на него взыскание без обращения в суд, предъявление требования к субсидиарному должнику выглядит неоправданным. То же можно сказать о тех случаях, когда основной должник представил кредитору задаток, покрывающий требования кредитора в случае неисполнения обязательства основным должником, или обеспечительный платеж. Есть основания распространять эту норму и на случай залога, при наличии которого кредитор может удовлетворить свое требование по правилам о залоге, не прибегая к помощи судебной власти.

3. Поскольку субсидиарный должник играет вспомогательную роль, ему могут быть неизвестны все нюансы взаимоотношений кредитора и основного должника. Особенно важно то, что субсидиарный должник может не знать об обстоятельствах, которые позволяют не исполнять требование кредитора полностью или в части. Именно поэтому закон не просто управомочивает, а обязывает субсидиарного должника, получившего требование кредитора об исполнении обязательства, проинформировать об этом основного должника и привлечь его к участию в деле, если спор перейдет в судебную фазу.

3.1. Из п. 3 комментируемой статьи следует вывод, что при исполнении обязательства субсидиарным должником и при прекращении такого обязательства у субсидиарного должника возникает право регресса к основному должнику. Однако законом могут быть установлены исключения. Так, если ответственность поручителя носит субсидиарный характер, при исполнении обязательства поручителем последнее не прекращается, а происходит суброгация (см. комментарий к ст. 365 ГК РФ).

3.2. В комментируемом пункте предусмотрено правило о сохранении у должника в случае несообщения ему субсидиарным должником информации о предъявлении требований кредитора или о непривлечении субсидиарного должника к участию в деле возражений, которые у основного должника имелись в отношении кредитора. Особый интерес представляет возможность ссылки должника на истечение исковой давности по обязательству, исполненному субсидиарным должником. Здесь возникает коллизия между п. 3 комментируемой статьи и п. 3 ст. 200 ГК РФ, согласно которому «по регрессным обязательствам течение срока исковой давности начинается со дня исполнения основного обязательства».

Содержащееся в п. 3 положение о праве основного должника выдвигать против регрессного требования возражения, доступные основному должнику в отношении кредитора, не вытекает из самой догматической модели регрессного требования как нового и самостоятельного требования со своим сроком давности. Если при испол-

нении субсидиарным должником требования кредитора обязательство прекращается и возникает новое регрессное обязательство, старые возражения должника, вытекающие из его отношений с кредитором, по идее, сохраняться не должны.

В то же время соответствующее указание в законе следует рассматривать как особое средство защиты интересов должника на случай нарушения субсидиарным должником указанных в настоящем пункте обязанностей. Это решение может быть объяснено с помощью принципа добросовестности. Если уж субсидиарный должник решает на свой страх и риск самостоятельно (без взаимодействия с основным должником) удовлетворить требование кредитора, сознательно допуская, что ему может быть неизвестно о наличии у основного должника возражений, позволяющих отказать в исполнении требования кредитора, субсидиарный должник ведет себя недобросовестно. Если после этого субсидиарный должник обратится с регрессным требованием к основному должнику, его действия могут быть квалифицированы как попытка извлечь выгоду из своего незаконного и недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ) и, возможно, как злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

Но, как уже отмечалось, такая логика в указанной норме проявляется только в том случае, если мы признаем, что сам субсидиарный должник не имеет права выдвигать против кредитора возражения, доступные основному должнику, и такие возражения вправе заявить против иска кредитора именно и только основной должник, привлеченный в дело как третье лицо. Если же допустить, что именно субсидиарный должник вправе заявить возражения, доступные основному должнику, то сам по себе факт соблюдения субсидиарным должником указанных в п. 3 обязанностей по информированию и привлечению основного должника в дело не может исключить возможность выдвижения основным должником возражений, доступных ему против кредитора, в отношении регрессного требования, если субсидиарный должник, получив от основного должника необходимую информацию, не воспользовался такими возражениями против иска кредитора.

Иначе говоря, толкование п. 3 комментируемой статьи может принципиально различаться в зависимости от решения вопроса о доступности субсидиарному должнику возражений, имеющихся против требований кредитора у основного должника.

4. Буквальное толкование п. 4 комментируемой статьи, появившегося в ГК РФ с 1 июня 2015 г., позволяет прийти к выводу, что иные условия и последствия привлечения к ответственности субсидиарного должника могут быть установлены ГК РФ или иными законами.

4.1. В ряде случаев условия для обращения с требованием к субсидиарному должнику уточняются на уровне специальных норм закона. Так, для привлечения к субсидиарной ответственности собственника имущества учреждения требуется два условия: 1) неисполнение обязательства самим учреждением; 2) недостаточность у него денежных средств и иного имущества (п. 3 ст. 123²¹ ГК РФ). Согласно п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2006 г. № 21 «специальный порядок исполнения судебных актов о взыскании долга с учреждения и собственника его имущества в порядке субсидиарной ответственности регламентируется ст. 161 и гл. 24¹ БК РФ, по смыслу которых взыскание первоначально обращается на денежные средства, находящиеся в распоряжении учреждения, а в случае их недостаточности — на денежные средства субсидиарного должника».

В том же п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2006 г. № 21 даны следующие разъяснения в отношении субсидиарной ответственности учредителя учреждения: «Особенность такой ответственности состоит в том, что собственник имущества учреждения не может быть привлечен к ответственности без предъявления в суд искового требования к основному должнику. Поэтому в случае предъявления кредитором иска о взыскании задолженности учреждения непосредственно к субсидиарному должнику без предъявления иска к учреждению суду на основании пункта 2 статьи 46 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) следует предложить кредитору привлечь основного должника к участию в деле в качестве другого ответчика. При несогласии истца привлечь основного должника в качестве другого ответчика суд, руководствуясь абзацем вторым части 2 статьи 46 АПК РФ, по своей инициативе привлекает основного должника к участию в деле в качестве другого ответчика. При этом суду надлежит исходить из того, что статья 120 ГК РФ является той нормой федерального закона, из смысла которой вытекает обязательное участие в деле другого ответчика. При удовлетворении судом иска кредитора о взыскании задолженности учреждения, предъявленного одновременно к учреждению и субсидиарному должнику, в резолютивной части решения следует указать на взыскание суммы задолженности с учреждения (основного должника), а при недостаточности денежных средств учреждения – с собственника его имущества (субсидиарного должника). При этом судам следует учитывать, что специальный порядок исполнения судебных актов о взыскании долга с учреждения и собственника его имущества в порядке субсидиарной ответственности за счет денежных средств, возможность установления которого предусмотрена статьей 124 Кодекса, регламентируется статьей 161 и главой 24¹ БК РФ, по смыслу которых взыскание первоначально обращается на находящиеся в распоряжении учреждения денежные средства, а в случае их недостаточности – на денежные средства субсидиарного должника».

Условиями привлечения основного хозяйственного общества к субсидиарной ответственности по долгам дочернего общества являются: 1) неправомерные виновные действия основного общества; 2) несостоятельность дочернего общества; 3) причинная связь между условиями 1 и 2 (п. 2 ст. 67 ГК РФ).

Значительной спецификой обладает субсидиарная ответственность руководства юридического лица и контролирующих его лиц согласно ст. 10 Закона о банкротстве.

Таких исключений немало, что позволяет говорить о том, что в нашем праве нет единой конструкции субсидиарной ответственности, а условия для предъявления требований к субсидиарному должнику неодинаковы.

4.2. Как мы видим, некоторые нормы закона, устанавливающие субсидиарную ответственность, предусматривают, что она наступает только при недостаточности имущества основного должника для удовлетворения требований кредитора (например, п. 3, 4 ст. 6², п. 6 ст. 113 ГК РФ и др.). В подобных случаях для предъявления требования к субсидиарному должнику кредитору необходимо предварительно обратиться с иском к основному должнику и установить невозможность исполнить решение из-за недостаточности имущества основного должника.

4.3. На первый взгляд указание в комментируемой норме на то, что иной порядок привлечения к субсидиарной ответственности может быть предусмотрен законом, наводит на мысль о том, что указанные в данной статье правила являются

императивными и не могут быть изменены соглашением сторон. Однако с точки зрения телеологического толкования положений п. 1–3 комментируемой статьи нет препятствий к установлению в договоре между участниками оборота (особенно предпринимателями) иного режима субсидиарной ответственности, как минимум если такое соглашение заключено между основным должником, субсидиарным должником и кредитором и при этом соблюдаются пределы свободы договора, очерченные в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16.

Кроме того, установление иных правил субсидиарной ответственности возможно и в договоре между субсидиарным должником и кредитором, если условия такого соглашения не ухудшают положение основного должника. Например, в силу п. 35 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «договором поручительства может быть предусмотрено, что кредитор получает право на предъявление требований к поручителю только после наступления определенных обстоятельств (например, в случае неисполнения должником обязательства в течение срока, установленного для исполнения исполнительного документа о взыскании задолженности основного должника в пользу кредитора, либо только в случае признания должника банкротом)». Иначе говоря, субсидиарный должник и кредитор могут установить дополнительные отлагательные условия, обуславливающие право кредитора требовать исполнения от субсидиарного должника (ст. 327¹ ГК РФ). Это может быть и неисполнение основным должником судебного решения о взыскании с него долга, и возбуждение против должника дела о банкротстве, и безуспешная попытка кредитора обратиться с взысканием на заложенное по долгу основного должника имущество и т.п.

Такие же особенности, видимо, могут быть установлены и в соглашении кредитора и нового должника о переводе на последнего основного долга и трансформации долга первоначального должника в субсидиарную ответственность (п. 3 ст. 391 ГК РФ), если такое соглашение кредитора и нового должника не ухудшает положение основного должника.

Статья 400. Ограничение размера ответственности по обязательствам

1. По отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть ограничено право на полное возмещение убытков (ограниченная ответственность).

2. Соглашение об ограничении размера ответственности должника по договору присоединения или иному договору, в котором кредитором является гражданин, выступающий в качестве потребителя, ничтожно, если размер ответственности для данного вида обязательств или за данное нарушение определен законом и если соглашение заключено до наступления обстоятельств, влекущих ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Комментарий

1. Ограничение ответственности законом обычно продиктовано спецификой отдельных обязательств. Так, традиционно ограничена ответственность перевозчиков

(п. 2 ст. 796 ГК РФ) и организаций связи (ст. 36 Федерального закона от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ «О почтовой связи»). Это вызвано сугубо практическими соображениями, ибо с учетом объема операций, совершаемых данными субъектами, они не в состоянии в полном объеме компенсировать убытки от нарушений своих обязательств. Ограничение ответственности может быть установлено как путем исключения отдельных компонентов из объема возмещаемых убытков (например, упущенной выгоды), так и посредством фиксации предельной суммы возмещения.

2. Из п. 2 комментируемой статьи следует вывод, что ответственность за нарушение обязательств может быть ограничена не только законом, но и соглашением сторон. Право сторон своим соглашением ограничивать ответственность по договору прямо признается и в судебной практике (п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

2.1. Договорные ограничения объема ответственности обычно осуществляются тремя основными способами:

- 1) установление пределов возмещения убытков;
- 2) согласование исключительной неустойки (см. п. 1 ст. 394 ГК РФ);
- 3) исключение права взыскания отдельных компонентов убытков, которые подлежали бы возмещению по общим правилам ГК РФ (например, запрет на взыскание упущенной выгоды или иные правила).

2.2. Свобода усмотрения сторон в ограничении ответственности неограничена. Например, в зарубежном праве обычно устанавливается общий принцип недопустимости злоупотребления свободой договора в форме навязывания сильной стороной слабой стороне явно несправедливых условий об ограничении ответственности (см. например, ст. III.-3:105 Модельных правил европейского частного права; ст. 7.1.6 Принципов УНИДРУА). Его применение основано на значительной судебной дискреции, которая позволяет учесть все конкретные обстоятельства (специфику сферы деятельности, паритетность или диспаратетность положения сторон в вопросах ограничения ответственности, разумность предела возмещения убытков и т.п.).

Следует учитывать, что российская судебная практика начинает двигаться в том же направлении. ВАС РФ в Постановлении Пленума от 14 марта 2014 г. № 16 установил в п. 8–10 общие правила борьбы с несправедливыми договорными условиями и злоупотреблениями неравенством переговорных возможностей (см. подробнее комментарий к ст. 428 ГК РФ), которые в полной мере применимы и к формально законным, но явно несправедливым условиям об ограничении ответственности. Развивая эти общие принципы, суды с учетом конкретных обстоятельств могут прийти к выводу о недопустимости такого соглашения об ограничении ответственности, которое минимизирует ответственность за нарушение договора сильной стороны, никак при этом не ограничивая ответственность другой стороны. С точки зрения упомянутых разъяснений ВАС РФ это будет грубым нарушением баланса интересов сторон

2.3. Равным образом недопустимо такое ограничение ответственности, которое противоречит существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательства (п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7) или является настолько аномальным, что блокирование таких условий оправданно даже без оглядки на сопоставление переговорных возможностей. Иначе говоря,

некоторые особо вопиющие аномалии в условиях договора об ограничении ответственности могут блокироваться судами на основании ст. 10 ГК РФ даже тогда, когда договор заключался между относительно равными контрагентами. Например, если профессиональный хранитель, принимая на склад груз на хранение по обычной, принятой в обороте цене, выговаривает условие, что в случае гибели груза по любой причине, не связанной с умыслом хранителя, его ответственность ограничена какой-то символической суммой, есть основания для блокирования такого условия, ведь символическая ответственность означает по сути, что хранитель не отвечает за сохранность, получая за это рыночную цену, а отсутствие ответственности в данном случае равнозначно тому, что хранитель не принимает на себя какое-либо юридически связывающее обязательство. Такая аномалия в распределении прав и обязанностей вряд ли может возникнуть без каких-либо пороков воли. Даже если последние и не доказаны, судам логичнее презюмировать это в случаях, когда содержание договора до такой степени аномально.

2.4. Все указанное выше о праве судов заблокировать *ex post* некоторые явно несправедливые условия об ограничении ответственности следует из применения общих положений ГК РФ о пределах свободы договора. Особенность комментируемого пункта состоит в том, что им вводится дополнительно специальный запрет на включение в договор условий об ограничении ответственности, т.е. свобода договора ограничивается в этом аспекте не на основе судебного усмотрения *ex post* и оценки всех обстоятельств, а посредством установления императивного запрета, жестко и механически (*ex ante*).

2.5. Суть этого указанного в п. 2 комментируемой статьи ограничения состоит в запрете ограничивать ответственность в договоре присоединения или ином потребительском договоре при одновременном наличии двух условий: (а) такая ответственность определена законом и при этом (б) соглашение об ограничении ответственности заключено до нарушения обязательства.

Толкование этих положений может вызывать определенные вопросы.

Во-первых, не вполне понятно, следует ли читать эту норму так, что запрет установлен исключительно в отношении потребительских договоров, как оформленных по модели договора присоединения, так и не оформленных в качестве таковых, либо все-таки законодатель намеревался распространить запрет не только на потребительские договоры, но и на любые договоры присоединения (включая сугубо коммерческие договоры такого типа). В частности, неясно, относится ли фраза «в котором кредитором является гражданин, выступающий в качестве потребителя» к фразе «по договору присоединения». По этому вопросу в отечественном праве высказываются разные точки зрения. Представляется, что распространение столь жесткого запрета такого рода условий на сугубо коммерческие договоры присоединения (а это большая часть коммерческого оборота) будет реакцией, явно несоразмерной проблеме. Договор присоединения может ограничивать ответственность автора проекта договора, но не переходя известную черту, за которой начинается явная несправедливость; кроме того, такой договор может равным образом ограничивать ответственность и присоединяющейся стороны; наконец, ограниченная ответственность может быть оправдана спецификой договора. Как бы то ни было, жестко запрещать сам факт ограничения ответственности в сугубо коммерческом договоре между двумя предпринимателями без учета всех обстоятельств дела будет

явно нелогичным и необоснованным ограничением конституционного принципа свободы договора. Поэтому представляется оправданным ограничительное толкование указанной нормы и сужение ее гипотезы только до потребительских договоров. В целом текст нормы допускает такую интерпретацию.

Но даже и при таком толковании п. 2 комментируемой статьи можно усомниться в обоснованности столь жесткого запрета на ограничение ответственности коммерсанта по договору с потребителем. Как представляется, здесь более уместным было бы не однозначное запрещение, а применение судом инструментов борьбы с несправедливыми условиями (*ex post* контроль). Но в контексте действующего законодательства не остается иного выбора, кроме как признать, что в потребительских договорах какое-либо ограничение размера ответственности коммерсанта не допускается и является ничтожным.

Во-вторых, не вполне понятно, что закон имеет в виду, указывая на распространение установленного в комментируемом пункте запрета исключительно на случаи, когда размер ответственности установлен в законе. Первый вариант интерпретации состоит в том, чтобы видеть здесь указание на случаи, когда какие-то специальные нормы закона в отношении того или иного договора повторяют общую норму закона (ст. 393 ГК РФ) о праве на взыскание убытков за нарушение обязательства. Такое толкование представляется нелогичным. Нет смысла в том, чтобы запрет на ограничение ответственности по договору работал только тогда, когда в какой-то специальной норме применительно к тому или иному договору законодатель решил зачем-то еще подтвердить действие общих правил об ответственности, и не работал в остальных случаях. Поэтому, видимо, логичен второй подход, который по большому счету состоит в простом игнорировании этого условия применения указанного в комментируемом пункте запрета с учетом того, что закон в общих нормах (ст. 15, 393 ГК РФ) устанавливает объем ответственности за нарушение обязательства. В то же время, если мы признаем, что п. 2 ст. 400 ГК РФ касается только потребительских договоров, эта проблема теряет свою актуальность, так как в многочисленных нормах Закона о защите прав потребителей закреплена обязанность предпринимателя возместить потребителю убытки в полном объеме.

2.6. Указание в комментируемой норме на то, что установленный ею запрет касается только соглашений об ограничении ответственности, заключенных до нарушения, означает, что законодатель не видит особых проблем в том, что должник заключит с кредитором соглашение об ограничении претензий кредитора в части объема убытков уже после нарушения обязательства. Такое соглашение, по мысли законодателя, возможно и в случае нарушения потребительского договора. В этой части нет никаких замечаний к тексту закона. Единственный нюанс, на который следует обратить внимание, состоит в том, что такое соглашение, заключенное уже после нарушения и созревания обязательства по возмещению убытков, будет, по сути, соглашением о прощении части долга (ст. 415 ГК РФ).

2.7. Следует учитывать, что помимо упомянутого жесткого запрета на условия об ограничении ответственности в потребительском договоре в ГК РФ имеется еще один императивный запрет на условия об ограничении ответственности: это запрет ограничения ответственности за умышленное нарушение обязательства (см. комментарий к п. 4 ст. 401 ГК РФ).

Статья 401. Основания ответственности за нарушение обязательства

1. Лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности.

Лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства.

2. Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство.

3. Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств.

4. Заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи закрепляет общий принцип ответственности за вину при нарушении обязательств. При этом с учетом положений п. 3 ст. 401 ГК РФ принцип виновной ответственности в российском праве действует ограниченно и применяется только в отношении случаев, когда нарушителем обязательства является лицо, для которого заключение договора не являлось элементом предпринимательской деятельности.

1.1. Понятие вины в ГК РФ не раскрывается, зато в абз. 2 п. 1 приводится определение невиновности. Рассуждая от обратного, можно сформулировать следующее легальное определение понятия вины: вина состоит в не проявлении должником той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и по условиям оборота.

Иначе говоря, в отличие от уголовно-правовой трактовки понятия вины, предполагающей оценку субъективного психического отношения нарушителя к своему общественно опасному поведению, в гражданском праве закреплен объективный критерий вины: суд при определении виновности оценивает, как должен вести себя любой должник при исполнении обязательства, и сравнивает с этим объективным стандартом поведение конкретного нарушителя.

Определение виновности, соответственно, предполагает значительную степень судебного усмотрения в установлении должного стандарта поведения должника. Сложность и неоднозначность этого вопроса можно проиллюстрировать на следующем примере. Долгие годы судебная практика исходила из того, что сам факт того, что бюджетное учреждение не исполнило свои денежные обязательства в силу недофинансирования, достаточен для того, чтобы констатировать невиновность учреждения и освободить его от ответственности. Но в п. 8 Постановления Пленума

ВАС РФ от 22 июня 2006 г. № 21 сформулирована иная правовая позиция: «...Отсутствие у учреждения находящихся в его распоряжении денежных средств само по себе нельзя расценивать как принятие им всех мер для надлежащего исполнения обязательства с той степенью заботливости и осмотрительности, которая требовалась от него по характеру обязательства и условиям оборота. Поэтому недофинансирование учреждения со стороны собственника его имущества само по себе не может служить обстоятельством, свидетельствующим об отсутствии вины учреждения, и, следовательно, основанием для освобождения его от ответственности на основании пункта 1 статьи 401 Кодекса». При этом судебная практика нижестоящих судов сейчас показывает, что суды нередко готовы признавать учреждения невиновными, если будет доказано, что в ситуации недофинансирования руководство учреждения предпринимало активные (пусть и не увенчавшиеся успехом) действия по получению дополнительного финансирования.

1.2. ГК РФ закрепляет двухчленное деление вины на умысел и неосторожность. Закон не дает дефиниций умысла и неосторожности. Обычно считается, что вина в форме неосторожности означает, что нарушитель не действовал умышленно, но не проявил должную заботливость и осмотрительность при исполнении обязательства.

1.3. Неосторожность также принято подразделять на грубую и простую. Это разграничение не зафиксировано в самой ст. 401 ГК РФ, но косвенно следует из множества специальных норм ГК РФ, которые в отступление от общего правила устанавливают, что должник отвечает только за умысел и грубую неосторожность (например, п. 1 ст. 693, ст. 697, п. 2 ст. 901 ГК РФ и др.). Грубая неосторожность обычно описывается как игнорирование элементарных, очевидных всем и самых минимальных мер заботливости и осмотрительности при исполнении обязательства. Так, если судовладелец отправляет судно в рейс после капитального ремонта, даже не проверив качество ремонтных работ, он проявляет грубую неосторожность.

Простая неосторожность заключается в том, что должник проявляет заботливость и осмотрительность при исполнении обязательства, но в недостаточной степени, исходя из характера обязательства и условий оборота.

Между грубой и простой неосторожностью существует довольно тонкая грань, которая не зафиксирована в законе и требует учета всех особенностей каждой конкретной ситуации с большой долей судейского усмотрения (см. Определение КС РФ от 21 февраля 2008 г. № 120-О-О).

1.4. Значительные проблемы возникают в отечественном праве при определении умышленного нарушения. Дело в том, что такая квалификация нарушения имеет определенные правовые последствия (например, в силу п. 4 ст. 401 ГК РФ условия договора об освобождении от ответственности или ее ограничении не работают в случае умышленного нарушения). В то же время применение законодательной дефиниции вины, предполагающей оценку поведения должника на предмет принятия им должных мер заботливости и осмотрительности и, казалось бы, игнорирующей психологическое отношение должника к своему поведению, не вполне сочетается с такой формой вины, как умысел. Получается, что все же в случае с умыслом суды вынуждены оценивать психологические аспекты поведения нарушителя. Учитывая то, что в гражданском обороте львиная доля сделок приходится на юридические лица, фиксация умысла становится крайне затруднительной. Чье психологическое

отношение суды должны оценивать: руководителя юридического лица, курирующего сделку топ-менеджера или конкретного сотрудника-исполнителя? И какими средствами вообще это психологическое отношение может быть объективно выявлено в суде?

Эта проблема пока в отечественном праве не решена. ВС РФ по этому поводу дал только два важных разъяснения (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Во-первых, он указал, что умышленный характер нарушения предполагается, а отсутствие умысла подлежит доказыванию нарушителем договора. Во-вторых, ВС РФ разъяснил, что отсутствие умысла может подтверждаться тем, что должник проявил хотя бы минимальную степень заботливости и осмотрительности при исполнении обязательства. Оба разъяснения следует признать логичными.

В то же время из указания на то, что для опровержения подозрений в умышленном характере нарушения должник должен доказать, что он предпринял хотя бы минимальные меры заботливости и осмотрительности, следует, что судебная практика фактически размывает границу между умыслом и грубой неосторожностью, ведь если должник докажет, что он проявил минимальную степень заботливости и осмотрительности, он неминуемо докажет, что в его поведении не было признаков грубой неосторожности.

Российскому праву еще предстоит окончательно определиться в указанном вопросе. Возможно, в контексте ответственности за нарушение обязательства нет смысла разграничивать умысел и грубую неосторожность.

1.5. В отличие от уголовного права форма вины по общему правилу не влияет на размер гражданско-правовой ответственности. Например, для возмещения убытков в полном объеме достаточно наличия вины в любой форме. В то же время в целом ряде случаев, предусмотренных законом или договором, наличие вины в конкретной форме приобретает принципиальное значение. Так, в договоре морского страхования страховщик освобождается от выплаты страхового возмещения в том случае, если убытки возникли вследствие умысла или грубой неосторожности страхователя или выгодоприобретателя (ст. 265 КТМ РФ).

1.6. Комментируемая норма сформулирована как диспозитивная, поэтому основания ответственности должника могут быть изменены. Например, договором может быть предусмотрена расширенная ответственность должника, не являющегося коммерсантом, даже за случайные (невиновные) нарушения. В то же время такие условия договора могут быть оценены на предмет справедливости и с учетом конкретных обстоятельств не признаны судом, если они были навязаны слабой стороне договора (ст. 10 и 428 ГК РФ).

1.7. Если суд определил, что должник невиновен в нарушении обязательства, констатируется так называемый случай (*casus*). Последнее означает, что должник вел себя так, как должен был вести себя заботливый и добросовестный участник оборота, но в силу определенных посторонних обстоятельств он не смог избежать нарушения.

1.8. Случай (т.е. ситуация, при которой должник невиновен в нарушении обязательства) является лишь препятствием для применения к должнику мер ответственности (взыскание убытков, неустойки и т.п.), но не мешает использовать иные средства защиты. Так, кредитор даже при случайном нарушении договора должником не теряет право расторгнуть договор в связи с его нарушением и потре-

бовать возврата аванса, уплаченного за имущество, которое так и не было получено от должника. Ни расторжение договора, ни возврат имущества при расторжении не являются мерами ответственности. Возврат аванса или иного имущества при расторжении договора согласно ст. 453 ГК РФ подчиняется правилам ГК РФ о неосновательном обогащении, а не правилам об ответственности.

В равной степени не зависит от вины и возможность применения кредитором такой особой меры защиты, как соразмерное снижение цены при передаче некачественного предоставления (п. 1 ст. 475, п. 1 ст. 612, п. 1 ст. 723 ГК РФ). Эта санкция не является мерой ответственности, так как не возлагает на должника какие-либо дополнительные компенсационные обременения, а лишь восстанавливает эквивалентность в обмене. Покупатель дома не должен платить за проданный ему дом, который в нарушение договора имеет скрытый дефект, цену качественного дома, а должен платить ровно столько, сколько на рынке стоит дом с таким дефектом, независимо от того, что нарушение, возможно, произошло не по вине продавца, так как он сам не знал и не мог знать о наличии данного дефекта.

Не препятствует случай и использованию таких средств защиты, как приостановление своего встречного исполнения и даже понуждение к исполнению обязательства в натуре (если, конечно, исполнение обязательства в натуре остается возможным).

2. В п. 2 комментируемой статьи закреплена презумпция виновности нарушителя обязательства. Несмотря на то что такой подход является традиционным для нашего права, примечательно, что далеко не во всех странах действует презумпция вины при нарушении договора.

2.1. Является ли эта норма императивной или диспозитивной? Если кредитор — коммерсант, а должник — гражданин, такое условие о перераспределении бремени доказывания вины и облегчение положения гражданина следует признать допустимым. Ведь в конечном итоге принцип вины применяется в основном в ситуации, когда должником является некоммерсант. Более дискуссионным будет вопрос о том, как быть в ситуации, когда кредитор тоже некоммерсант. Но представляется, что и в этом случае такое проявление свободы договора при отсутствии явного неравенства переговорных возможностей следует признавать. В то же время такого рода условия могут с учетом конкретных обстоятельств быть заблокированы по правилам ст. 10 ГК РФ, если они были навязаны слабой стороне договора.

2.2. В тех случаях, когда по закону для возникновения ответственности за нарушение обязательства необходима особая форма вины (обычно умысел или грубая неосторожность), в силу комментируемой нормы наличие такой особой формы вины также презюмируется (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Так, после того, как поклажедатель должен забрать вещь, переданную на хранение, хранитель отвечает за утрату или повреждение вещи лишь при наличии с его стороны умысла или грубой неосторожности (п. 2 ст. 901 ГК РФ). В случае спора презюмироваться будет не просто вина хранителя, а именно умысел или грубая неосторожность.

2.3. Презумпция вины может быть опровергнута должником путем представления доказательств того, что он использовал все принятые в обороте и соответствующие природе обязательства меры для надлежащего исполнения обязательства. При ис-

следовании вопроса вины суд оценивает не только то, возможно ли было вообще исполнить обязательство, но и обстоятельства, в которых находился конкретный должник. В частности, для того, чтобы признать должника невиновным, необходимо установить, что любой участник оборота, находясь в таких же условиях, что и должник, не смог бы исполнить обязательство надлежащим образом.

2.4. В случае нарушения обязательств, предметом которых является имущество, определенное родовыми признаками (родовые вещи, бездокументарные акции и облигации, находящиеся в открытом обращении, и т.п.), следует исходить из того, что отсутствие у должника необходимого количества имущества само по себе не свидетельствует об отсутствии вины должника и предполагает, что должник в таком случае должен приобрести на рынке соответствующее имущество и передать его кредитору. Но если будет доказано, что разумное лицо на месте должника, прояви оно должную меру заботливости и осмотрительности, не смогло бы приобрести такое имущество и передать его кредитору, суд может констатировать случай.

3. Поскольку предпринимательская деятельность ведется на свой риск (т.е. объективно невозможно предусмотреть и контролировать все последствия того или иного коммерческого решения), ответственность за нарушение обязательств, связанных с осуществлением должником предпринимательской деятельности, наступает независимо от его вины (т.е. носит строгий характер).

3.1. При применении комментируемой нормы необходимо учитывать, что ГК РФ устанавливает безвиновную ответственность не по субъектному признаку (т.е. для специальных субъектов – коммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей), а в зависимости от характера деятельности, связанной с обязательством. Так, в силу п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 при осуществлении некоммерческой организацией приносящей доход деятельности на нее «в части осуществления приносящей доход деятельности распространяются положения законодательства, применимые к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность». Соответственно, некоммерческие организации в случае нарушения ими договора, связанного с осуществлением ими приносящей доход деятельности, несут строгую ответственность и отвечают за нарушение даже при отсутствии вины.

3.2. Как представляется, принцип строгой ответственности применяется и к должникам, которые хотя и не являются коммерческими организациями или индивидуальными предпринимателями, но совершают сделку, носящую явно предпринимательский характер. Например, независимо от вины должны отвечать физические лица, фактически являющиеся предпринимателями (собственниками бизнеса), которые нарушили договор об отчуждении крупного пакета акций или долю в ООО или корпоративный договор.

3.3. Обстоятельством, которое освобождает должника от ответственности даже в обязательствах, связанных с предпринимательской деятельностью, является непреодолимая сила. При этом бремя доказывания непреодолимой силы возлагается на должника (п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

В судебной практике долгие годы отсутствовали четкие позиции в отношении толкования данного понятия. В последнее время стала формироваться судебная практика, свидетельствующая о достаточно строгом отношении судов к этому воп-

росу. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 20 марта 2012 г. № 14316/11 указывалось на то, что для привлечения к ответственности профессионального перевозчика соответствующее препятствие, спровоцировавшее нарушение, должно быть вне разумного контроля должника, должно быть объективно, а не субъективно непредотвратимым, не должно относиться к обычному предпринимательскому риску и не должно быть разумно предвидимым и даже страхуемым. Согласно Постановлению Президиума ВАС РФ от 21 июня 2012 г. № 3352/12 непреодолимая сила должна «исходить извне» и зависеть от субъективных факторов, она должна «выходить за пределы нормального, обыденного», не должна относиться к «обычному риску», «не могла быть учтена ни при каких обстоятельствах», а также должна быть «объективно, а не субъективно непредотвратима (в отличие от случая)». Этот же подход использует и ВС РФ при разрешении конкретных споров (см. Определение КЭС ВС РФ от 24 марта 2015 г. № 306-ЭС14-7853).

3.4. Закон делает акцент на трех ключевых признаках непреодолимой силы. Помимо этого еще один критерий выделен в правоприменительной практике. Все они должны быть налицо, чтобы суд квалифицировал соответствующее обстоятельство как непреодолимую силу.

(а) *Чрезвычайность*. Непреодолимой силой являются только непредвиденные обстоятельства, выходящие за рамки обычного хода событий. Речь идет об «исключительности рассматриваемого обстоятельства, наступление которого не является обычным в конкретных условиях» (п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Речь идет о таких препятствиях, которые разумное лицо на месте должника, обладая всей доступной должнику информацией и той информацией, которая могла бы быть доступна этому должнику, не могло бы предвидеть. Непреодолимая сила — это нечто очень редкое, принятие в расчет такого обстоятельства при заключении договора и подготовке исполнения трудно ожидать от разумного должника.

Конечно же, при оценке предвидимости соответствующих обстоятельств многое зависит от судейского усмотрения. Чем реже и менее вероятно возникшее препятствие, тем больше оснований признавать его отвечающим критерию непредвидимости, и наоборот. Суды не должны толковать этот критерий настолько узко, что непреодолимой силой будут признаваться только единичные, фантастические сюжеты, но им не следует толковать его и настолько широко, что в рамки непреодолимой силы попадут обычные коммерческие риски (например, кражу товара из вагона на железнодорожном перегоне, поломку оборудования, претензии правоохранительных органов и т.п.). Иначе это размоет границу между случаем и непреодолимой силой.

При этом важно определить, идет ли речь о предвидимости соответствующего обстоятельства на момент заключения договора, или предвидимость может определяться на более поздний момент. Как быть, если соответствующее препятствие не могло быть предвидимо при заключении, например, долгосрочного договора аренды, но впоследствии риск появления в будущем такого препятствия становится вполне реальным? В п. 1 ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. III.-3:104 Модельных правил европейского частного права и п. 1 ст. 79 Венской конвенции 1980 г. речь идет о предвидимости на момент заключения договора. При таком подходе если от продавца недвижимости трудно ожидать предвидение землетрясения в момент заключения договора, тот факт, что впоследствии это обстоятельство стало испол-

не предвидимым, не мешает признать это землетрясение непреодолимой силой. В то же время если возможность предвидеть возникновение неких препятствий открылась после заключения договора, но это позволяет должнику предотвратить нарушение, то данное препятствие теряет значение непреодолимой силы, так как оно уже не будет непредотвратимым.

(б) *Непредотвратимость*. Она имеет место, если любой участник гражданского оборота, осуществляющий аналогичную с должником деятельность, не мог бы избежать наступления этого обстоятельства или его последствий (п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Если должник в силу своих особенностей не мог предотвратить наступление соответствующего препятствия, но среднестатистический должник-предприниматель мог бы справиться с этой задачей, суд не должен констатировать наличие непреодолимой силы. Например, к непреодолимой силе следует относить ситуацию введения эмбарго, препятствующего поставке товара на экспорт, если такое эмбарго отвечает иным признакам непреодолимой силы (т.е. было чрезвычайным, непредвиденным).

(в) *Непреодолимость*. Препятствие должно иметь такой характер, что требование от должника принятия мер по его преодолению было бы неразумным.

Можно ли признать наличие непреодолимой силы в ситуациях, когда теоретически должник может исполнить обязательство, но для этого требуются непропорциональные усилия и расходы? Этот вопрос является достаточно дискуссионным. Например, следует ли освобождать от ответственности поставщика, если он не смог вовремя поставить товар из-за перекрытия того или иного наземного транспортного канала в связи с военными действиями, но теоретически мог бы уложиться в срок, если бы доставил груз воздушным транспортом, затратив на это колоссальные средства и понеся значительные убытки? Стоит ли констатировать непреодолимую силу тогда, когда из-за наводнения или иного стихийного бедствия нормальная транспортировка груза автотранспортом не стала абсолютно невозможной, но оказывается сопряжена со значительными рисками для сохранности груза или жизни водителей?

Текст п. 3 ст. 401 ГК РФ говорит о том, что возникшее препятствие должно влечь невозможность исполнения обязательства. Но представляется, что разумно распространять режим непреодолимой силы и на такие препятствия, которые теоретически могут быть преодолены (и поэтому нельзя говорить о невозможности исполнения в буквальном смысле), но это требует от должника несоразмерных и коммерчески неоправданных усилий, расходов или возлагает на него неоправданные риски, принятие которых трудно ожидать от разумного предпринимателя. Именно такой вывод следует из толкования аналогичных норм о непреодолимой силе в актах международной унификации частного права. Иначе говоря, упомянутую в п. 3 ст. 401 ГК РФ невозможность исполнения, видимо, следует толковать расширительно, включая в нее случаи очевидной экономической нерациональности.

(г) В дополнение к этим вытекающим из положения п. 3 ст. 401 ГК РФ признакам непреодолимой силы в судебной практике принято выделять еще один критерий ее выявления – в качестве непреодолимой силы могут быть квалифицированы лишь объективные, не зависящие от должника обстоятельства. По терминологии Постановления Президиума ВАС РФ от 21 июня 2012 г. № 3352/12 непреодолимая сила должна «исходить извне»; в терминологии Постановления Президиума ВАС РФ от 20 марта 2012 г. № 14316/11 обстоятельства непреодолимой силы должны быть

«вне разумного контроля должника». Если должник причастен к возникновению препятствия или последнее находилось в сфере его хотя бы и теоретически осуществимого контроля, пускай даже он не в состоянии преодолеть это препятствие после его возникновения, такое обстоятельство не может быть признано непреодолимой силой. Как указывает ВС РФ, непреодолимая сила не должна зависеть от воли или действий должника (п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Например, если товар, подлежащий передаче одному кредитору, арестован по иску другого кредитора, должник объективно не в состоянии исполнить свое обязательство до снятия ареста. Однако, так как препятствие связано с деятельностью конкретного должника и его взаимоотношениями с другими контрагентами, он от ответственности не освобождается (см. также Определение КЭС ВС РФ от 24 марта 2015 г. № 306-ЭС14-7853).

3.5. Указанные выше признаки непреодолимой силы разъясняются дополнительно в п. 3 ст. 401 ГК РФ, где подчеркивается, что к непреодолимой силе «не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств». Если должник нарушил договор из-за того, что его контрагент допустил нарушение, должник не освобождается от ответственности, так как (а) нарушения договорной дисциплины контрагентами не являются чрезвычайным явлением и происходят более или менее регулярно, и (б) выбор самих контрагентов входит в сферу контроля должника. То же можно сказать и про отсутствие денежных средств у должника. Отсутствие же нужных товаров на рынке нельзя вменить в вину поставщику, но он тем не менее не освобождается от ответственности, так как исчезновение товара с рынка — это элемент обычного предпринимательского риска и не носит характер чрезвычайной и непредвидимой ситуации. Во всех описанных ситуациях должник мог вести себя как виновно, так и невиновно. Но даже в последнем случае, когда должника не в чем упрекнуть, он будет нести ответственность, так как указанные обстоятельства не относятся к категории непреодолимой силы.

3.6. Рассмотренные критерии выявления непреодолимой силы характерны для основных актов международной унификации договорного права.

Так, ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА определяет непреодолимую силу следующим образом: «Сторона освобождается от ответственности за неисполнение, если она докажет, что неисполнение было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий». Схожее определение содержится в ст. III.-3:104 Модельных правил европейского частного права: «Должник не отвечает за неисполнение обязанности, если оно вызвано препятствием, находящимся вне сферы контроля должника, и от должника нельзя было разумно ожидать, что он избежит или преодолет такое препятствие или его последствия»; «Должник не освобождается от ответственности за неисполнение обязанности, возникшей из договора или иного юридического акта, если от него можно было разумно ожидать, что он учитывал препятствие в момент возникновения обязанности». Наконец, ст. 79 Венской конвенции 1980 г. дает такое определение непреодолимой силы: «Сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия

этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий».

Как мы видим, все указанные источники устанавливают, что (а) возникшее препятствие должно носить непредвиденный на момент заключения договора характер, тем самым исключая освобождение должника от ответственности, если он мог предвидеть возникновение такого препятствия; (б) препятствие находилось вне сферы контроля должника; (в) от должника нельзя разумно ожидать принятия мер по предотвращению такого препятствия; (г) от должника нельзя разумно ожидать принятия мер по преодолению такого препятствия. При этом все указанные критерии должны быть налицо одновременно, чтобы должник мог рассчитывать на освобождение от ответственности. Целесообразно толковать положения п. 3 ст. 401 ГК РФ в аналогичном ключе.

3.7. Несмотря на то что понятия случая и непреодолимой силы обсуждаются достаточно давно, границы между ними довольно зыбкие. Какие-то обстоятельства могут квалифицироваться в качестве случая, непреодолимой силы или вовсе признаваться неосторожностью в зависимости от уровня развития науки и техники, стандартов деловой практики и иных обстоятельств. Например, до изобретения громоотвода молния справедливо считалась случаем или непреодолимой силой. В наши дни отсутствие у должника громоотвода, приведшее к пожару вследствие попадания молнии, вообще можно рассматривать как разновидность неосторожности. Естественно, что в данном вопросе большую роль играет судебское усмотрение, и квалифицировать те или иные обстоятельства в качестве случая или непреодолимой силы судья будет с учетом всех особенностей конкретной ситуации.

3.8. Непреодолимая сила освобождает должника лишь от ответственности за нарушение обязательства (как в форме убытков, так и в виде неустойки). Само обязательство сохраняется, если препятствие носит лишь временный характер и в будущем может отпасть, но при этом «кредитор не лишен права отказаться от договора, если вследствие просрочки, возникшей в связи с наступлением обстоятельств непреодолимой силы, он утратил интерес в исполнении» по правилам п. 2 ст. 405 ГК РФ (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Если невозможность исполнения, возникшая в результате непреодолимой силы, носит постоянный характер (является окончательной), наряду с эффектом освобождения от ответственности происходит и прекращение самого обязательства и применяются правила ст. 416 ГК РФ. О проблеме сохранения обязательства при возникновении временных препятствий к надлежащему исполнению см. также комментарий к ст. 416 и 417 ГК РФ. Схожие подходы встречаются в международных источниках (см. п. 1 и п. 3 и 4 Модельных правил европейского частного права; ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА).

3.9. В законе не установлено, как должны вести себя стороны при возникновении обстоятельств непреодолимой силы. В силу общей обязанности добросовестного поведения и обмена информацией при исполнении обязательств (п. 3 ст. 307 ГК РФ) должник обязан немедленно уведомить кредитора о возникновении обстоятельств непреодолимой силы. При нарушении этой обязанности должник будет отвечать за убытки, возникшие у кредитора именно вследствие отсутствия у него сведений об обстоятельствах непреодолимой силы. Например, не подозревая о том, что должник не сможет исполнить обязательство вследствие непреодолимой силы, кредитор

готовится предоставить встречное исполнение и несет соответствующие расходы. Эти расходы подлежат компенсации должником.

Данное требование о необходимости уведомить о наступлении непреодолимой силы закреплено в п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. Аналогичный подход используется в международных актах унификации частного права (п. 3 ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА; п. 5 ст. III.-3:104 Модельных правил европейского частного права; п. 4 ст. 79 Венской конвенции 1980 г.).

В то же время логично предположить, что такая обязанность по уведомлению отпадает, если обстоятельство непреодолимой силы носит общеизвестный характер, и у должника нет и не должно быть сомнений в том, что о данном препятствии кредитор своевременно узнал. Например, если в связи с землетрясением подрядчик не может приступить к выполнению работ вовремя, вряд ли разумно возлагать на подрядчика ответственность за неуведомление заказчика о непреодолимой силе, если землетрясение произошло в месте нахождения заказчика.

Стороны могут закрепить в договоре конкретные сроки уведомления о непреодолимой силе, исключить необходимость направления такого уведомления (если это не приводит к поощрению недобросовестного поведения) или установить более жесткие санкции за нарушение обязанности по направлению уведомления (например, запрет ссылаться на обстоятельства непреодолимой силы).

3.10. Непреодолимая сила лишь освобождает должника от ответственности (возмещения убытков, уплаты неустойки и т.п.), но не препятствует использованию кредитором других средств защиты в ответ на нарушение. В частности, как выше отмечалось, кредитор может отказаться от нарушенного договора или расторгнуть его в судебном порядке, если непреодолимая сила спровоцировала существенное нарушение (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7), и потребовать возврата переданного должнику по договору имущества (например, аванса) в связи с таким расторжением по правилам ГК РФ о неосновательном обогащении, потребовать уменьшения цены в случае передачи некачественного предоставления (так как соразмерное уменьшение цены в случае получения дефектных товаров, работ или услуг – это не мера ответственности, а особое средство защиты права), а также может приостановить встречное исполнение по правилам ст. 328 ГК РФ. Но при этом в той степени, в которой сохраняются обстоятельства непреодолимой силы и невозможность исполнения, кредитор не вправе требовать от должника исполнения обязательства в натуре в судебном порядке (п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

На то, что непреодолимая сила блокирует лишь требование о возмещении убытков и применении иных мер ответственности, но не применяется к прочим средствам защиты кредитора, указывает и п. 5 ст. 79 Венской конвенции 1980 г. о неприменении правил о непреодолимой силе ко всем средствам защиты, за исключением иска об убытках (неустойки) и иска об исполнении обязательства в натуре, говорит ст. III.-3:101 Модельных правил европейского частного права. Пункт 4 ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА предусматривает, что непреодолимая сила не мешает кредитору расторгнуть договор, приостановить свое встречное исполнение и начислять проценты на просроченную сумму.

3.11. Нередко утверждается, что непреодолимая сила не может возникнуть в рамках денежного обязательства. Такой подход представляется неверным. Если пра-

вительство той или иной страны вводит непредвиденное ограничение на перевод средств в те или иные страны (например, в связи с открытием военных действий) или иные подобные запреты на проведение денежных операций, эти препятствия можно квалифицировать в качестве непреодолимой силы.

3.12. В силу п. 1 ст. 405 ГК РФ должник, просрочивший исполнение, отвечает «за последствия случайно наступившей во время просрочки невозможности исполнения». Из данной нормы следует вывод, что должник не должен освобождаться от ответственности, если обстоятельства непреодолимой силы наступили уже после того, как должник впал в просрочку. Последняя означает, что риск возникновения таких препятствий переносится на должника.

3.13. Наибольшие сложности возникают в ситуации, когда должник не исполнил обязательство в связи с нарушением обязательств его контрагентами (например, субподрядчиками) и при этом контрагенты освобождаются от ответственности перед должником в силу непреодолимой силы. Проиллюстрируем эту проблему следующим примером. Российский импортер не может доставить российскому покупателю оборудование, которое он по договору должен был предварительно закупить у зарубежного производителя, ввезти на территорию России и провести через таможенную очистку, из-за введения эмбарго на поставку такого оборудования в Россию. В такой ситуации формально непреодолимая сила действует во взаимоотношениях импортера и иностранного производителя. «Отзеркаливается» ли она и на отношения импортера и российского конечного покупателя? Согласно буквальному смыслу п. 3 ст. 401 ГК РФ к непреодолимой силе не относятся случаи нарушения договора в связи с неисполнением обязательств контрагентами должника. Но что если непреодолимая сила вторглась в отношения должника и таких контрагентов? Представляется, что в подобных случаях должник также может ссылаться на непреодолимую силу, если докажет, что он не мог избежать выбора такого контрагента или такой категории контрагентов и тем самым избежать столкновения с непреодолимой силой во взаимоотношениях с таким контрагентом. Схожий подход используется в п. 2 ст. 79 Венской конвенции 1980 г. В российской правоприменительной практике не сложилась однозначная позиция по данному вопросу.

3.14. Пункт 3 комментируемой статьи сформулирован диспозитивно. Вследствие этого стороны договора, связанного с осуществлением предпринимательской деятельности, несомненно, могут сузить основания ответственности только до виновных нарушений. Это прямо признано в Постановлении Президиума ВАС РФ от 19 июня 2007 г. № 5619/06. Кроме того, в п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 признается законность условий договора о том, что должник-коммерсант освобождается от ответственности в случае, связанном с нарушением договоров контрагентами должника. Договором может быть исключена ответственность как минимум за простую неосторожность. В практике ВАС РФ сторонам коммерческого договора предоставлялась еще большая степень свободы. В частности, законным признавалось условие о том, что должник отвечает только в случае умышленного нарушения договора (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). Наконец, в судебной практике допускалось исключение ответственности в случае, если нарушение договора спровоцировано прямо указанными в договоре обстоятельствами, которые объективно не относятся

к категории непреодолимой силы и в некоторых случаях могут квалифицировать нарушение как неосторожность (например, неисполнение обязательств контрагентами должника, арест счетов должника и т.п.; см. Постановление Президиума ВАС РФ от 7 июля 1998 г. № 6839/97).

Несмотря на столь широкую свободу воли в определении границ договорной ответственности, нужно учитывать, что все условия договора, расширяющие основания освобождения от ответственности коммерсанта по сравнению с тем, что предусмотрено в п. 3 ст. 401 ГК РФ, могут блокироваться судами в случае, если их содержание явно несправедливо и такие условия были навязаны слабой стороне договора (см. п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

3.15. В силу диспозитивности положений п. 3 ст. 401 ГК РФ нет препятствий и к расширению ответственности и исключению применения правила о непреодолимой силе. В этом случае должник будет отвечать даже за непреодолимую силу. Безусловно, такое условие носит достаточно жесткий характер и может блокироваться судом по правилам ст. 10 и 428 ГК РФ с учетом конкретных обстоятельств, если оно было навязано слабой стороне договора.

3.16. В договорах зачастую формулируется примерный перечень тех обстоятельств, которые стороны считают непреодолимой силой (нередко именуемой сторонами форс-мажором). Подчас в эти списки попадают объективно весьма далекие от непреодолимой силы ситуации (например, забастовка работников должника, отзыв лицензии, неисполнение обязательств контрагентами должника). Представляется, что такие обстоятельства не могут быть квалифицированы как непреодолимая сила, однако их можно рассматривать в качестве иных установленных договором оснований освобождения должника от ответственности. Как уже отмечалось, ничто не запрещает сторонам в договоре установить дополнительные основания освобождения от ответственности. С учетом этого такие условия и следуют толковать судам. Нет причин признавать такие условия ничтожными только на том основании, что стороны назвали непреодолимой силой то, что объективно ею не является.

В то же время определенные сложности возникают в связи с выявлением действительной воли сторон, согласовавших такие обстоятельства освобождения от ответственности, а именно: имели ли в виду стороны, что указанные ими обстоятельства однозначно квалифицируются в качестве непреодолимой силы и исключают ответственность, или этот эффект должен наступать, только если указанные обстоятельства на самом деле будут соответствовать критериям непреодолимой силы? Например, нередко в договоре в перечне обстоятельств непреодолимой силы указывают пожар или забастовку. Означает ли это, что должник будет освобожден от ответственности и тогда, когда случившийся пожар возник из-за нарушения должником правил пожарной безопасности, а забастовка носит локальный характер и спровоцирована конфликтом между трудовым коллективом и администрацией должника? В обоих случаях очевидно, что указанные обстоятельства объективно непреодолимой силой не являются и по общему правилу не должны повлечь освобождение должника от ответственности. Та же ситуация имеет место и тогда, когда в договоре в качестве «форс-мажора» указано на экспортные ограничения, но конкретное ограничение на экспорт, введенное после заключения договора, не было чрезвычайным (например, должник мог его предвидеть в момент заключения договора) или было преодолимым (например, должник мог исполнить свои обязательства по поставке

зерна в соответствующую страну, не прибегая к экспорту, а закупив нужный товар на зарубежном рынке).

Ответ на поставленный вопрос будет зависеть от результатов толкования договора, но при отсутствии противоположных доказательств логично исходить из следующего: обстоятельства, указанные в договоре, должны презюмироваться непреодолимой силой, освобождающей от ответственности, но эта презумпция может быть опровергнута, если кредитор представит доказательства того, что это конкретное обстоятельство не было чрезвычайным, было преодолимым и не отвечало иным объективным признакам непреодолимой силы.

3.17. В договорах нередко встречается условие о том, какие доказательства могут считаться подтверждением обстоятельств непреодолимой силы (например, справки из Торгово-промышленной палаты). При этом следует учитывать, что, во-первых, для суда никакие доказательства не имеют заранее установленной силы, а вопрос о квалификации тех или иных обстоятельств в качестве непреодолимой силы – вопрос права – входит в исключительную компетенцию суда и не может предрешаться какими-то иными организациями. Указанная в договоре организация, выдавшая справку о форс-мажоре, лишь подтверждает, что некое обстоятельство имело место; правовую квалификацию этого обстоятельства дает суд. Во-вторых, при наличии такого условия в договоре должник не будет лишен возможности представить суду иные доказательства наличия непреодолимой силы. Свобода договора не простирается настолько далеко, чтобы стороны могли по своей воле блокировать допустимость тех или иных доказательств и в целом регулировать вопросы процессуального права.

4. Пункт 4 комментируемой статьи запрещает договариваться об освобождении от ответственности или ограничении ее размера на случай умышленного нарушения обязательства. Условия договора, противоречащие данному запрету, являются ничтожными. Законодатель исходит из того, что такого рода условия, поощряющие недобросовестное поведение, являются аномальными, несправедливыми и противоречащими основам нравственности и правопорядка. Поэтому они не должны иметь силы в любых договорах (даже в тех, которые заключены равноправными коммерсантами).

4.1. На практике почти никогда не встречаются договоры, в которых указывается на то, что должник освобождается от ответственности даже в случае умысла. Как правило, в договорах просто вводятся те или иные ограничения ответственности без упоминания формы вины. Поэтому п. 4 комментируемой статьи должен толковаться следующим образом: условие договора об ограничении ответственности или об освобождении от нее не должно применяться и должно игнорироваться судом как ничтожное в той степени, в которой оно охватывает случаи умысла. Иначе говоря, ничтожной будет часть данного условия сделки (ст. 180 ГК РФ). Если, например, договор устанавливает исключительную неустойку, предел возмещения убытков, исключает возможность взыскания упущенной выгоды или иным образом ограничивает объем ответственности, должник, умышленно нарушивший договор, не сможет защититься от иска кредитора.

4.2. Следует учитывать, что отсутствие умысла должно доказываться должником (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Соответственно,

если должник в ответ на иск о взыскании убытков ссылается на то или иное условие договора об ограничении ответственности, он же должен обосновать и то, что нарушение с его стороны не было умышленным.

4.3. Комментируемая норма запрещает сторонам ограничивать ответственность за умышленное нарушение обязательства лишь в тех случаях, когда обязательство еще не нарушено, т.е. заранее. Это продиктовано стремлением лишить должников стимула умышленно допускать нарушения обязательства — наиболее социально опасный вид поведения в гражданских правоотношениях. В то же время, после того как нарушение обязательства произошло (независимо от того, имелся ли умысел), ничто не мешает сторонам заключить соглашение об условиях возмещения убытков. При этом нужно учитывать, что соглашение об освобождении должника от обязанности уплатить компенсацию может оцениваться с точки зрения прощения долга и, соответственно, при наличии воли кредитора одарить должника — с точки зрения запрета дарения в отношениях между коммерческими организациями (ст. 575 ГК РФ). В связи с этим освобождение от уже возникшей ответственности не будет квалифицировано как дарение лишь в том случае, если доказано, что кредитор не преследовал цели безвозмездного предоставления выгоды должнику (например, если в обмен на освобождение от ответственности за просрочку должник предоставил кредитору обеспечение основного долга).

Статья 402. Ответственность должника за своих работников

Действия работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника. Должник отвечает за эти действия, если они повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Комментарий

(а) Комментируемая статья закрепляет правило о том, что юридическое лицо при исполнении обязательств действует через своих работников. Соответственно, если работники должника при исполнении обязательства допустили те или иные ошибки, должник будет считаться нарушившим обязательство и не может освободиться от ответственности.

(б) В тех случаях, когда обязательство должника состоит в предоставлении кредитору той или иной информации, имущества, выполнении работ или оказании услуг, и при этом такое предоставление требует принятия кредитором, могут возникать неординарные ситуации, когда исполнение от имени должника осуществляет сотрудник должника, на которого должник не возлагал соответствующую задачу и впоследствии такое исполнение оказывается ненадлежащим, что причиняет кредитору определенные убытки. Должен ли должник и в такой ситуации нести ответственность за действия своих сотрудников?

Представляется, что если должник докажет, что кредитор при принятии исполнения был заведомо недобросовестен и обстоятельства приемки были таковы, что разумный и осмотрительный участник оборота на месте кредитора должен

был неминуемо определить отсутствие у сотрудника должника соответствующего поручения со стороны его работодателя на осуществление исполнения, иск кредитора о привлечении должника к ответственности за дефекты может отклоняться на основании правил п. 3, 4 ст. 1, п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ. С учетом того, что действия сотрудников должника без соответствующего поручения работодателя — явление крайне аномальное, право должно исходить из презумпции наличия такого поручения и разумности поведения кредитора, принявшего исполнение от сотрудника должника без проверки наличия у такого сотрудника поручения работодателя осуществить исполнение. Для опровержения данной презумпции добросовестности кредитора должник в суде должен привести очень веские доказательства того, что поведение кредитора было недобросовестно. Недобросовестность кредитора может быть доказана достаточно легко, если должник заранее предупредил кредитора о недопустимости принятия исполнения от того или иного конкретного сотрудника должника или, наоборот, кредитор был уведомлен о том, кто конкретно из работников должника будет сопровождать исполнение обязательства со стороны должника. В остальных случаях должнику доказать недобросовестность кредитора будет достаточно сложно.

Если будет доказано, что поведение кредитора было недобросовестным и должник откажется признавать предоставление неуполномоченного работника в качестве исполнения, обязательство не считается исполненным и должник должен быть готов нести ответственность за просрочку в исполнении своего обязательства.

Статья 403. Ответственность должника за действия третьих лиц

Должник отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых было возложено исполнение, если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем третье лицо.

Комментарий

(а) Как следует из ст. 313 ГК РФ, должник по общему правилу вправе не исполнять обязательство лично, а возложить исполнение на третье лицо, если только это не запрещено законом, договором или такое возложение не противоречит природе обязательства (п. 3 ст. 313 ГК РФ). Это не возлагает на третье лицо ответственность непосредственно перед кредитором и не переводит на третье лицо долг должника, за надлежащее исполнение также отвечает должник.

Если обязательство должника было нарушено в связи с действиями или бездействием лиц, на которых должник возложил исполнение, должник несет ответственность, как если бы он сам производил исполнение. Иначе говоря, положение кредитора и доступные ему средства защиты не меняются в связи с тем, что должник привлек третье лицо к исполнению. Каждая из сторон по общему правилу отвечает за тех, кого она привлекла к исполнению своих обязательств. Подтверждение этой позиции на уровне судебной практики см. п. 46 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. Аналогичное решение содержится в ст. III.-2:106 Модельных правил европейского частного права.

(б) Комментируемая статья регламентирует ответственность должника в тех случаях, когда исполнение обязательства возложено должником на третье лицо (п. 1 ст. 313 ГК РФ). Следовательно, она не охватывает те ситуации, когда третье лицо предоставляет кредитору исполнение по собственной инициативе, без возложения со стороны должника (см. по этому вопросу комментарий к ст. 313 ГК РФ).

(в) Если должник несет ответственность на началах вины (п. 1, 2 ст. 401 ГК РФ) и при этом поведение привлеченного им третьего лица носило виновный характер, должник не может освободиться от ответственности, даже если докажет, что сам он проявил должную заботливость и осмотрительность в выборе такого третьего лица. Это следует из общепризнанной идеи о том, что должник отвечает за привлеченных им лиц как за самого себя. И наоборот, если привлеченное третье лицо допустило невиновное нарушение обязательства, не возникнет и ответственность должника.

Если же должник-предприниматель, отвечающий независимо от вины, привлек к исполнению обязательства лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность (и по общему правилу отвечающее за нарушение своих обязательств лишь при наличии вины), то условия ответственности должника-предпринимателя от этого не меняются. Даже если вины привлеченного должником исполнителя в нарушении обязательства не было, должник все равно будет нести ответственность перед кредитором.

(г) Определенные сложности возникают в той ситуации, когда должник не был свободен в выборе привлекаемого им к исполнению третьего лица в силу того, что такое третье лицо было навязано ему самим кредитором по условиям договора. Сам факт того, что такое третье лицо было указано в договоре, вряд ли освобождает должника от ответственности за его поведение, но ситуация становится более сложной, если будет доказано, что привлечение должником такого третьего лица было условием, продиктованным самим кредитором. Например, в договорах строительного подряда нередко встречается условие, что генеральный подрядчик назначает субподрядчиков из числа тех, которые рекомендованы заказчиком. Представляется, что в подобной ситуации в силу ст. 404 ГК РФ должник может быть освобожден от ответственности.

(д) Комментируемая статья не содержит оговорки о ее диспозитивности. Тем не менее по смыслу данной нормы нет препятствий к тому, чтобы в договоре стороны предусмотрели освобождение должника от ответственности в случае, если нарушение обязательства произошло по обстоятельствам, зависящим от третьего лица, на которого должник возложил исполнение. Единственное исключение проявляется в ситуации, когда будет доказано, что действия третьего лица носили умышленный характер (см. комментарий к п. 4 ст. 401 ГК РФ). Если развитие нашего права покажет, что нет оснований различать умысел и грубую неосторожность, указанное исключение будет действовать и в тех случаях, когда должник при выборе привлекаемого им к исполнению лица проявил грубую неосторожность.

Несмотря на формальную законность условий об освобождении должника от ответственности по причине нарушений, допущенных привлеченными им третьими лицами, такие условия могут быть заблокированы судом на основании ст. 10 и 428

ГК РФ как несправедливые в случае, если они были навязаны слабой стороне договора.

В то же время условиями договора не может быть предусмотрено возложение на третье лицо ответственности перед кредитором за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, если такое третье лицо не участвует в договоре и не выразило свое согласие принять на себя такую ответственность.

Статья 404. Вина кредитора

1. Если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника. Суд также вправе уменьшить размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению.

2. Правила пункта 1 настоящей статьи соответственно применяются и в случаях, когда должник в силу закона или договора несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства независимо от своей вины.

Комментарий

1. В п. 1 комментируемой статьи перечислен целый ряд обстоятельств, связанных с поведением кредитора, которые являются основанием для снижения размера взыскиваемых убытков. Это, во-первых, смешанная вина должника и кредитора в нарушении обязательства. Во-вторых, виновные действия кредитора, приведшие к увеличению размера убытков, или непринятие кредитором разумных мер по уменьшению убытков. Несмотря на то что эти ситуации объединяются общим признаком упречного поведения кредитора, их нужно различать.

1.1. Смешанная вина должника и кредитора характеризуется одновременным наличием следующих признаков: (а) должник нарушил обязательство; (б) нет оснований для полного освобождения должника от ответственности по правилам ст. 401 ГК РФ; (в) нет оснований считать должника не нарушившим обязательство в связи с просрочкой кредитора по правилам п. 3 ст. 405, 406 ГК РФ и при этом (г) нарушение обязательства должником является отчасти следствием поведения кредитора. Например, если заказчик предоставил подрядчику проектную документацию с теми или иными дефектами, которые пришлось устранять в процессе выполнения работ, тем самым способствовав нарушению сроков исполнения подрядчиком его обязательств, суд должен уменьшить размер возмещения убытков соразмерно степени обусловленности нарушения поведением кредитора. Другой пример: заказчик хочет взыскать убытки, вызванные недостатками результата строительных работ. В процессе выясняется, что часть недостатков обусловлена тем, что инженер, представляющий интересы заказчика на строительной площадке, давал подрядчику неверные указания. В той части, в которой нарушение вызвано неверными инструкциями инженера, имеет место смешанная вина и соразмерная часть убытков возмещению не подлежит. Если в таких случаях будет доказано, что

нарушение произошло исключительно в силу вины кредитора, суд вправе вовсе освободить должника от ответственности (т.е. снизить ответственность до нуля).

1.2. Содействие кредитора увеличению размера убытков отличается следующими особенностями. В составе убытков можно выделить две части: 1) убытки, причиненные нарушением должника; 2) сумма, на которую убытки увеличились по причине виновных действий кредитора. В данном случае второй компонент вычитается из объема компенсации в силу того, что кредитор содействовал возникновению этой части убытков. Например, поставщик предоставил заводу-изготовителю сталь, марка которой не соответствует требованиям контракта. Завод, не проверив качество стали, но имея все основания заподозрить ее дефектность по внешнему виду, отправил ее на переработку. В результате вся партия готовых изделий оказалась непригодной для использования. В данной ситуации налицо содействие кредитора увеличению своих убытков. Поэтому суд будет уменьшать размер убытков (см. также Определение КЭС ВС РФ от 25 февраля 2016 г. № 304-ЭС16-2631).

При этом, как указано в комментируемой норме, суд вправе снизить размер ответственности только в случае умышленного или неосторожного содействия кредитора увеличению своих убытков. Если кредитор вел себя в соответствии с требованиями должной заботливости и осмотрительности и тем не менее случайно способствовал увеличению своих убытков, это не позволяет должнику претендовать на снижение объема ответственности.

1.3. Что означает выражение «суд соответственно уменьшает размер ответственности»? Поскольку в случае смешанной вины, как отмечалось выше, невозможно выделить те компоненты убытков, которые находятся в причинной связи с поведением каждой из сторон, суд должен руководствоваться каким-либо критерием, на основании которого он снижает размер ответственности. В практике в качестве такого критерия обычно выступает форма вины каждой из сторон (см. Определение КЭС ВС РФ от 24 ноября 2015 г. № 307-ЭС15-5546). Этот подход во многом основан на аналогии с деликтной ответственностью, поскольку в силу п. 2 ст. 1083 ГК РФ при наличии грубой неосторожности потерпевшего в возникновении или увеличении вреда размер возмещения уменьшается в зависимости от степени вины потерпевшего и причинителя вреда. Если экстраполировать этот подход на ответственность за нарушение обязательства, решение может выглядеть следующим образом: при умышленном нарушении договора должником и грубой неосторожности кредитора суд, учитывая более тяжкую форму вины должника, чем кредитора, устанавливает пропорцию в распределении убытков (например, 80% относится на должника, а 20% — на кредитора). Здесь мы имеем дело с тем редким случаем, когда форма вины влияет на размер гражданско-правовой ответственности. Если обе стороны проявили неосторожность, логично как минимум презюмировать снижение ответственности на 50%. Но многое может также зависеть и от оценки иных обстоятельств (например, степени влияния вины кредитора на вероятность и характер нарушения должником обязательства). В частности, если просрочка подрядчика по своей длительности может быть лишь частично обусловлена просрочкой заказчика в передаче той или иной документации или информации (например, заказчик передал документацию с просрочкой в 5 дней, а подрядчик допустил просрочку в сдаче работ на 20 дней), ответственность подрядчика может быть снижена соразмерно степени влияния просрочки заказчика на просрочку подрядчика.

1.4. Непринятие кредитором разумных мер по уменьшению убытков является нарушением принципа добросовестности. Данная ситуация характеризуется следующими особенностями. Убытки причинены нарушением должника. При этом у кредитора имелась возможность принять разумные меры по уменьшению убытков, однако кредитор, проявив недобросовестность, этой возможностью не воспользовался. В той части, в которой кредитор мог снизить размер убытков, компенсация снижается. Например, если арендодатель передал арендатору помещение для хранения, которое впоследствии оказалось затопленным вследствие дефектов здания, убытки арендатора, связанные с порчей хранимого в помещении имущества, вызваны нарушением со стороны арендодателя. Однако, если арендатор, обнаружив затопление, не вынес хранимое имущество, имея для этого все возможности, он не предпринял очевидных мер по уменьшению убытков. Поэтому все его последующие потери, возникшие после обнаружения затопления, компенсации не подлежат (похожую правовую позицию см. в Определении КЭС ВС РФ от 29 августа 2014 г. № 310-ЭС14-870).

1.5. Для применения данного критерия ограничения ответственности необходимо выяснить несколько вопросов.

(а) Какие конкретные возможности по уменьшению размера убытков были доступны кредитору? Сам факт, что кредитор не сделал ничего для снижения убытков, еще не свидетельствует о том, что он мог что-то сделать. При этом от кредитора нельзя требовать принятия каких-то особо обременительных мер по уменьшению убытков. Если принятие таких мер требует от кредитора значительных расходов или усилий, чрезмерного риска, принятие таких мер не может быть поставлено ему в вину. В данном случае должен применяться стандарт разумного среднестатистического участника гражданского оборота, относящегося к соответствующей группе (предприниматели, потребители, профессионалы в какой-то области и т.п.). Более того, учитывая различия в возможностях разных контрагентов, необходимо установить, что именно у данного кредитора имелась возможность снижения убытков. Один стандарт поведения мы будем ожидать от профессионального коммерсанта с большими финансовыми и техническими возможностями, другой же будем применять в отношении потребителя. То, что эта задача была по силам кому-то другому, еще не подтверждает недобросовестность конкретного кредитора.

(б) В каком размере убытки могли быть уменьшены кредитором? Простая констатация того, что кредитор мог попытаться уменьшить размер убытков, не позволяет определить, на какую сумму компенсация подлежит снижению.

(в) Существует ли причинная связь между пассивностью кредитора и тем компонентом убытков, который он мог предотвратить? При определении этой причинной связи может использоваться общая методология установления причинно-следственной связи (см. комментарий к ст. 393 ГК РФ).

В комментируемой норме не упомянуто, может ли кредитор взыскать с должника свои расходы, которые вызваны принятием мер по уменьшению убытков. Строго говоря, эти расходы возникли не по причине нарушения со стороны должника, а в результате соответствующих действий кредитора. Однако опосредованно они связаны с нарушением, поэтому кредитор должен иметь право на их компенсацию, причем независимо от того, насколько успешными и результативными оказались эти меры. Риск того, что меры, предпринятые кредитором для уменьшения убытков,

не дали плодов, должен лежать на том, кто создал саму неблагоприятную ситуацию, связанную с нарушением договора, т.е. на должнике. Именно такое решение содержится в международных источниках и является стандартом частноправового регулирования (см. п. 2 ст. 7.4.8 Принципов УНИДРУА; п. 2 ст. III.-3:705 Модельных правил европейского частного права).

1.6. В комментируемой норме упомянуто о том, что суд *вправе* снизить размер компенсации в тех случаях, когда он установит, что кредитор содействовал увеличению убытков или не принял разумных мер по уменьшению убытков. Но из толкования нормы со всей очевидностью следует, что суд при наличии соответствующих доказательств обязан так поступить. Если упречность поведения кредитора установлена, суд не вправе, а обязан предотвратить получение кредитором выгоды в виде возмещения убытков, которые находятся в причинной связи с недобросовестным поведением кредитора.

1.7. О применении ст. 404 ГК РФ при взыскании убытков в случае расторжения нарушенного договора см. комментарий к ст. 393¹ ГК РФ.

1.8. Положения п. 1 ст. 404 ГК РФ о совместной вине сторон в нарушении применяются не только при возмещении убытков, но и в случае применения иных мер ответственности (например, при взыскании неустойки). Если нарушение договора спровоцировано поведением кредитора, суд вправе уменьшить размер неустойки по правилам ст. 404 ГК РФ. Эта же статья может применяться и тогда, когда кредитор содействовал увеличению размера неустойки (п. 81 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

В то же время непредъявление кредитором требования о взыскании основного долга в течение длительного времени после наступления срока исполнения обязательства само по себе не может расцениваться как содействие увеличению размера неустойки (п. 81 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.9. Невыполнение кредитором обязанности принять разумные меры по уменьшению убытков может быть принято судом во внимание при определении соразмерности неустойки по правилам ст. 333 ГК РФ: если неустойка примерно соразмерна убыткам кредитора, но размер таких убытков оказался столь велик из-за неприятия кредитором мер по минимизации убытков, суд вправе соразмерно снизить неустойку.

1.10. В законе не определено, как распределяется бремя доказывания при определении того, приняты ли кредитором разумные меры по уменьшению убытков. Представляется, что данный вопрос должен быть решен следующим образом. Поскольку в силу п. 4 ст. 10 ГК РФ действия субъектов гражданского права предполагаются разумными и добросовестными, следует исходить из презумпции того, что кредитор предпринял разумные меры по уменьшению убытков. Соответственно, при взыскании убытков кредитор не должен это доказывать. Напротив, должник вправе опровергать эту презумпцию и представлять суду доказательства недобросовестности и неразумности кредитора, проявившихся в том, что последний не предпринял попыток по уменьшению убытков.

2. Во многих обязательствах (в первую очередь связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, п. 3 ст. 401 ГК РФ) вина должника не имеет значения для возникновения его ответственности. В п. 2 комментируемой статьи

указано, что правила п. 1 ст. 404 ГК РФ учитываются и в таком случае. Представляется, что данная норма является в целом избыточной, так как этот вывод в принципе не вызывает никаких сомнений.

Статья 405. Просрочка должника

1. Должник, просрочивший исполнение, отвечает перед кредитором за убытки, причиненные просрочкой, и за последствия случайно наступившей во время просрочки невозможности исполнения.

2. Если вследствие просрочки должника исполнение утратило интерес для кредитора, он может отказаться от принятия исполнения и требовать возмещения убытков.

3. Должник не считается просрочившим, пока обязательство не может быть исполнено вследствие просрочки кредитора.

Комментарий

1. В п. 1 комментируемой статьи закреплено вполне очевидное правило о том, что должник, допустивший просрочку исполнения, отвечает перед кредитором за вызванные этим нарушением убытки. Это положение в полной мере действовало бы и при отсутствии такой нормы, так как просрочка исполнения есть одна из форм нарушения обязательства (наряду с ненадлежащим исполнением, нарушением негативного обязательства воздержаться от того или иного действия и т.п.), а ответственность должника за убытки кредитора при нарушении обязательства прямо предусмотрена в ст. 393 ГК РФ.

Более интересно то, что в данной норме закрепляется и другое, куда менее очевидное последствие, а именно: переход на должника риска возникновения случайной невозможности исполнения. По общему правилу невозможность исполнения, возникшая по обстоятельствам, за которые должник не отвечает, не влечет ответственности должника (ст. 416 ГК РФ). Если должник является предпринимателем и несет строгую ответственность, он может освободиться от ответственности, если докажет, что возникшая невозможность носила характер непреодолимой силы (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Если же должник не выступает в качестве предпринимателя и несет ответственность на началах вины (п. 1–2 ст. 401 ГК РФ), он освобождается от ответственности, если докажет, что невозможность исполнения наступила, несмотря на то что он проявил должную заботливость и осмотрительность. Но в обоих случаях в силу п. 1 ст. 405 ГК РФ ответственность за убытки кредитора все-таки наступит, если соответствующая невозможность исполнения наступила после того, как должник впал в просрочку. Здесь мы имеем своеобразную санкцию в виде перераспределения риска. Угроза применения этой санкции должна стимулировать должника избегать попадания в просрочку.

2. Положения п. 2 ст. 405 ГК РФ устанавливают право кредитора, утратившего интерес в договоре в связи с просрочкой должника, отказаться от принятия исполнения и требовать возмещения убытков. Упомянутое право на отказ от принятия исполнения в связи с утратой интереса есть не что иное, как право на внесудебный отказ

от договора. Этот подход достаточно долго поддерживается и в судебной практике высших судов (см.: п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5, постановления Президиума ВАС РФ от 29 марта 2011 г. № 14344/10 и от 17 декабря 2013 г. № 9223/13, п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). По сути, здесь мы имеем тот случай, когда в силу прямого указания закона в отступление от общего правила п. 2 ст. 450 ГК РФ, устанавливающего судебный порядок расторжения нарушенного договора, допускается внесудебный односторонний отказ от договора (подробнее см. комментарии к п. 2 ст. 450 ГК РФ и ст. 450¹ ГК РФ).

Аналогичное правило о праве на отказ от договора при неосуществлении контрагентом своего исполнения другими словами закрепляется в п. 2 ст. 328 ГК РФ, где говорится о праве контрагента отказаться от своего встречного исполнения (см. комментарий к п. 2 ст. 328 ГК РФ). Отказ от принятия просроченного исполнения и отказ от своего встречного исполнения в контексте двусторонних договоров, по сути, означают одно и то же – отказ от договора. Конечно же, было бы разумнее избегать в законе столь пестрого регулирования одного и того же вопроса.

Как бы то ни было, с учетом положений п. 2 ст. 405 ГК РФ в сочетании с п. 2 ст. 328 ГК РФ общее правило о судебном порядке расторжения нарушенного договора фактически дезавуируется, и общим правилом расторжения договора в ответ на нарушение в российском праве оказывается односторонний внесудебный отказ. Односторонний отказ от нарушенного договора сейчас допускается практически во всех известных странах и всех известных международных унификациях договорного права. Российскому законодателю стоило бы назвать вещи своими именами и осуществить инверсию общего правила п. 2 ст. 450 ГК РФ, закрепив в нем возможность одностороннего отказа от договора. В таком случае потребность в положениях п. 2 ст. 405 и п. 2 ст. 328 ГК РФ об отказе просто окажется избыточной. До тех пор же пока реформа общего правила не произошла, положения этих норм выполняют важную практическую задачу, «убивая» действие не вполне адекватного общего правила о судебном порядке расторжения.

2.1. Пункт 2 ст. 405 ГК РФ говорит о праве на отказ при утрате интереса в исполнении договора. Возникает очевидный вопрос: следует ли утрату интереса понимать как произвольную оценку пострадавшего кредитора или необходимо оценивать утрату интереса объективно, подставляя на место кредитора разумное лицо? Ответ достаточно очевиден. Право не может допустить, чтобы договоры расторгались при малейшей просрочке только потому, что кредитор заявляет об утрате интереса. Кредитор, отказавшийся от договора, при возникновении спора о правомерности отказа должен быть готов доказать: нарушение было настолько существенным, что разумное лицо на его месте утратило бы интерес к договору (например, из-за длительности просрочки как таковой, утраты доверия к должнику, возникновения серьезных убытков, отпадения цели заключения договора и т.п.). Иначе говоря, утрату интереса следует понимать как эвфемизм, означающий не что иное, как объективную существенность нарушения. Это не означает, что стороны не вправе оговорить в договоре право на отказ от договора при малейшей просрочке: ведь, в конце концов, отечественное право допускает право сторон (с учетом некоторых ограничений по субъектному составу таких соглашений, см. п. 2 ст. 310 ГК РФ) договориться и о праве на немотивированный отказ, а если позволено большее,

то позволено и меньшее. Но для этого следует иметь прямое соглашение сторон. Если такого прямого условия в договоре нет, презюмируется, что право на отказ от договора обусловлено существенным характером нарушения, при определении которого могут учитываться и утрата интереса в исполнении, и ряд других обстоятельств (подробнее см. комментариев к ст. 450–450¹ ГК РФ).

2.2. Норма п. 2 ст. 405 ГК РФ о праве на отказ от договора при просрочке не содержит оговорки о праве сторон согласовать иное. Тем не менее из телеологического толкования нормы со всей неизбежностью следует, что стороны могут предусмотреть в договоре, что расторжение нарушенного договора возможно лишь в судебном порядке. Кроме того, как уже отмечалось выше, стороны могут исключить критерий существенности нарушения и допустить право на отказ при малейшем нарушении. Наконец, в ряде случаев стороны могут и вовсе исключить право на расторжение договора, оставив кредитора с иными средствами защиты. Если такое усечение средств защиты, доступных кредитору, не приводит к грубому нарушению баланса интересов сторон, такие условия могут быть допущены. Например, условие договора поставки в рассрочку о том, что продавец, поставивший товар, лишен права отказаться от договора и требовать возврата товара в случае просрочки в оплате, если покупатель успел оплатить 20% цены, и ограничен правом требовать погашения долга, не вызывает никаких нареканий. Такое условие отсекает одно из средств защиты, используемое на практике в подобных ситуациях крайне редко, но оставляет кредитору доступным наиболее эффективное и востребованное средство – взыскание долга. Грубого и нетерпимого нарушения баланса интересов сторон не наблюдается. В то же время если стороны попытаются лишить продавца права на отказ от договора или его судебное расторжение в ситуации просрочки покупателя во внесении предоплаты, не оговорив при этом прямо право продавца требовать внесения предоплаты по суду, мы имеем грубый дисбаланс прав и обязанностей, обрекающий продавца на бесконечное ожидание того, что покупатель соизволит внести предоплату. Свобода договора такие аномалии освещать не может и не должна.

3. Если должник не осуществил исполнение в срок в связи с тем, что кредитор уклонился от получения исполнения или не совершил действий, до совершения которых должник не мог исполнить свое обязательство (т.е. имеет место просрочка кредитора), должник не считается находящимся в просрочке. Это означает, что нет нарушения обязательства, и кредитор не вправе применять к должнику какие-либо средства защиты, установленные в договоре или законе на случай нарушения (взыскать убытки, неустойку, проценты годовые, расторгнуть договор в связи с нарушением и т.п.). Подробнее о просрочке кредитора см. комментариев к ст. 406 ГК РФ.

Идея исключения возможности применения к должнику санкций за нарушение, спровоцированное кредитором, знакома зарубежным правовым порядкам и основным источникам унификации частного права (см. п. 3 ст. III.-3:101 и ст. III.-3:704 Модельных правил европейского частного права и ст. 7.1.2 Принципов УНИДРУА) и в целом является абсолютно очевидной и вытекающей из базовых принципов справедливости.

3.1. В принципе эту норму следует толковать расширительно. На ее основании следует констатировать отсутствие факта нарушения обязательства во всех тех случаях, когда нарушение спровоцировано исключительно поведением кредитора

и нарушением им тех или иных прямо предусмотренных в законе или договоре, а также вытекающих из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ) кредиторских обязанностей. Если нарушение обязательства спровоцировано кредитором, должник не отвечает за нарушение. Как отмечено в комментарии к ст. 406 ГК РФ, нарушение кредиторской обязанности может быть выражено и в ненадлежащем исполнении кредиторской обязанности (например, в передаче дефектных материалов для переработки). Если такое нарушение кредиторской обязанности стало единственной причиной нарушения, нельзя обвинять должника в правонарушении и применять к нему какие-либо связанные с этим санкции. Эту идею и оформляет п. 3 ст. 405 ГК РФ, закрепляя идею о том, что должник не считается нарушителем, если нарушение спровоцировано просрочкой кредитора.

3.2. Но здесь возникает интересный вопрос о соотношении комментируемой нормы и нормы ст. 404 ГК РФ о вине кредитора. Арбитражная практика пока не выработала четкого понимания соотношения этих понятий: существует множество дел, в которых действия кредитора квалифицируются одновременно и как вина кредитора (по ст. 404 ГК РФ), и как просрочка кредитора (ст. 406 ГК РФ). Проблема усугубляется тем, что название ст. 404 ГК РФ не вполне точно отражает ее содержание. В ней объединяется регулирование вопроса непринятия кредитором мер по минимизации (митигации) своих убытков, с одной стороны, и вопрос о смешанной вине (т.е. ситуации, когда нарушение частично спровоцировано поведением кредитора), с другой стороны. Напомним, что согласно ст. 404 ГК РФ суд должен уменьшить объем ответственности должника, если нарушение произошло частично по вине должника, а частично по вине кредитора. Ситуация же, когда нарушение обязательства произошло исключительно по вине кредитора, в самой ст. 404 ГК РФ не регулируется (подробнее см. комментарий к ст. 404 ГК РФ).

Очевидно, что нет никаких проблем в разграничении института просрочки кредитора и упомянутого в ст. 404 ГК РФ института митигации убытков. Что же до закрепленного в ст. 404 ГК РФ института смешанной вины, то разумное разграничение может быть таким. Случай смешанной вины – это, как правило, частный случай нарушения кредитором той или иной кредиторской обязанности по содействию исполнению, характеризующийся тем, что нарушение обязательства произошло лишь частично по вине кредитора, в то время как частично за нарушение продолжает считаться ответственным должник. В такой ситуации логичным представляется соразмерное снижение ответственности, а не полное ее исключение. А следовательно, право готово констатировать сам факт нарушения должником обязательства (без чего в принципе невозможно говорить о какой-либо ответственности должника). В случае же, когда нарушение кредитором тех или иных прямо предусмотренных в законе или договоре, а также вытекающих из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ) кредиторских обязанностей было единственной причиной того, что должник не исполнил свое обязательство или исполнил его ненадлежащим образом, право не может позволить кредитору использовать никакие средства защиты на случай нарушения. Поэтому кажется вполне логичным, что п. 3 ст. 405 ГК РФ говорит об отсутствии нарушения обязательства со стороны должника в такой ситуации, тем самым полностью исключая как ответственность должника, так и применение к нему любых иных санкций за нарушение (расторжение договора и т.п.).

Так, например, если заказчик не передал подрядчику техническую документацию или материалы, необходимые для выполнения работ, наступает срок выполнения работ, и заказчик пытается привлечь подрядчика к ответственности за просрочку, следует применять правила п. 3 ст. 405 ГК РФ, и ответственность подрядчика за просрочку не будет наступать в силу того, что он в принципе в такой ситуации не считается просрочившим. Если же заказчик предоставил подрядчику проектную документацию с теми или иными дефектами, которые пришлось устранять в процессе выполнения работ, тем самым способствуя нарушению сроков исполнения подрядчиком его обязательств, но при этом факт итоговой просрочки обусловлен отчасти и собственными упущениями подрядчика (например, подрядчик выявил ошибки в документации немедленно, но не сообщил о них заказчику и в нарушение принципа добросовестности продолжал выполнение работ с учетом дефектной документации), разумно исходить из того, что нарушение договора подрядчиком имеет место, но суд должен уменьшить размер ответственности соразмерно степени обусловленности нарушения поведением заказчика по правилам ст. 404 ГК РФ.

3.3. Конкретный механизм применения правила п. 3 ст. 405 ГК РФ об исключении просрочки должника при просрочке кредитора зависит от конкретных обстоятельств дела. Если, например, заказчик предоставлял подрядчику неверную информацию и тем самым спровоцировал ненадлежащее выполнение работ, факт несоответствия работ закрепленным в договоре качественным характеристикам просто не будет означать ненадлежащего исполнения и не будет влечь возможность применения заказчиком к подрядчику установленных в законе или договоре санкций (снижение цены, взыскание убытки, отказ от договора и т.п.). Если заказчик не передал подрядчику материалы, из которых подрядчик должен был изготавливать те или иные объекты, но формально наступает срок сдачи работ, подрядчик не считается впавшим в просрочку. Этот вывод не актуален для тех случаев, когда срок исполнения обязательства должника был прямо привязан к исполнению кредитором той или иной кредиторской обязанности по содействию (например, по передаче материалов). Здесь подрядчик защищен не правилом п. 3 ст. 405 ГК РФ, а прямым условием договора. Но если такой прямой привязки в договоре нет и сроки исполнения обязательств подрядчика и кредиторской обязанности заказчика по передаче материалов не зависят друг от друга, из п. 3 ст. 405 ГК РФ следует, что, несмотря на формальное наступление срока сдачи, просрочки подрядчика не будет.

Но что если кредитор допустил просрочку кредитора, но до наступления срока исполнения обязательства должника все-таки исполнил свою кредиторскую обязанность? В такого рода ситуациях многое зависит от конкретных обстоятельств дела, рассматриваемых через призму принципов добросовестности и соразмерности. Так, например, разумно считать, что срок исполнения обязательства подрядчика по сдаче работ отодвигается соразмерно тому периоду, в течение которого имела место просрочка заказчика в передаче материалов, необходимых для выполнения работ. Так, например, если заказчик должен был передать материалы подрядчику до 1 апреля, а подрядчик выполнить работы до 15 апреля, и при этом заказчик передал материалы лишь 10 апреля, срок выполнения работ подрядчиком должен смещаться на 10 дней и оканчиваться 25 апреля, если иное не следует из существа отношений.

Но если просрочка кредитора состояла в запоздалой передаче плательщику информации о банковских реквизитах кредитора и эти реквизиты все-таки были получены плательщиком хоть и позже положенной даты, но до момента наступления срока платежа, вряд ли аналогичное механическое смещение срока платежа оправдано принципами добросовестности и соразмерности (как минимум, в той степени, в которой должник не сможет обосновать справедливость обратного вывода). Что же до случая уклонения кредитора от принятия исполнения, разумно исходить из того, что начавшаяся просрочка кредитора прекращается не сразу в момент, когда кредитор, ранее уклонившийся от принятия исполнения, довел до сведения должника информацию о своей готовности принять исполнение, а лишь по истечении разумного срока, который необходим при нормальных условиях должнику, чтобы представить исполнение повторно.

3.4. Данная норма в силу ее существа должна расцениваться как императивная, что подтверждается в судебной практике (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 декабря 2013 г. № 12945/13).

Статья 406. Просрочка кредитора

1. Кредитор считается просрочившим, если он отказался принять предложенное должником надлежащее исполнение или не совершил действий, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающих из обычаев или из существа обязательства, до совершения которых должник не мог исполнить своего обязательства.

Кредитор считается просрочившим также в случаях, указанных в пункте 2 статьи 408 настоящего Кодекса.

Кредитор не считается просрочившим в случае, если должник был не в состоянии исполнить обязательство, вне зависимости от того, что кредитором не были совершены действия, предусмотренные абзацем первым настоящего пункта.

2. Просрочка кредитора дает должнику право на возмещение причиненных просрочкой убытков, если кредитор не докажет, что просрочка произошла по обстоятельствам, за которые ни он сам, ни те лица, на которых в силу закона, иных правовых актов или поручения кредитора было возложено принятие исполнения, не отвечают.

3. По денежному обязательству должник не обязан платить проценты за время просрочки кредитора.

Комментарий

1. В комментируемой статье говорится о просрочке кредитора, которая в российском праве имеет две формы: 1) непринятие надлежаще предложенного исполнения; 2) отсутствие содействия кредитора, не позволяющее должнику исполнить обязательство. Важно отметить, что, несмотря на то что традиционно кредитор воспринимается как сторона, обладающая правами, но не несущая обязанностей, принятие надлежаще предложенного исполнения является именно обязанностью кредитора. На это, в частности, указывает как место расположения комментируемой статьи в [гл. 25 ГК РФ](#) («Ответственность за нарушение обязательств»), так и то, что

согласно п. 2 ст. 406 ГК РФ в случае просрочки кредитора должник имеет право требовать от него возмещения убытков.

При этом кредиторская обязанность вряд ли должна рассматриваться как элемент классического обязательственного отношения. К такой обязанности многие общие нормы об обязательствах неприменимы. В частности, право требовать принятия надлежащего исполнения, корреспондирующее такой обязанности, не может быть уступлено или заложено. В то же время ряд других общих норм об обязательствах к кредиторским обязанностям вполне применимы. Так, например, нет никаких возражений против того, чтобы стороны согласовали выплату неустойки за уклонение от принятия исполнения (раз уж ГК РФ прямо оговаривает возможность взыскания убытков при просрочке кредитора).

1.1. Просрочка кредитора в форме отказа в содействии проявляется в том, что кредитор не осуществляет те или иные подготовительные действия, которые необходимы для того, чтобы обеспечить должнику фактическую возможность исполнения обязательства (например, непередача подрядчику материалов, из которых подрядчик по условиям договора должен создавать ту или иную вещь; недопуск сотрудников подрядчика на территорию предприятия, на котором подрядчик должен был выполнять ремонтные работы; невыставление покупателем отгрузочной разрядки с указанием конкретных адресатов отгрузок, без получения которой поставщик не может осуществить поставку). Обязанность совершить соответствующие действия должна быть возложена на кредитора законом, иными правовыми актами, обычаем или договором, но также может вытекать из существа обязательства и принципа добросовестности, который проявляется, среди прочего, и в обязанности осуществлять содействие (п. 3 ст. 307 ГК РФ).

Так, например, когда кредитор по денежному обязательству не сообщает должнику свои банковские реквизиты для перевода денег (посредством включения таких реквизитов в договор или доведения их до должника в форме счета на оплату), должник объективно не может осуществить платеж, и имеются основания для применения ст. 406 ГК РФ (п. 47 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

При этом, хотя ст. 406 ГК РФ говорит о просрочке кредитора, нарушение кредиторской обязанности может выражаться и в ее ненадлежащем исполнении (например, в случае передачи подрядчику дефектных материалов для выполнения работ или неполной, содержащей неточности технической документации). В этом плане название статьи не следует понимать буквально. Нет принципиальной разницы между передачей подрядчику материалов для выполнения работ и передачей материалов, непригодных к использованию.

Просрочка кредитора в форме уклонения от принятия исполнения может возникнуть только в тех случаях, когда исполнение обязательства предполагает фактическое принятие (т.е. осознанные действия кредитора, направленные на получение исполнения), и при этом кредитор уклоняется от совершения таких действий. В частности, речь здесь может идти об уклонении от принятия поставленного товара или об отказе вывозить товар со склада поставщика, уклонении от получения наличных денежных средств и т.п. В случае исполнения обязательств, которые не предполагают принятие в качестве условия для признания обязательства исполненным, просрочка кредитора в форме уклонения от принятия возникнуть не может (например, обязательство обеспечить конфиденциальность или не конкурировать

вать с кредитором, обязательство выпустить рекламное объявление в радиоэфир), но вполне возможно уклонение от содействия (например, непредоставление рекламодателем записи того ролика, который радиостанция должна была по договору выпустить в эфир).

1.2. Важно отметить, что только отказ от принятия надлежащего исполнения влечет просрочку кредитора. Кредитор не впадает в просрочку, если уклоняется от принятия исполнения в связи с тем, что ему было предложено принять частичное исполнение и кредитор был вправе его не принимать (ст. 311 ГК РФ), а также если должник выражал готовность исполнить свое обязательство лишь под условием согласия кредитора на подписание тех или иных дополнительных соглашений (Определение КЭС ВС РФ от 9 декабря 2014 г. № 305-ЭС14-3435). В таких случаях лицо, уклонившееся от принятия исполнения, не может быть просрочившим кредитором, поскольку по общему правилу обязательство прекращает надлежащее исполнение (п. 1 ст. 408 ГК РФ).

Кредитор также не впадает в просрочку, если он отказался от принятия в связи с тем, что при принятии исполнения были выявлены те или иные качественные либо иные дефекты в предоставляемом объекте исполнения.

Но во всех подобных случаях может возникнуть ситуация, когда допущенное должником нарушение носит абсолютно несущественный характер (например, недостача поставленного товара была менее 0,5% от объема подлежащего поставке товара или в товаре были выявлены крайне незначительные дефекты, не дающие покупателю право на отказ от договора по правилам ст. 475 ГК РФ и объективно не способные подорвать интерес кредитора в исполнении договора). При таких обстоятельствах уклонение кредитора от принятия предложенного исполнения может рассматриваться как недобросовестное поведение (п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ) и быть признано просрочкой кредитора со всеми вытекающими последствиями, если поведение кредитора не будет иметь какого-то убедительного экономического оправдания (например, кредитор не докажет, что для него абсолютная точность в объеме поставляемой продукции имела принципиальное значение).

1.3. Для констатации просрочки кредитора необходимо, чтобы должник не мог исполнить обязательство без соответствующего содействия со стороны кредитора. В связи с этим Президиум ВАС РФ в Постановлении от 15 июля 2008 г. № 5989/08, а позднее и в Постановлении от 14 декабря 2010 г. № 8893/10 справедливо указал, что непредъявление исполнительного листа на взыскание суммы задолженности не является случаем просрочки кредитора, так как должник вполне мог исполнить решение суда добровольно.

Просрочка кредитора имеет место и тогда, когда без исполнения кредитором соответствующей обязанности должник не может исполнить обязательство надлежащим образом, в строгом соответствии с договором (например, в установленный срок, оговоренными средствами).

Можно ли говорить о просрочке кредитора в тех случаях, когда кредитор нарушает свою кредиторскую обязанность по содействию, но это не делает надлежащее исполнение должником его обязательства невозможным, а лишь значительно затрудняет его, например, увеличивая временные или финансовые затраты должника? Допустим, заказчик нарушает обязанность передать подрядчику те или иные образ-

цы, на основе которых последний должен выполнять работу, но при этом подрядчик теоретически может добыть их сам, приобретя у третьих лиц. Будет ли здесь иметь место просрочка кредитора? Представляется, что ответ должен быть утвердительным. Просрочка кредитора – это ситуация нарушения любой кредиторской обязанности, направленной на обеспечение должнику возможности исполнить обязательство.

1.4. Одной из наиболее распространенных в судебной практике проблем стало указание арбитражными судами при мотивировке решений ссылки одновременно на ст. 328 и 406 ГК РФ, сигнализирующее о непонимании разницы между институтами приостановления встречного исполнения, с одной стороны, и нетечением просрочки должника в период просрочки кредитора – с другой.

На самом деле существует даже не две, а три разные ситуации, которые не следует путать. Первая – это ситуация, когда в синаллагматическом договоре имеют место два встречных обязательства, но срок исполнения одного прямо не привязан к моменту исполнения другого. В таком случае при неполучении предшествующего исполнения другая сторона вправе приостановить свое встречное исполнение по правилам ст. 328 ГК РФ (см. комментарий к ст. 328 ГК РФ). Ни о каком применении ст. 406 ГК РФ о просрочке кредитора речи здесь быть не может. Вторая – это ситуация, когда в договоре срок исполнения обязательства одной из сторон привязан к моменту исполнения другой стороной своих обязательств (например, срок поставки начинает течь с момента внесения предоплаты). В таком случае срок последующего исполнения просто не наступает из-за неосуществления предшествующего исполнения в силу п. 1 ст. 314 и ст. 327¹ ГК РФ, и просрочка соответствующей стороны не наступает просто в силу автоматического смещения срока ее исполнения. Третья ситуация – это как раз просрочка кредитора, когда одна из сторон не совершает действий, которые не представляют собой предмет некоего обязательства-предоставления, а направлены лишь на создание условий для осуществления исполнения обязательства другой стороной. В таком случае ответственность последней не наступает из-за несовершения соответствующих действий первой по правилам о просрочке кредитора (п. 3 ст. 405, ст. 406 ГК РФ).

Таким образом, эффект ненаступления просрочки должника по правилам п. 3 ст. 405 и ст. 406 ГК РФ возникает только тогда, когда кредитор нарушил свои кредиторские обязанности (принять исполнение и содействовать исполнению), в то время как право приостановить исполнение по правилам ст. 328 ГК РФ может быть реализовано в ответ на неисполнение встречного обязательства. Исполнение кредиторской обязанности не служит объектом экономического обмена и, соответственно, не является встречной обязанностью по отношению к обязательству должника осуществить соответствующее предоставление.

Кроме того, реализация права приостановить встречное исполнение в ответ на допущенную просрочку по правилам ст. 328 ГК РФ (за рамками случая, когда договор прямо привязывает срок исполнения обязательств одной из сторон к моменту исполнения встречного обязательства другой стороны) всегда является волевым решением обязанной стороны, тогда как просрочка кредитора в форме уклонения от принятия исполнения, а также в большинстве случаев нарушения обязанности по содействию делает для обязанной стороны невозможным исполнение. Соответственно, сторона, осуществляющая встречное исполнение и приостанавливающая его, теоретически может и не пользоваться этим средством защиты и исполнить

свое обязательство, в то время как в ситуации, регулируемой ст. 406 ГК РФ, это, как правило, исключено. Тот факт, что должник не исполняет свое обязательство в случае просрочки кредитора, является не реализацией какого-либо средства защиты, а естественным и почти неизбежным следствием нарушения кредиторской обязанности другой стороной.

В связи с этим не может быть поддержана позиция судов, нередко признающих неперечисление предоплаты частным случаем просрочки кредитора (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 25 августа 1998 г. № 3218/98).

В целом правильные ориентиры на сей счет закреплены в п. 59 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, где указано следующее: «Если иное не установлено законом, в случае, когда должник не может исполнить своего обязательства до того, как кредитор совершит действия, предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающие из обычаев или существа обязательства, применению подлежат положения статей 405, 406 ГК РФ. Правила статьи 328 ГК РФ в таком случае применению не подлежат».

Следует отметить, что в законе это разграничение проводится не всегда последовательно. Так, в ст. 719 ГК РФ, относящейся к параграфу «Общие положения о подряде», законодателем допущена неточность в формулировании предпосылок для использования права на приостановление встречного исполнения: в качестве оснований для использования подрядчиком права приостановить исполнение по правилам ст. 328 ГК РФ названо «непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи». На самом деле результатом такого поведения заказчика будет не применение ст. 328 ГК РФ, а констатация просрочки кредитора (п. 3 ст. 405, ст. 406 ГК РФ).

1.5. На стыке ст. 406 и 328 ГК РФ встает и еще один вопрос: возможно ли приостановление исполнения кредиторской обязанности? Ответ, на первый взгляд, должен быть отрицательным – сама кредиторская обязанность либо возникает лишь в случае предложения надлежащего исполнения (обязанность по принятию исполнения), либо в случае «оказания содействия» делает возможным такое исполнение, а, следовательно, и предшествует исполнению должника. В первом случае приостановить исполнение в связи с нарушением обязанности должником не получится, так как предложено надлежащее исполнение и нарушения должника просто нет. Во втором – приостанавливать нечего, так как исполнение должника еще и не начиналось ввиду бездействия самого кредитора, поэтому должник и не мог ничего нарушить.

В то же время не стоит забывать о том, что ст. 328 ГК РФ дает право приостановить исполнение и в тех случаях, когда лишь предвидится нарушение обязательства (подробнее см. комментариев к ст. 328 ГК РФ). В принципе, можно предположить такие ситуации, когда должник предлагает кредитору принять часть исполнения (имея право на исполнение обязательства по частям), но к этому моменту кредитору становится очевидным, что в силу тех или иных обстоятельств передача должником остальных частей с высокой степенью вероятности в будущем не произойдет (например, в связи с обращением взыскания на эти части по долгам должника перед третьими лицами). В такой ситуации кредитор, интерес которого состоит в получении всего исполнения в целом, может приостановить приемку предложенной части до прояснения вопроса о судьбе запланированных на будущее этапов исполнения.

Здесь, видимо, возможно применение положений ст. 328 ГК РФ о приостановлении исполнения в случае предвидимого нарушения исполнения должником следующей части встречного обязательства по аналогии закона.

1.6. Об отграничении института просрочки кредитора от института вины кредитора см. комментарий к п. 3 ст. 405 ГК РФ.

1.7. Частные проявления института просрочки кредитора могут быть найдены в отдельных статьях Особенной части ГК РФ. Норма о просрочке кредитора конкретизируется в ГК РФ в положениях о договоре на выполнение проектно-исследовательских работ (ст. 759), а также в положениях о договоре на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (ст. 774).

1.8. В практике арбитражных судов встречаются случаи трактовки действий по возврату кредитором перечисленных ему ранее должником денежных средств в качестве просрочки кредитора. Этот подход представляется неверным. Как известно, моментом платежа при безналичных перечислениях является момент зачисления денежных средств на корреспондентский счет банка кредитора (в ситуации, когда у сторон разные банки) или на банковский счет самого кредитора (в ситуации, когда у сторон общий банк) (подробнее см. комментарий к ст. 316 ГК РФ). Соответственно, действия кредитора по обратному перечислению зачисленных на его счет денег должнику не могут расцениваться как отказ кредитора от принятия предложенного истцом надлежащего исполнения, так как обязательство в соответствующей части уже являлось исполненным должником.

1.9. Также имеются в судебной практике примеры применения судом ст. 406 ГК РФ в случаях неисполнения кредиторских обязанностей, возникающих из корпоративных отношений. Такая возможность предоставляется п. 3 ст. 307¹ ГК РФ, согласно которому нормы об обязательствах могут применяться к требованиям, вытекающим из корпоративных отношений. Так, например, необновление акционером, управомоченным на получение дивидендов, данных о себе в реестре акционеров может быть признано частным случаем просрочки кредитора. В равной степени ст. 406 ГК РФ может быть применена судом при отказе в получении денежных средств, составляющих действительную стоимость доли участника, вышедшего из общества с ограниченной ответственностью.

1.10. Абзац 2 п. 1 ст. 406 ГК РФ со ссылкой на п. 2 ст. 408 ГК РФ указывает, что случаем просрочки кредитора является также отказ кредитора при погашении должником своего долга (а) выдать ему по его требованию расписку о получении исполнения, (б) вернуть должнику долговой документ, посредством которого должник подтверждал свое обязательство при его возникновении (например, расписку в получении наличного займа или вексель), либо выдать должнику особую расписку с отметкой о невозможности возвращения соответствующего долгового документа. Согласно прямому указанию в п. 2 ст. 408 ГК РФ такое поведение кредитора должно быть квалифицировано как просрочка кредитора, и при этом тут же указывается, что должник, столкнувшийся с таким поведением кредитора, может задержать исполнение (см. также п. 23 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 4 декабря 2000 г. № 33/14).

Смысл данной нормы состоит в том, чтобы защитить должника на случай возникновения у него сомнений в добросовестности кредитора. Пункт 18 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 указывает, что в случае, когда кредитор

отказывается исполнить заявленное должником в соответствии со ст. 312 ГК РФ требование о представлении доказательств того, что исполнение принимается самим кредитором или уполномоченным им на это лицом, такой кредитор попадает в просрочку. Формально в такой ситуации исполнение не является невозможным для должника, однако связано с чрезвычайно высоким риском. Должник, исполнив обязательство, рискует столкнуться с требованием кредитора об осуществлении повторного исполнения и санкциями за просрочку, как в случае с отсутствием полномочий на принятие, так и в случае отказа выдать расписку о получении исполнения (подробнее см. комментарий к ст. 312 ГК РФ). Именно поэтому последствием недобросовестного поведения кредитора при обстоятельствах, указанных как в ст. 312, так и в п. 2 ст. 408 ГК РФ, будет его просрочка. Соответственно, должник, узнав о том, что кредитор отказывается передать (или вернуть) ему соответствующие расписки, а равно предоставить доказательства того, что исполнение принимается самим кредитором или уполномоченным им на это лицом, может не осуществлять исполнение, не рискуя оказаться в просрочке (п. 3 ст. 405 ГК РФ).

1.11. Абзац 3 п. 1 комментируемой статьи, вступивший в силу 1 июня 2015 г., регулирует ситуацию, когда должник был не в состоянии исполнить обязательство, вне зависимости от того, что кредитором не были совершены действия, предусмотренные абз. 1 данного пункта. В такой ситуации просрочка кредитора не наступает. Это возможно, например, когда кредитор не передает подлежащую переработке вещь в условиях очевидной неспособности должника осуществить такую переработку (например, отзыв необходимой лицензии). Представляется, что бремя доказывания факта неспособности должника исполнить обязательство лежит на кредиторе.

1.12. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 17 декабря 2013 г. № 12945/13 положения п. 1 ст. 406 ГК РФ признаны императивными и не подлежащими изменению соглашением сторон. Эту правовую позицию следует понимать таким образом, что стороны договора не могут своим соглашением исключить последствия просрочки кредитора и абстрактно легализовать бездействие кредитора, которое в силу положений п. 1 ст. 406 ГК РФ признавалось бы просрочкой кредитора. В то же время стороны могут детально урегулировать конкретный объем действий по содействию и принятию исполнения, которые требуются от кредитора, при этом как расширив его по сравнению с тем, что суд вывел бы из общих и специальных норм закона, обычаев или существа обязательств, так и сузив, если, конечно, не возникает оснований для констатации злоупотребления договорной свободой.

1.13. В силу принципа свободы договора стороны могут обусловить исполнение должником своих обязательств совершением кредитором тех или иных действий. В данном случае речь будет идти об обусловленном исполнении (ст. 327¹ ГК РФ), хотя эту же ситуацию можно описать и как просрочку кредитора. В любом случае до совершения кредитором таких действий просрочка не наступает. Наиболее типичный для договорной практики пример: фиксация в договоре срока оплаты в привязке к моменту получения от кредитора счета на оплату (т.е. оплата должна производиться только после получения счета), что, по сути, равнозначно конструированию обязательства по модели исполнения до востребования. В такой ситуации, если кредитор не предъявил должнику счет на оплату, он не обеспечил наступление отлагательного условия для осуществления платежа (не востребовал исполнение) и не может применять к должнику санкции, предусмотренные в законе или договоре

для случаев просрочки в оплате (проценты по ст. 395 ГК РФ, пени и т.п.). Нельзя карать должника за то, что он строго следовал порядку расчетов, предусмотренному в договоре, даже если доказано, что должнику были известны реквизиты кредитора. Интерес должника, состоящий в исключении ситуации вечной неопределенности, защищается положением п. 2 ст. 314 ГК РФ, согласно которому при непредъявлении кредитором в разумный срок требования об исполнении обязательства, срок исполнения которого определен моментом востребования, должник вправе потребовать от кредитора принять исполнение (см. комментарий к п. 2 ст. 314 ГК РФ), кредитор, отказавшийся в такой ситуации принять исполнение, окажется в просрочке (п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54), а также положением п. 2 ст. 200 ГК РФ об объективном 10-летнем сроке давности с момента возникновения обязательства.

2. Пункт 2 комментируемой статьи посвящен последствиям наступления просрочки кредитора.

2.1. Здесь указывается на право должника требовать возмещения убытков, возникших у него в связи с просрочкой кредитора. Это могут быть, в частности, убытки в виде расходов на транспортировку или хранение товара, от приемки которого покупатель неправомерно отказался.

Как уже отмечалось, только признавая просрочку кредитора нарушением кредиторской обязанности, можно объяснить правило п. 2 ст. 406 ГК РФ о праве должника на возмещение причиненных ему просрочкой кредитора убытков. Ведь по общему правилу убытки взыскиваются в связи с неправомерным поведением.

При этом к взысканию убытков в такой ситуации должны применяться правила п. 1–5 ст. 393 ГК РФ, а также иные правила об ответственности за неисполнение обязательства.

2.2. Как известно, просрочка должна пониматься как пропуск срока исполнения обязанности (т.е. как сугубо объективное явление). Это в равной степени относится к просрочке как должника, так и кредитора. Для обоснования иска о возмещении убытков в связи с такой просрочкой оказывается релевантным вопрос об основаниях освобождения от ответственности. Соответствующие положения п. 2 ст. 406 ГК РФ о том, что кредитор обязан возместить убытки, возникшие у должника в связи с просрочкой кредитора, если кредитор отвечает за такую просрочку, должны толковаться совместно с положениями ст. 401 ГК РФ. Таким образом, предприниматель не будет нести ответственность за просрочку кредитора только в том случае, если сможет доказать, что соответствующая просрочка была им допущена вследствие непреодолимой силы, а иной кредитор может освободиться от ответственности, если докажет, что просрочка произошла не по его вине.

При этом в тексте п. 2 ст. 406 ГК РФ говорится только о просрочке кредитора в форме непринятия исполнения кредитором либо теми лицами, на которых в силу закона, иных правовых актов или поручения кредитора было возложено принятие исполнения. Как указывалось выше, просрочка кредитора может принять и иную форму – отсутствие содействия, если кредитор или лица, на которых кредитором возложена обязанность оказания содействия, допустили просрочку. Очевидно, что должник имеет право требовать возмещения понесенных им убытков и в этом случае. Соответственно, данная норма ГК РФ должна толковаться расширительно.

2.3. Стороны своим соглашением могут ограничить объем ответственности кредитора или исключить ее вовсе, но с соблюдением тех условий, которые вытекают из положений ст. 400 и п. 4 ст. 401 ГК РФ. В частности, условие договора об освобождении кредитора от ответственности не будет иметь силы, если нарушение им своих кредиторских обязанностей было умышленным. Подробнее см. комментарии к ст. 400 и п. 4 ст. 401 ГК РФ.

2.4. Ничто не мешает сторонам оговорить в договоре неустойку за нарушение кредитором тех или иных своих кредиторских обязанностей (например за уклонение от приемки доставленного груза).

2.5. Но возмещение убытков не исчерпывает правовые последствия просрочки кредитора. Важнейшим последствием просрочки кредитора является то, что в соответствии с п. 3 ст. 405 ГК РФ должник не считается просрочившим, пока обязательство не может быть исполнено вследствие просрочки кредитора. Подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 405 ГК РФ.

2.6. Кроме того, констатация обязанности кредитора принять надлежаще предложенное должником исполнение, а также оказать содействие, необходимое должнику для исполнения, является отправной точкой для признания возможности должника расторгнуть договор в ситуации, когда просрочка кредитора может рассматриваться как существенное нарушение договора.

Это решение находит свое подтверждение в ряде специальных норм Кодекса. Так, в соответствии с п. 1 ст. 484 ГК РФ покупатель обязан принять переданный ему товар надлежащего качества, а согласно п. 3 ст. 484 ГК РФ поставщик вправе отказаться от исполнения договора в ситуации, когда покупатель отказывается принять предложенный ему товар и тем самым впадает в просрочку.

Аналогичная ситуация возможна и в рамках отношений по договору подряда: п. 2 ст. 719 ГК РФ устанавливает, что подрядчик при нарушении заказчиком своих обязанностей по договору подряда (в частности по предоставлению материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи), которое препятствует исполнению договора подрядчиком, вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков. Таким образом, подрядчик, если нарушение заказчиком указанных обязанностей будет признано существенным, правомочен расторгнуть договор.

2.7. Также следует обратить внимание на такое последствие просрочки кредитора, как перераспределение риска случайной гибели (порчи) вещи, передача которой была предметом обязательства, в отношении которого кредитор допустил просрочку. К сожалению, в тексте ст. 406 ГК РФ нет соответствующего общего правила. Кодекс знает такие правила в отношении договора подряда (п. 2 ст. 705 и п. 7 ст. 720 ГК РФ), но содержащееся здесь регулирование далеко от идеала. Так, п. 2 ст. 705 ГК РФ относит риск случайной гибели или случайного повреждения переданного заказчику результата выполненной работы, который по общему правилу несет подрядчик, на просрочившего его приемку заказчика. Это положение вполне корректно. Но п. 7 ст. 720 ГК РФ вносит определенную путаницу в регулирование. Согласно этой норме, «если уклонение заказчика от принятия выполненной работы повлекло за собой просрочку в сдаче работы, риск случайной гибели изготовленной (переработанной или обработанной) вещи признается перешедшим к заказчику в момент, когда передача вещи должна была состояться». Очевидно, что эта норма

явно дублирует положение п. 2 ст. 705 ГК РФ, но при этом непонятно, как может наступить просрочка сдачи работы в случае уклонения заказчика от ее принятия в условиях, когда на этот счет есть прямое указание в п. 3 ст. 405 ГК РФ о том, что должник не считается просрочившим, пока обязательство не может быть исполнено вследствие просрочки кредитора.

Учитывая невозможность депонирования неденежного исполнения в российском праве (подробнее см. комментарий к ст. 327 ГК РФ), нет никакой потребности ограничивать правило о переходе на кредитора риска случайной гибели вещи с момента просрочки кредитора лишь договором подряда. Данный договорный тип не обладает применительно к рассматриваемому институту спецификой, позволяющей объяснить такой выбор законодателя, поэтому правило о переходе риска случайной гибели или порчи вещи, подлежащей передаче кредитору, на самого кредитора вследствие его просрочки должно являться универсальным.

Что значит несение кредитором риска случайной гибели подлежащей передаче ему вещи? Применительно к ситуациям, когда погибшая вещь отчуждалась по возмездному договору, это значит, что неспособность должника передать вещь в связи с ее гибелью не освобождает кредитора от исполнения своего встречного обязательства (например, по оплате), если оно еще не исполнено. Если же оно исполнено, кредитор не вправе требовать возврата денег. В отношении ситуации, когда погибшая вещь ранее была передана должнику в аренду (ссуду, на хранение) и должна была быть возвращена кредитору (арендодателю, ссудодателю, поклажедателю и т.п.), несение кредитором риска случайной гибели означает, что случайная гибель вещи после начала просрочки кредитора исключает право кредитора требовать от должника выплаты действительной стоимости такой вещи и применять к нему меры ответственности в связи с просрочкой в ее возврате.

2.8. Логично также исходить из того, что просрочка кредитора должна переносить на него риск возникновения случайной невозможности исполнения, не связанной с гибелью вещи, передача которой входила в предмет соответствующего обязательства. Согласно п. 1 ст. 405 ГК РФ должник, допустивший просрочку исполнения, несет риск возникновения случайной невозможности исполнения, т.е. он обязан возместить кредитору убытки даже тогда, когда не отвечал за возникновение невозможности исполнения. Было бы разумно применять симметричный подход и в случае просрочки кредитора. Этот вывод можно обосновать применением п. 1 ст. 405 ГК РФ по аналогии закона. Если, например, заказчик уклоняется от предоставления подрядчику документации, необходимой для выполнения работ, а впоследствии в связи с изданием органами власти предписания выполнение таких работ стало юридически невозможно, заказчик должен как минимум возместить подрядчику все убытки (если не докажет, что подрядчик все равно бы не успел выполнить работы до вступления в силу соответствующего запрета, даже если заказчик передал бы ему документацию вовремя).

2.9. Просрочка кредитора также может влечь инверсию очередности исполнения по sinalлагматическому договору. Применительно к договорам купли-продажи это предусмотрено в п. 4 ст. 486, а также в п. 4 ст. 514 и п. 2 ст. 515 ГК РФ. Согласно норме п. 4 ст. 486 ГК РФ «если покупатель в нарушение договора купли-продажи отказывается принять и оплатить товар, продавец вправе по своему выбору потребовать оплаты товара либо отказаться от исполнения договора». Согласно п. 4

ст. 514 ГК РФ в случаях, когда покупатель без установленных законом, иными правовыми актами или договором оснований не принимает товар от поставщика или отказывается от его принятия, поставщик вправе потребовать от покупателя оплаты товара. В равной степени о том же, по сути, говорит и п. 2 ст. 515 ГК РФ для случая уклонения покупателя от выборки товара со склада поставщика. Из смысла этих норм с очевидностью следует, что речь идет о ситуациях, когда покупатель должен был оплатить товар после его получения. При этом уклонение покупателя от принятия товара приводит к тому, что продавец получает право требовать оплаты, даже не передав товар, т.е. досрочно.

В то же время в судебной практике ВАС РФ можно встретить примеры обратного подхода. Так, в одном из дел, рассмотренных Президиумом ВАС РФ, покупатель акций впал в просрочку кредитора и не совершил действий, без которых продавец не мог переоформить акции на покупателя по счету депо (как это было предусмотрено в договоре); продавец, столкнувшись с такой проблемой, перевел акции на лицевой счет покупателя в реестре акционеров и попытался взыскать долг. Президиум ВАС РФ отказал в иске, посчитав, что продавец в описанной ситуации был ограничен возможностью отказаться от договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 30 ноября 2010 г. № 9217/10). Из логики постановления следует, что Суд тем более отказал бы в иске продавцу, если бы тот не попытался переоформить акции на покупателя через реестр акционеров, а просто заявил бы иск о взыскании долга на основании п. 4 ст. 486 ГК РФ и описанной выше идеи инверсии очередности исполнения договора. С таким подходом Суда вряд ли можно согласиться.

Но что если речь идет об иных договорах, к которым эти специальные нормы о купле-продаже неприменимы? Решением становится применение фикции наступления условия, предусмотренной в п. 3 ст. 157 ГК РФ, а также нормы п. 4 ст. 1 ГК РФ. Когда сторона уклоняется от принятия предложенного ей надлежащего исполнения, пытается тем самым недобросовестно воспрепятствовать наступлению условия для осуществления оплаты, ее встречное обязательство по оплате считается созревшим и доступным к истребованию. Необходимо отметить, что фикция снимает «блокировку» и действует лишь в отношении созревания денежного обязательства, но встречное обязательство по передаче товара, выполнению работ или оказанию услуг считается исполненным, конечно же, не будет. Впавший в просрочку кредитор, принуждаемый по суду к осуществлению своего встречного исполнения по оплате, имеет возможность потребовать соответствующего исполнения от должника (например заявив встречный иск).

В связи с этим положение ст. 738 ГК РФ, согласно которой при уклонении заказчика от получения результата выполненных работ подрядчик вправе продать результат работ третьим лицам и внести полученные средства за вычетом причитающейся подрядчику оплаты в депозит нотариуса, следует толковать как не исключющее право подрядчика, зафиксировав просрочку кредитора на стороне заказчика, предъявить заказчику иск о взыскании долга за выполненные, но не принятые заказчиком работы. Такая возможность должна быть признана независимо от того, что по условиям договора оплата может производиться после приемки результатов работ. Это особенно очевидно в случаях, когда продажа подрядчиком результата работ третьим лицам является недобросовестной (см. п. 2.11 комментария к настоящей статье).

2.10. Другим важным последствием просрочки кредитора является право должника освободиться от своего обязательства посредством депозиции соответствующего имущества у нотариуса (ст. 327 ГК РФ и комментариев к ней). В то же время согласно ст. 327 ГК РФ обязательство должника может считаться исполненным посредством депозиции у нотариуса только тогда, когда речь идет об обязательстве передать деньги или ценные бумаги. В остальных случаях данный инструмент не работает.

2.11. Как же должник может положить конец неопределенности, если его обязательство состоит в передаче кредитору движимой вещи, на которую не распространяется правило ст. 327 ГК РФ о депозиции, и при этом он не заинтересован в расторжении договора? Безусловно, должник может просто ждать и рассчитывать на взыскание с кредитора убытков, вызванных просрочкой кредитора (в том числе расходов на хранение). Но в ряде случаев такое длительное состояние неопределенности может не устраивать должника.

Рассмотрим те модели, которые предлагает ГК РФ для случаев, когда должник хочет положить конец неопределенности при просрочке кредитора в форме принятии от должника движимой вещи, но при этом не хочет расторгать договор.

(а) В случае когда товар должен быть передан покупателю по договору купли-продажи, но покупатель в нарушение договора отказывается от его принятия, продавец в соответствии с п. 3 ст. 484 ГК РФ вправе как отказаться от договора, так и *потребовать от покупателя принять товар*. Таким образом, в рамках первой модели продавцу доступен иск об обязанности покупателя принять товар. Безусловно, такой иск выглядит несколько странно и на практике встречается крайне редко. Теоретически решение по такому иску может исполняться за счет применения к ответчику косвенного принуждения в виде уплаты судебной неустойки в случае неисполнения судебного акта (ст. 308³ ГК РФ, п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

В целом такая модель представляется не самой удачной. Но надо признать, что как раз в отношении договора купли-продажи она может быть в ряде случаев востребована. Представим, что покупатель внес предоплату, а затем долгое время не забирает подлежащий передаче ему громоздкий товар, тем самым заставляя продавца нести значительные расходы на его хранение на складе. В такой ситуации, видимо, вариант принуждения покупателя к получению товара может быть разумным решением для продавца, не желающего бесконечно нести расходы на хранение и при этом не заинтересованного в расторжении договора с неминуемым возвратом полученной предоплаты.

(б) Вторая возможная модель — это продажа должником подлежащего передаче кредитору движимого имущества третьим лицам с передачей кредитору или депозицией у нотариуса полученной денежной суммы за вычетом соответствующих причитающихся должнику убытков и расходов. Эта конструкция знакома и российскому законодательству. Так, в соответствии с п. 6 ст. 720 ГК РФ при уклонении заказчика от принятия выполненной работы подрядчик вправе по истечении месяца со дня, когда согласно договору результат работы должен был быть передан заказчику, и при условии последующего двукратного предупреждения заказчика продать результат работы, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести на имя заказчика в депозит в порядке, предусмотренном ст. 327 ГК РФ. В ст. 738 ГК РФ в отношении бытового подряда установлено аналогичное

правило, только срок двухмесячный, а предупреждения достаточно однократного. В соответствии с п. 2 ст. 899 ГК РФ при неисполнении поклажедателем своей обязанности забрать сданную на хранение вещь, хранитель вправе после письменного предупреждения поклажедателя самостоятельно продать вещь по цене, сложившейся в месте хранения, а если стоимость вещи по оценке превышает 100 установленных законом минимальных размеров оплаты труда (10 тыс. руб.), продать ее с аукциона в порядке, предусмотренном ст. 447–449 ГК РФ. При этом сумма, вырученная от продажи вещи, передается поклажедателю за вычетом сумм, причитающихся хранителю, в том числе его расходов на продажу вещи. Наконец, в соответствии с п. 3 ст. 1003 ГК РФ в случае отмены поручения (а в соответствии с п. 2 ст. 1004 ГК РФ в связи с отказом комиссионера от договора комиссии) комитент обязан в срок, установленный договором комиссии, распорядиться своим находящимся в ведении комиссионера имуществом. Если комитент не выполнит эту обязанность, комиссионер вправе сдать имущество на хранение за счет комитента либо продать его по возможно более выгодной для комитента цене.

Полагаем, что оптимальная модель реализации, минимизирующая возможность злоупотреблений, закреплена в п. 2 ст. 899 ГК РФ – торги в порядке ст. 447–449 ГК РФ. Возможно, было бы полезно распространить ее и на иные случаи. Исключением может являться скоропортящееся имущество, которое должно быть реализовано как можно скорее.

Представляется, что такая модель может использоваться по аналогии закона и в некоторых иных случаях, по крайней мере когда права на вещь, подлежащую передаче кредитору, принадлежат кредитору, а последний после получения уведомления от должника не забирает вещь. Аналогичное решение закреплено в ст. II.-2:111 Модельных правил европейского частного права.

В то же время здесь следует учитывать принцип добросовестности. Если издержки должника на хранение вещи значительно меньше возможных потерь кредитора или иных негативных для кредитора последствий, связанных с продажей его вещи третьим лицам, выставление такой вещи на торги может быть признано злоупотреблением правом. Например, если автосервис, отремонтировавший дорогостоящий автомобиль заказчика, столкнулся с тем, что заказчик по каким-то причинам уклоняется от получения автомобиля, выставление автомобиля на торги может с учетом конкретных обстоятельств являться недобросовестным. Ведь в конечном счете далеко не всегда просрочка кредитора является следствием его умысла или даже неосторожности (например, заказчик в нашем примере мог попасть в просрочку кредитора в связи с экстренной госпитализацией).

В целом следует заметить, что эти вопросы в российском праве разработаны достаточно плохо и заслуживают дополнительного исследования.

2.12. Некоторые специальные нормы ГК РФ указывают на то, что просрочка кредитора в получении имущества по обязательству сама по себе (даже без необходимости передачи имущества, являющегося предметом обязательства, какому-либо третьему лицу) влечет фикцию исполнения основного обязательства. Так, в соответствии с п. 1 ст. 458 ГК РФ обязанность продавца передать товар покупателю *считается исполненной* в случае, если к сроку, предусмотренному договором, товар готов к передаче в надлежащем месте и покупатель в соответствии с условиями договора осведомлен о готовности товара к передаче. Представляется, что п. 1 ст. 458 ГК РФ

следует толковать ограничительно: указание на то, что обязанность продавца в такой ситуации считается исполненной, имеет целью обосновать инверсию очередности и возникновение у продавца права требовать оплаты товара, что, впрочем, прямо закреплено в п. 4 ст. 486 ГК РФ (подробнее см. п. 2.9 комментария к настоящей статье). Указание на эту фикцию исполнения в п. 1 ст. 458 ГК РФ, разумеется, не означает фактического исполнения обязанности по передаче товара (в отличие от ситуации депозитации денег или ценных бумаг по ст. 327 ГК РФ). Соответственно, при неисполнении требования кредитора (ранее впавшего в просрочку, но все-таки решившего востребовать товар) о передаче товара должник впадет в просрочку. Вопрос о прекращении акцессорных обеспечений обязательств продавца в связи с фикцией исполнения, предусмотренной п. 1 ст. 458 ГК РФ, может являться предметом дискуссий.

3. Пункт 3 ст. 406 ГК РФ говорит о неначислении на должника по денежному обязательству процентов за период просрочки кредитора. О каких процентах здесь идет речь? О процентах по ст. 395 ГК РФ или также и о процентах по займу, кредиту, вкладу?

До марта 2016 года п. 10 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 упоминал в этом контексте понятие процентов без конкретизации природы исключаемых таким образом процентов. В то же время в п. 47 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, пришедшем на смену отмененному п. 10 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14, указывается только на проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ.

В принципе, исключение начисления на должника по денежному обязательству процентов по ст. 395 ГК РФ при просрочке кредитора вполне логично. Но это и без упоминания в п. 3 ст. 406 ГК РФ следует из положения п. 3 ст. 405 ГК РФ. Ведь в силу последней нормы просрочка кредитора означает отсутствие просрочки должника, а отсутствие просрочки должника исключает возможность начисления процентов по ст. 395 ГК РФ.

Куда более интересен вопрос в отношении процентов по займу, кредиту или вкладу. Начисление таких процентов не связано с просрочкой и является формой получения встречного предоставления. Разумно ли считать, что при уклонении займодавец от получения причитающихся ему денег дальнейшее пользование деньгами для должника становится бесплатным? Из буквального прочтения п. 3 ст. 406 ГК РФ, говорящего о процентах вообще, видимо, следует именно такой вывод. Тем более что сужение сферы применения этой нормы только до процентов по ст. 395 ГК РФ полностью лишит ее смысла в силу наличия п. 3 ст. 405 ГК РФ, вовсе исключаящего факт просрочки должника при просрочке кредитора. Кроме того, начисление процентов в такой ситуации может быть крайне несправедливым в отношении должника, который имеет законное основание по окончании срока договора вернуть средства и прекратить начисление процентов. Получается, что, уклоняясь от получения денег, кредитор принуждает должника к фактической пролонгации заемных отношений.

По сути, при такой буквальной интерпретации п. 3 ст. 406 ГК РФ данная норма превращается в своего рода санкцию в отношении кредитора, попавшего в просрочку. Эта санкция проявляется в том, что пользование должником деньгами с момента попадания кредитора в просрочку оказывается бесплатным.

Статья 406¹. Возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств

1. Стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения.

2. Суд не может уменьшить размер возмещения потерь, предусмотренных настоящей статьей, за исключением случаев, если доказано, что сторона умышленно содействовала увеличению размера потерь.

3. Потери, предусмотренные настоящей статьей, возмещаются независимо от признания договора незаключенным или недействительным, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

4. В случае, если потери возникли в связи с неправомерными действиями третьего лица, к стороне, возместившей такие потери, переходит требование кредитора к этому третьему лицу о возмещении убытков.

5. Правила настоящей статьи применяются также в случаях, если условие о возмещении потерь предусмотрено в корпоративном договоре либо в договоре об отчуждении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества, стороной которого является физическое лицо.

Комментарий

1. Статья 406¹ является новеллой ГК РФ и вступила в силу 1 июня 2015 г. Практическая потребность во введении этой статьи состоит в том, что в коммерческой практике (особенно в практике заключения крупных инвестиционных, корпоративных, подрядных и иных такого рода сделок) достаточно часто стороны договариваются о распределении рисков возникновения сопутствующих договору потерь. По сути, речь идет об убытках, возникающих у одной из сторон в связи с заключением, исполнением или прекращением договора, но не вытекающих из факта нарушения договорного обязательства другой стороной.

По общему правилу такие убытки лежат на том, кто их понес, и не перекладываются на контрагента.

В ряде случаев стороны могут застраховать риск возникновения таких потерь, обратившись к профессиональному страховщику. Но в иных случаях стороны считают более целесообразным осуществить «внутреннее страхование». В последнем случае риск возникновения сопутствующих некоему заключенному договору потерь у одной из сторон страхуется другой стороной. Премия за принятие на себя риска возникновения таких потерь и предъявления их к возмещению закладывается в цену договора. Выбор в пользу «внутреннего страхования» может быть связан с тем, что из-за отсутствия достаточной статистической информации для проведения актуарных расчетов нет страховых компаний, готовых застраховать такой риск, или с тем,

что премия за риск в случае «внутреннего страхования» оказывается меньше, чем премия, за которую готова принять на себя риск страхования компания. Последнее очень вероятно, так как контрагенту, специализирующемуся в соответствующей сфере бизнеса, часто намного проще адекватно оценить вероятность материализации подобного риска, чем внешнему страховщику. В коммерческой договорной практике такие условия о возмещении потерь нередко обозначают английским термином *indemnity* (что, впрочем, нисколько не означает, что российский институт возмещения потерь является абсолютным аналогом английского института *indemnity*).

Обычно обязательства по возмещению потерь контрагент готов принять на себя в тех случаях, когда он теснее связан с соответствующим риском, обладает большей информацией о вероятности его материализации и возможных последствиях, способен в большей степени предотвратить его или застраховать в страховой компании, т.е., говоря языком экономического анализа права, является сравнительно лучшим носителем риска, чем другая сторона. Если финансовое бремя несения такого риска для этого контрагента ниже, чем для другой стороны, экономически оправданно перераспределить данный риск и возложить его на «лучшего носителя». Последняя сторона, безусловно, отразит принятие на себя риска в той цене, по которой она готова будет заключать договор. Но так как несение риска для этой стороны дешевле, чем для другой, влияние на цену будет меньшим, чем в случае его размещения на контрагенте и отражения в цене более высокой премии за риск. В итоге общий экономический выигрыш сторон от контрактного взаимодействия будет бóльшим. Иначе говоря, здесь работают все те же принципы экономически оправданного перераспределения сторонами риска, что и при распределении сторонами договора риска случайной гибели вещи.

1.1. О возмещении каких потерь идет речь? Далее приводятся несколько примеров.

Продавец контрольного пакета акций гарантирует покупателю покрытие потерь, связанных с предъявлением к компании, акции которой он приобрел, налоговых претензий за период, предшествующий отчуждению корпоративного контроля. Такие налоговые претензии могут быть достаточно спорными. Покупатель в процессе переговоров выявляет этот налоговый риск, связанный с неоднозначным прочтением законодательства налоговыми органами и судами, и хочет иметь гарантии на случай, если все-таки такой риск материализуется. В любом случае безакцептное списание налоговой недоимки может существенно уменьшить чистые активы приобретенной компании, причинить компании иные убытки и тем самым повлечь для покупателя имущественные потери от снижения стоимости его пакета акций. И некоторая часть этих потерь не исчезает, даже если компания впоследствии выиграет суд и вернет списанные средства. Опасаясь этого, покупатель хочет получить от продавца акций гарантии покрытия таких потерь, а продавец соглашается принять на себя этот риск (например, будучи уверен в правильности его оценки своими юристами и аудиторами).

Продавец контрольного пакета акций компании обещает покупателю покрыть все его убытки от ведения судебных споров по гражданским искам, поданным в отношении покупаемой компании третьими лицами на основе правоотношений, возникших до смены собственника компании. Сами такие иски могут быть как обоснованными, так и необоснованными, но это не освобождает покупателя от возможных убытков из-за снижения чистых активов купленной компании в случае

удовлетворения таких исков и несения нередко значительных расходов на ведение судебных разбирательств.

Продавец доли в ООО гарантирует покупателю покрытие всех его убытков, вызванных тем, что другие участники общества оспорят приобретение доли, ссылаясь на нарушение их преимущественного права, и потребуют перевода на них прав на купленную покупателем долю. Такие споры могут длиться продолжительное время, потребовать от покупателя значительных судебных расходов, привести к аресту доли и иным убыткам. Если продавец действительно нарушил преимущественное право, то он явным образом нарушил свое обязательство перед покупателем передать имущество, свободное от прав третьих лиц, и, соответственно, будет нести ответственность за нарушение обязательства. Но могут быть заявлены не вполне обоснованные иски, и тогда налицо будет случай классического риска. Покупатель опасается, что даже если он в итоге выиграет спор, его убытки будет некому покрыть, и это толкает его требовать предоставления соответствующей гарантии от продавца, лучше знающего своих партнеров и способного лучше оценить риск подачи необоснованных исков.

Подрядчик опасается, что в связи с реализацией договора о выполнении сложных технических работ по бурению у него может выйти из строя техника из-за залегания необычно прочных пород грунта, и заказчик, уверенный в надежности своей геологоразведки, с целью простимулировать подрядчика решиться принять заказ, берет на себя обязательство возместить стоимость ремонта оборудования в случае его поломки по этой причине.

Продавец некоего имущества гарантирует покупателю покрытие его потерь на случай подачи акционерами продавца необоснованных исков об оспаривании данного договора как крупной сделки или сделки с нарушением уставных ограничений полномочий директора продавца. Убытки покупателя, связанные с ведением таких споров, возможным арестом купленного имущества и т.д., в ряде случаев могут быть очень значительными. Продавцу же намного проще принять на себя такие риски, так как он гораздо лучше знает своих акционеров, внутрикорпоративные отношения, обстоятельства одобрения сделки и т.п. и вследствие этого нередко является оптимальным носителем соответствующего риска.

Подрядчик опасается, что из-за выполнения строительных или иных работ по поручению заказчика к нему могут предъявить претензии государственные органы, ответственные за экологический контроль. Вся техническая документация представляется заказчиком, и подрядчик полагается на то, что все нужные согласования и нормативы были или будут получены и все требования при оформлении технической документации соблюдены. Если подрядчику придется заплатить штраф или столкнуться с иными финансовыми потерями в результате нарушений, допущенных при оформлении разрешений заказчиком, он хочет иметь гарантию того, что заказчик эти потери покроет. При этом в ряде случаев такие убытки могут возникнуть и тогда, когда заказчик все делал правильно, а претензии государственных органов после долгих судебных разбирательств будут признаны необоснованными.

Покупатель опасается, что из-за неуплаты НДС поставщиком к нему могут предъявить требования налоговые органы, отказав в вычете уплаченного поставщику НДС и обвинив в выборе ненадежного контрагента. Уплату налогов поставщиком покупатель не контролирует, но хочет иметь гарантию того, что в случае отказа в вы-

чете НДС и применения штрафных санкций к нему из-за нарушений, допущенных поставщиком, тот возместит ему все убытки.

Покупатель опасается, что договор еще до наступления срока исполнения станет невозможно исполнить из-за введения каких-либо экспортных ограничений страной поставщика, запрета на свободный оборот соответствующей продукции и т.п. Такого рода препятствия обычно признаются непреодолимой силой и освобождают поставщика от ответственности, а в ряде случаев могут не рассматриваться в качестве нарушения обязательства в принципе (если обязательства прекратятся еще до наступления срока исполнения). Но поставщик готов стимулировать покупателя войти с ним в договор, принимая на себя обязательство возместить российскому покупателю все возникшие в связи с таким развитием событий потери.

Примеры можно продолжать.

1.2. В принципе, никаких серьезных аргументов против допущения такого проявления свободы договора и экономически оправданного перераспределения рисков между сторонами не существует. Конституционный по своему статусу принцип договорной свободы допускает включение в договор практически любых финансовых условий, если против этого не выдвигаются серьезные политико-правовые аргументы (защита публичных интересов, основ нравственности, интересов третьих лиц, слабой стороны договора и т.п.). Отмеченные условия договора о перераспределении рисков являются в большинстве случаев абсолютно коммерчески оправданными и допустимыми, если не нарушают публичные интересы, интересы третьих лиц, основы нравственности. Кроме того, как минимум в тех случаях, когда подобного рода условия включаются в сугубо коммерческий договор, ни одна из сторон которого не является монополистом, говорить о наличии слабой стороны договора также невозможно.

Соответственно, законность таких условий договора о распределении рисков возникновения сопутствующих договору потерь вытекает непосредственно из ст. 421 ГК РФ и не требовала бы подтверждения на уровне поправок в Кодекс, если бы в России в полной мере действовал принцип свободы договора и суды бережно относились к различным нестандартным проявлениям договорной свободы и сложным договорным конструкциям, не прописанным в ГК РФ и учебниках гражданского права. Но в России ситуация несколько иная, и принцип свободы договора в реальной судебной практике отвоевывает свое заслуженное место в системе принципов гражданского права у элементов советской, планово-запретительной правовой идеологии с большим трудом. В связи с этим законодатель решил прямо поименовать данную конструкцию, сняв какие-либо сомнения в отношении ее законности, и заодно урегулировать некоторые нюансы ее правового режима.

Иногда некоторые юристы, признавая свободу сторон в перераспределении связанных с договором коммерческих рисков, критикуют институт возмещения потерь со ссылкой на традиции континентально-европейского права. Заявляется, что потребность в возмещении потерь во всех указанных выше и иных подобных примерах может быть удовлетворена традиционными инструментами российского гражданского права (прежде всего ответственностью за неисполнение обязательства), и, соответственно, сторонам в контексте российского права нет особой необходимости прописывать такие условия в договоре, а законодателю нет никакой нужды вводить в ГК РФ какое-либо их регулирование. Подобные взгляды мы отвергаем.

Договорная ответственность, действительно, может стать основанием для взыскания убытков в тех многих случаях, в которых английские юристы используют конструкцию *indemnity*. Например, ответственность за убытки, вызванные эвикцией купленной вещи, в нашем праве полностью укладывается в рамки договорной ответственности за нарушение обязательств. Но случаи, когда стороны перераспределяют не последствия тех или иных нарушений договорных обязательств (подразумевающих обещания что-либо делать или не делать) со стороны контрагента, а именно полноценный риск, за который данный контрагент в силу общих правил ГК РФ не отвечает, в рамки договорной ответственности по правилам ст. 393 ГК РФ уложены быть не могут. При отсутствии в договоре соответствующих условий в российском праве не было бы оснований для взыскания таких потерь.

Соответственно, если нет политико-правовых аргументов против признания законности самих таких условий, то нет и принципиальных догматических возражений против появления в ГК РФ каких-либо норм, их регулирующих.

1.3. Следует очень тщательно подходить к различению договорной ответственности за нарушение договорных обязательств, с одной стороны, и возмещения потерь по правилам комментируемой статьи – с другой. Так, например, если речь идет о возмещении убытков, вызванных выявлением в проданном товаре скрытых дефектов или юридических пороков (например, наличия прав на данную вещь третьих лиц), убытки, понесенные покупателем в связи с выявлением этих дефектов или пороков (например, расходы на ремонт или убытки, вызванные эвикцией вещи), возмещаются по правилам ГК РФ о договорной ответственности (ст. 393, 461, 475 ГК РФ и др.). Передача качественного и свободного от прав третьих лиц товара входит в предмет обязательств продавца, а нарушение таких условий влечет договорную ответственность по правилам ст. 393 ГК РФ. Покрывать данные убытки условием о возмещении потерь нет никакого смысла и просто невозможно, так как в силу прямого указания в ст. 406¹ ГК РФ этот институт не применяется к случаям нарушения договора, за которые российское право предусматривает ответственность по правилам ст. 393 ГК РФ. Условия о возмещении потерь включаются в договор для покрытия тех убытков, которые не покрываются общими или специальными правилами о договорной ответственности.

Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 в п. 17 на этот счет отмечает, что «в случае неясности того, что устанавливает соглашение сторон – возмещение потерь или условия ответственности за неисполнение обязательства, положения статьи 406¹ ГК РФ не подлежат применению».

1.4. В изначальной одобренной Госдумой в первом чтении в 2012 г. редакции данной нормы речь шла о возмещении потерь, не связанных с нарушением договора, но *связанных с заключением, исполнением и прекращением некоего договора между сторонами*. Это подчеркивало, что возмещение потерь всегда сопровождает конкретный базовый договор между сторонами. Должником по возмещению потерь является сторона договора купли-продажи, подряда, акционерного соглашения и т.п., а «страхуются» таким образом потери, возникающие в связи с таким договором.

В финальной редакции в результате внесения поправок ко второму чтению эта фраза о том, что возмещаемые потери должны быть связаны с заключением, исполнением или прекращением договора, выпала из текста статьи. В то же время сама норма сформулирована так, что вывод о связи возмещения потерь с неким

заключенным между сторонами договором напрашивается сам собой. В статье указано на то, что о возмещении потерь могут договориться «стороны обязательства», а это недвусмысленно указывает на то, что между сторонами должно быть некое договорное правоотношение, из которого соответствующие потери и возникают.

Нарушенную поправками ко второму чтению логику статьи восстановил ВС РФ, который в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 15) указал, что согласно положениям ст. 406¹ ГК РФ в силу условия о возмещении потерь сторона обязательства возмещает имущественные потери, возникающие *в связи с исполнением, изменением или прекращением этого обязательства или иным образом связанные с предметом этого обязательства*. Таким образом, соглашение (условие) о возмещении потерь не самодостаточно, а всегда относится к предмету того или иного договора. Соглашение (условие) о возмещении потерь не может существовать само по себе, оно всегда добавляется к иному (базовому) правоотношению.

1.5. Может ли третье лицо, не являющееся стороной базового обязательства, взять на себя обязательство по возмещению потерь? Из буквы п. 1 ст. 406¹ ГК РФ может быть сделан вывод о том, что гарантию возмещения потерь дает только сторона такого базового обязательственного отношения.

Такой подход можно попытаться объяснить следующим образом: если бы обязательство по возмещению потерь, связанных с тем или иным договором, изначально могло бы брать на себя любое третье лицо, то было бы утрачено одно из ключевых отличий этой конструкции от классического страхования. Напомним, что при классическом страховании обязательство по возмещению берет на себя третье лицо — страховщик, который получает за это страховую премию. Страховая деятельность строго регламентируется и требует наличия лицензии.

В то же время в ряде случаев третье лицо может иметь легитимный интерес в страховании рисков, связанных с тем или иным договором, не в качестве страховщика, т.е. не за встречное предоставление в виде страховой премии и не в качестве некой регулярной коммерческой деятельности, а в силу иных экономических резонансов и на разовой основе. Иначе говоря, в целом ряде случаев принятие на себя гарантии возмещения потерь третьим лицом не помешает нам отличить эту сделку от обычного договора страхования.

В таких случаях третье лицо может обеспечить исполнение взятого на себя одной из сторон договорного обязательства по возмещению потерь (например, в форме поручительства или независимой гарантии). В принципе, можно обсуждать и вариант классического перевода долга, при котором изначальный контрагент свой долг по возмещению потерь переводит на третье лицо с согласия кредитора, и даже интерцессии, т.е. вступления третьего лица в долг должника по соглашению между третьим лицом и кредитором и вне зависимости от согласия должника (ст. 391 ГК РФ). Возможность перевода долга по возмещению потерь допущена в п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. В российском праве нет запрета на перевод будущего долга (т.е. долга, еще не возникшего) по соглашению, поставленному под отлагательное условие возникновения такого долга; соответственно, есть основания конструировать перевод условного долга по возмещению будущих возможных потерь.

Также, видимо, в принципе нет препятствий к заключению в такой ситуации трехстороннего договора, по которому третье лицо, имеющее тот или иной легитим-

ный интерес, изначально принимает на себя обязательство по возмещению потерь одной из сторон договора. Например, при заключении договора купли-продажи миноритарного пакета акций продавец, не будучи в полной мере уверен в отсутствии тех или иных налоговых рисков в отношении компании, акции которой он продает, может опасаться давать покупателю гарантию возмещения потерь на случай материализации таких рисков, а покупатель не готов покупать акции компании без таких гарантий. В подобной ситуации выходом из тупика может быть согласие мажоритарного акционера, заинтересованного в заключении данной сделки по переходу прав на миноритарный пакет акций, в большей степени контролирующего финансовую деятельность компании и уверенного в отсутствии таких рисков, дать покупателю такую гарантию. При этом вариант поручительства продавца может не устроить, так как такая модель предполагает, что продавец все-таки имеет базовое обязательство по возмещению потерь, и покупатель может взыскать потери именно с него, а не с поручителя. И тогда стороны могут подключить к договору мажоритарного акционера, чье участие в договоре будет заключаться в предоставлении гарантии возмещения потерь покупателю не в обеспечение базового обязательства продавца по такой компенсации, а *вместо* продавца.

1.6. Законодатель поступил достаточно осторожно, допустив условия о возмещении потерь только в отношении договоров, заключаемых лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. В силу указанных положений условие о возмещении потерь не может быть согласовано, если хотя бы одной из сторон договора является гражданин, не выступающий в качестве индивидуального предпринимателя. В целом с решением ограничить сферу использования такой конструкции следует согласиться. Условие о возмещении потерь является инструментом достаточно сложным и может породить серьезные финансовые риски для стороны, берущей на себя обязательство по покрытию потерь. Возложение бремени такого рода «внутреннего страхования», скажем, на потребителя в потребительском договоре было бы вряд ли оправданно с точки зрения баланса интересов сторон.

Но тут следует сделать три оговорки.

Во-первых, в п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 указано, что «на некоммерческую организацию в части осуществления приносящей доход деятельности распространяются положения законодательства, применимые к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность». Соответственно, из этого следует, что условие о возмещении потерь может быть включено в договор с участием некоммерческой организации, если этот договор заключается такой организацией в рамках реализации ею приносящей доход деятельности (например, оказание платных образовательных услуг).

Во-вторых, два исключения из указанного в п. 1 ст. 406¹ ГК РФ ограничения субъектного состава обязательств по возмещению потерь предусмотрены в п. 5 ст. 406¹ ГК РФ (см. комментарий к п. 5 настоящей статьи).

В-третьих, следует обратить внимание на одно исключение, которое прямо не вытекает из текста закона и пока не признано в судебной практике, но следует из телеологического (целевого) толкования данной нормы. Нет содержательных аргументов против того, чтобы обязательство по возмещению потерь приняло бы на себя лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, по договору с лицом, такую деятельность не осуществляющим. В этом плане соответствующая

норма п. 1 ст. 406¹ ГК РФ о субъектном составе такого обязательства должна толковаться расширительно.

1.7. Указание в п. 1 ст. 406¹ ГК РФ на то, что стороны должны договориться о размере возмещения потерь или порядке его определения, требует прояснения. Эта неудачная формулировка появилась в редакции п. 1 ст. 406¹ ГК РФ в результате поправок ко второму чтению. В изначальной редакции, принятой в первом чтении Госдумой в 2012 г., речь шла о необходимости установления в договоре предела возмещения потерь (аналога страховой суммы в страховании).

Очевидно, что договориться заранее о размере возмещения потерь невозможно, так как неизвестно, каковы будут фактические потери. Более того, согласование заранее точного размера фактических потерь является своего рода оксюмороном. Невозможно говорить о возмещении потерь и одновременно настаивать на предварительном согласовании их суммы. Возмещение потерь по своей природе не может не носить компенсационный характер и не соответствовать принципу «рубль за рубль». Трудно представить себе имущественное страхование, при котором страховщик выплачивает страхователю в случае причинения вреда его имуществу не размер реальных убытков страхователя, а некую абстрактную и заранее определенную сумму, которая может не иметь в принципе никакого отношения к уровню реальных потерь страхователя. То же самое касается и условий «о внутреннем страховании». По нашим сведениям, на практике стороны, как правило, не фиксируют в договоре точный размер возмещения.

Эту неточность законодателя скорректировал ВС РФ в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 15). Во-первых, Суд указал на то, что редакция ст. 406¹ ГК РФ не препятствует сторонам договориться о том, что возмещению подлежат реально возникшие потери или их определенная часть. По сути, путем указания на возмещение реально возникших потерь стороны установят порядок определения возмещаемых потерь, как того и требует действующая редакция п. 1 ст. 406¹ ГК РФ. Это означает, что ст. 406¹ ГК РФ не препятствует сторонам структурировать свои отношения по возмещению потерь так, как это принято в практике договорной работы (т.е. на сугубо компенсационной основе).

Во-вторых, Суд указал, что по смыслу ст. 406¹ ГК РФ «возмещение потерь допускается, если будет доказано, что они уже понесены или с неизбежностью будут понесены в будущем». Из этого следует, что наличие в договоре точного размера подлежащих возмещению потерь не означает, что суд обязан присудить в пользу истца именно эту сумму. Если будет установлено, что реальный размер понесенных потерь меньше, суд должен присудить ровно ту сумму, которая соответствует размеру реально понесенных потерь.

В чем же тогда смысл установления в договоре точного размера потерь? Думается, в условиях действующей не вполне удачной в данном контексте редакции п. 1 ст. 406¹ ГК РФ соответствующее указание в договоре на возможность заранее определить размер потерь следует толковать следующим образом: фиксируя в договоре сумму потерь, стороны определяют верхний предел возмещаемых потерь. В целом же данный фрагмент п. 1 ст. 406¹ ГК РФ необходимо законодательно скорректировать.

При этом ничто из указанного выше не препятствует сторонам согласовать в договоре условие о корректировке (увеличении или уменьшении) цены договора на заранее установленную величину при наступлении того или иного отлагательного

условия. Так, например, если стороны желают указать, что в случае предъявления к приобретаемой покупателем компании нераскрытых при продаже претензий третьих лиц продавец должен вернуть покупателю фиксированную сумму или некий процент от цены договора, либо еще не уплаченная покупателем цена снижается на указанную строго определенную величину, они имеют полное право это сделать, установив в договоре условие о снижении цены на эту величину. Принцип свободы договора в полной мере это допускает. Но такого рода условие никакого отношения к сугубо компенсационному по своему смыслу институту возмещения имущественных потерь не имеет.

1.8. При взыскании имущественных потерь согласно соответствующему условию договора истец должен доказать как сам размер возникших потерь, так и причинно-следственную связь между этими потерями и наступлением указанных в договоре обстоятельств, обуславливающих возникновение обязательства по возмещению (аналог страхового случая). На это прямо указывает п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. Никаких особенностей доказывания причинно-следственной связи ни закон, ни судебная практика здесь пока в отношении взыскания потерь не знают. В равной степени не регулируются в законе и вопросы причинно-следственной связи при взыскании обычных убытков. Возможно, в будущем будет показано, что доказывание причинной связи в отношении потерь должно в чем-то отличаться от доказывания такой связи при взыскании убытков. Английское право такое отличие видит. Но английское право имеет разработанную доктрину определения причинной связи по делам о взыскании убытков и имеет какую-то базу для проведения таких разграничений. Российское право до сих пор не разработало четкую методологию определения причинно-следственной связи даже по классическим спорам о взыскании обычных договорных убытков. В таких условиях делать какие-то скоропалительные выводы в отношении алгоритма доказывания причинной связи по делам о возмещении потерь было бы неразумно. Пока мы исходим из того, что нет убедительных оснований видеть какие-то различия. Единственное, в чем, судя по всему, должны отличаться споры о доказывании причинной связи при взыскании убытков и возмещении потерь, так это в том, что является условием для «включения» соответствующего компенсационного механизма: факт нарушения обязательств (при возмещении убытков, вызванных нарушением договора) или наступление иных обстоятельств, влекущих возникновение потерь (при применении института возмещения потерь). Возможно, в будущем этот предварительный вывод будет опровергнут или уточнен. Но сейчас до появления какой-то судебной практики и серьезных научных исследований нет оснований от него отступать.

1.9. Что касается доказывания размера потерь, то закон здесь молчит. В изначальной редакции, принятой в первом чтении Госдумой в 2012 г., был использован следующий юридико-технический прием: было прямо указано, что расчет потерь осуществляется по правилам об убытках (ст. 15 ГК РФ). Это в полной мере соответствовало логике возмещения потерь как «внутреннего страхования»: ст. 929 ГК РФ об имущественном страховании говорит также о том, что страхуется риск возникновения убытков. Иначе говоря, речь должна была идти о взыскании реального ущерба и упущенной выгоды. Но в финальной редакции, принятой в 2015 г., это указание на ст. 15 ГК РФ было устранено, и по вопросу о том, как считать сами потери, был оставлен пробел. Тем не менее представляется, что в условиях

очевидного пробела в законе и сходства обоих компенсационных механизмов суд может применять положения ст. 15 ГК РФ в порядке аналогии закона (ст. 6 ГК РФ). Соответственно, в составе потерь могут быть взысканы как реальный ущерб, так и упущенная выгода. При этом ничто не препятствует при дальнейшем развитии судебной практики и научного осмысления этого нового института «внутреннего страхования» скорректировать этот тезис и выработать какой-либо особый подход к расчету потерь. Но до тех пор, пока мы не имеем такой доктрины, полагаться, видимо, следует на правила ст. 15 ГК РФ.

Стороны имеют полное право исключить взыскание упущенной выгоды, что следует из прямого указания на сей счет в ст. 15 ГК РФ. Кроме того, стороны могут установить конкретный предел возмещения потерь (эта возможность подтверждена в п. 15 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7). Более того, последнее даже можно признать крайне желательным положением договора, так как иначе риски соответствующей «страхующей» стороны договора могут оказаться абсолютно непредсказуемыми.

1.10. Институт возмещения потерь является сугубо компенсационным и нацелен на покрытие реальных имущественных потерь соответствующей стороны. Взыскание потерь не должно влечь неосновательное обогащение истца. Например, представим себе, что в договоре о продаже 70% акций компании продавец обязуется возместить покупателю потери, связанные с предъявлением к компании третьими лицами исков, связанных с основаниями, имевшими место до перехода прав на акции к покупателю. Если такой риск материализуется и с компании взыскивается, например, 10 млн руб. по договору поручительства, заключенному этой компанией с неким кредитором до перехода прав на контрольный пакет акций, это не значит, что покупатель вправе взыскать все указанные 10 млн с продавца. Во-первых, суд должен учесть, что к компании как к поручителю согласно закону по суброгации перейдут права на взыскание уплаченных кредитором сумм с должника, чей долг был обеспечен данным поручительством. Возможно, с учетом этого никаких реальных убытков в связи со взысканием с нее долга по договору поручительства компания не понесет, или их сумма будет намного ниже указанных 10 млн. Во-вторых, даже если в указанной ситуации должник обанкротился и шансов на возмещение уплаченных кредитором сумм за счет должника нет, потери покупателя акций не равны указанным 10 млн. Ведь ему принадлежат лишь 70% акций данной компании. Взыскание с компании указанной суммы снижает ее чистые активы на 10 млн, но этот убыток ложится на всех акционеров. Соответственно, имущественные потери покупателя пропорциональны его доле в уставном капитале данного общества.

При этом отмеченная компенсационная природа института возмещения потерь не означает, что стороны не могут в договоре уточнить порядок подсчета соответствующих потерь. О возможности согласовать в договоре порядок определения потерь прямо говорится и в п. 1 ст. 406¹ ГК РФ. Если этот порядок не влечет определение суммы, превышающей реальные потери истца, и является экономически и математически логичным и оправданным, суд вполне может полагаться на такого рода алгоритмы расчета. Например, в описанном выше примере с приобретением 70% акций стороны, осознавая некоторые сложности, с которыми может столкнуться покупатель при доказывании своих потерь, могут подсказать друг другу и суду правильный алгоритм определения таких потерь и указать, что покупатель впра-

ве взыскать с продавца 70% от взысканных с компании сумм, покрыть которые компания не смогла за счет страхования, суброгации или иным предусмотренным законом способом (т.е. величину, пропорциональную приобретенному покупателем корпоративному контролю).

1.11. Как мы видим, принятие на себя обязательств по возмещению потерь является достаточно серьезным финансовым риском для соответствующей стороны договора. Поэтому такие условия договора должны быть сформулированы максимально ясно и недвусмысленно (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.12. Основное отличие условия о возмещении потерь от договорных заверений, которые предоставляются при заключении договора (ст. 431² ГК РФ), состоит в том, что условия о возмещении потерь распределяют риск возникновения каких-либо обстоятельств *в будущем*, т.е. после заключения договора, в то время как включенные в договор заверения об обстоятельствах касаются обстоятельств, имевших место до заключения договора или существующих на этот момент. Если контрагент готов покрыть потери другой стороны, которые могут возникнуть в случае возникновения в будущем каких-либо обстоятельств (в том числе изменения тех обстоятельств, наличие которых на момент заключения гарантировала другая сторона в рамках договорных заверений), то для этого следует использовать институт возмещения потерь. И, наоборот, если сторона готова гарантировать покрытие потерь другой стороны в случае выявления в будущем ложности тех обстоятельств, наличие которых было подтверждено в рамках договорных заверений, то такое условие будет регулироваться ст. 431² ГК РФ о заверениях об обстоятельствах.

В принципе, в некоторых случаях эти два типа договорных положений могут выполнять смежную функцию. Например, контрагент может заверить другую сторону в том, что сделка по продаже какого-то актива не является для продавца крупной и не подлежит одобрению другими органами управления продавца. Положившись на эти заверения, покупатель не стал изучать баланс продавца и перепроверять данные обстоятельства. В случае выявления впоследствии ложности этого заверения и успешного оспаривания такой сделки акционерами покупатель, в случае если он не знал недостоверности таких заверений и заведомо не мог об этом знать и, соответственно, является добросовестным (п. 1, 2 ст. 10 ГК РФ), полагался на такие заверения при заключении договора, вправе рассчитывать на возмещение убытков в связи с предоставлением ложных заверений по правилам ст. 431² ГК РФ (в формате защиты своего «негативного интереса», т.е. в первую очередь возмещения своих понесенных расходов). Примерно к тому же результату приводит и условие о возмещении продавцом потерь покупателя в случае успешного оспаривания такой сделки акционерами продавца. Если покупатель не знал и заведомо не мог знать о том, что сделка крупная, и, соответственно, не был заведомо недобросовестным (т.е. нет оснований для применения п. 1, 2 ст. 10 ГК РФ), он вправе потребовать от продавца возмещения своих потерь (опять же по модели защиты «негативного интереса»).

Но тут следует обратить внимание на одно важное отличие. Если наступление «страхового случая» по условию о возмещении потерь дает стороне лишь право на их возмещение, нарушение заверений в силу ст. 431² ГК РФ дает не только право на взыскание таких потерь (убытков), но и право на отказ от договора и даже оспаривание договора по правилам ст. 178, 179 ГК РФ. Поэтому в ряде случаев

сторона не будет готова давать заверения, но будет готова принять на себя гарантию возмещения потерь. Например, продавец контрольного пакета акций не готов заверить покупателя об отсутствии тех или иных налоговых рисков и оснований для предъявления к компании, акции которой продаются, крупных налоговых претензий, так как определенные аспекты налогового планирования, действительно, могут быть не вполне очевидны с точки зрения их законности. Ведь предоставление таких заверений позволит покупателю при материализации соответствующих налоговых рисков и взыскании с компании крупных налоговых недоимок не только взыскать убытки с продавца, но и отказаться от договора и даже оспорить договор как совершенный под влиянием обмана (ст. 179 ГК РФ). Продавец же покупателя обманывать не собирается и честно раскрывает все риски, при этом будучи готов гарантировать покрытие потерь покупателя в случае материализации указанных налоговых рисков.

Можно привести и другой пример, демонстрирующий различия между конструкциями заверений и возмещения потерь. В случае, когда сделка на самом деле не являлась крупной или по своему статусу относится к сделкам, совершаемым в рамках обычной хозяйственной деятельности, но акционеры инициировали длительные и дорогостоящие процессы об оспаривании сделки, которые в итоге не привели к признанию сделки недействительной, но спровоцировали несение покупателем значительных расходов, продавец не будет нести ответственность за ложные заверения по ст. 431² ГК РФ об отсутствии у договора характера крупной сделки, так как он не сообщал покупателю недостоверную информацию об отсутствии необходимости одобрения данной сделки при заключении договора. Но в такой ситуации при наличии в договоре условия о возмещении всех потерь, которые могут возникнуть у покупателя в связи с оспариванием данного договора акционерами или третьими лицами, продавец будет обязан покрыть все потери покупателя, связанные с ведением этих судебных процессов (судебные расходы, убытки, возникающие в результате судебного ареста приобретенного актива в качестве меры обеспечения, и т.п.).

1.13. Обязательство по возмещению потерь является договорным денежным обязательством, к которому по общему правилу применяются все правила ГК РФ об исполнении, обеспечении и прекращении обязательств.

Так, согласно Постановлению Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 16) «права и обязанности по возмещению потерь, основанные на заключенном такими сторонами соглашении, переходят к лицу, не осуществляющему предпринимательскую деятельность, как при универсальном, так и при сингулярном правопреемстве, если иное не установлено законом или договором (статьи 387, 388, 391, 392³ ГК РФ)». Из этого, в частности, следует, что право требовать возмещения потерь может быть уступлено третьему лицу (так же, как и требование по обязательству возместить убытки или уплатить неустойку). Причем оно может быть уступлено как вместе с основными правами из договора, так и изолированно. Также Суд в этом разъяснении однозначно указывает на то, что долг по уплате понесенных потерь может быть переведен на нового должника по правилам о переводе долга.

При этом Суд также указывает, что «эти права и обязанности сохраняются при утрате гражданином статуса индивидуального предпринимателя после заключения названного соглашения, если иное не предусмотрено законом или договором».

С этими разъяснениями следует согласиться.

Кроме того, за неисполнение обязательства по возмещению потерь могут начисляться проценты годовые по ст. 395 ГК РФ, такое обязательство может быть, в частности, обеспечено обеспечительным платежом, залогом, поручительством или независимой гарантией, может быть прекращено новацией, предоставлением отступного или прощением долга. Сторона, принявшая на себя обязательство по возмещению потерь, может также внести некую сумму на счет эскроу или просто перечислить ее эскроу-агенту, не являющемуся банком, в качестве обеспечения на случай возникновения в будущем таких потерь.

2. Положение п. 2 ст. 406¹ ГК РФ блокирует право суда снижать размер подлежащих взысканию потерь, делая исключение только для случаев, когда кредитор по обязательству по возмещению потерь умышленно способствовал увеличению своих потерь. Данное решение в отношении отсутствия у суда права снижать размер возмещения в целом вполне оправданно. Если точный размер реально возникших потерь доказан и доказана причинно-следственная связь между наступлением соответствующих обстоятельств и возникшими потерями, суд не может произвольно снизить размер доказанных потерь.

При этом следует напомнить, что наличие данного пункта не означает, что суд обязан взыскивать с ответчика ту точную сумму потерь, которую стороны заранее определили в соглашении, пользуясь возможностью, не очень корректно упомянутой законодателем в п. 1 настоящей статьи. В такого рода случаях суд не снижает размер имущественных потерь, а просто присуждает понесенные потери (не больше и не меньше), как того и требует логика п. 1 ст. 406¹ ГК РФ и самого данного института. Соответственно, отказ суда присуждать в пользу истца точную сумму заранее определенного размера возмещения, если она выше реально возникших потерь истца, не будет противоречить п. 2 ст. 406¹ ГК РФ. В то же время если такое условие о выплате конкретной суммы при наступлении тех или иных обстоятельств суд квалифицирует как простое условие об автоматической корректировке цены договора, нет оснований применять правила ст. 406¹ ГК РФ в принципе и соответственно оценивать вопрос о соразмерности. Данная сумма должна взыскиваться как часть цены договора.

2.1. Несколько смущает упоминание в комментируемом пункте ссылки на умышленное содействие увеличению потерь. Как указано в норме, суд вправе уменьшить размер возмещения, если истец умышленно содействовал увеличению своих потерь. В изначальной редакции ст. 406¹ ГК РФ, принятой в первом чтении в 2012 г., речь шла о праве суда снизить размер потерь по правилам ст. 404 ГК РФ. Как известно, ст. 404 ГК РФ позволяет суду снизить размер взыскиваемых убытков, если истец своим поведением умышленно или по неосторожности содействовал увеличению своих убытков.

Устранение ссылки на ст. 404 ГК РФ и упоминание лишь умышленного непринятия мер по минимизации потерь вызывают определенные сомнения. Очевидно, что авторы этой нормы в качестве источника вдохновения имели п. 1 и 3 ст. 962 ГК РФ о страховании, согласно которым суд вправе уменьшить размер страхового возмещения, если страхователь умышленно способствовал увеличению своих убытков. У нас в связи с этим вызывает некоторые сомнения как сама норма п. 3 ст. 962 ГК РФ, так и перенесение этого подхода в комментируемое положение п. 2

ст. 406¹ ГК РФ. Как минимум странно, что грубая неосторожность лица, несущего потери (убытки) и не принимающего в силу беспечности и безразличия даже самые минимальные и признанные в обороте в качестве разумных меры по минимизации своих потерь (убытков), остается за кадром и без какой-либо адекватной реакции со стороны права.

Право должно исходить из того, что застрахованное лицо, столкнувшееся с возникновением застрахованного риска, должно вести себя примерно таким же образом, как если бы оно не было застраховано, и принимать разумные меры по минимизации своих потерь. Это необходимо для решения проблемы морального риска (*moral hazard*) — а именно в данном контексте неоправданного снижения степени заботливости и осмотрительности при уверенности в покрытии всех своих фактически возникающих потерь — на стадии после материализации соответствующего риска.

Из логики же действующей редакции вытекает, что сторона, несущая потери, может позволить себе беспечное поведение, способствующее увеличению своих потерь, зная о том, что все реально возникшие потери она сможет покрыть за счет контрагента.

Некоторые юристы приветствуют такое решение. Нам же это решение законодателя кажется дискуссионным. Думается, что в случаях отсутствия умысла, но наличия очевидной беспечности и откровенного безразличия к увеличению своих потерь (своего рода грубой неосторожности) стороне, обратившейся в суд, может быть отказано в возмещении соответствующей части ее потерь по правилам п. 3, 4 ст. 1, п. 1, 2 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ. Но с точки зрения системной согласованности таких решений аналогичное расширительное толкование должно, видимо, в будущем утвердиться и в отношении обычного страхования.

Данное решение тем более представляется разумным с учетом того, что на практике различить умысел и грубую неосторожность крайне затруднительно.

При этом стоит добавить, что если доказано непринятие соответствующей стороной принятых в обороте и разумных мер по минимизации своих потерь, умысел должен предполагаться, а обратное должно быть доказано истцом. Этот же подход, презюмирующий умысел, применительно ко взысканию убытков за нарушение договора недавно был закреплен Верховным Судом (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

2.2. Следует также обратить внимание на важное разъяснение ВС РФ (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7): «Если сторона, в пользу которой должно быть осуществлено возмещение потерь, недобросовестно содействовала наступлению обстоятельства, на случай которого установлено это возмещение, для целей применения статьи 406¹ ГК РФ такое обстоятельство считается ненаступившим (п. 4 ст. 1, п. 2 ст. 10 ГК РФ)». Это вполне разумное положение, помимо указанных Судом положений п. 4 ст. 1 и п. 2 ст. 10 ГК РФ, в полной мере соответствует и норме п. 3 ст. 157 ГК РФ, так как наступление соответствующего обстоятельства, влекущего возникновение потерь, является де-факто отлагательным условием, наступление которого формирует обязательство по возмещению потерь.

Если соответствующее обстоятельство наступило частично по вине обязанной к возмещению стороны, и не вполне логично полностью отказывать в компенсации, есть основания для соразмерного снижения соответствующей компенсации. Этот вывод может быть сделан как на основе толкования норм п. 4 ст. 1 и п. 2 ст. 10

ГК РФ или п. 3 ст. 157 ГК РФ, так и путем применения положений ст. 404 ГК РФ о смешанной вине по аналогии закона.

3. Из п. 3 ст. 406¹ ГК РФ вытекает, что действительность условия о возмещении потерь не зависит от действительности договора, потери возникающие в связи с которым подлежат возмещению. Иначе говоря, признание недействительным договора само по себе не аннулирует условие о возмещении потерь. Эта норма превращает обязательство по возмещению потерь еще в одно (наряду с третейской оговоркой, оговоркой о применимом праве, договорными заверениями о действительности договора и т.п.) независимое условие договора и отрывает его действительность от судьбы того договора, из которого возникают возмещаемые потери. При этом, конечно же, если условие о возмещении потерь включено в текст договора и соответствующий порок поражает и само условие о возмещении потерь (например, договор в целом вместе с условием о возмещении потерь заключен в силу обмана, насилия или при ином пороке воли), то недействительным будет и условие возмещении потерь.

Так, в п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. Суд указывает: «Если соглашение о возмещении потерь включено в виде условия в договор купли-продажи, недействительность или незаключенность этого договора купли-продажи сама по себе не влечет недействительность или незаключенность соглашения о возмещении потерь». Но при этом здесь же Суд уточняет, что «отдельное соглашение или включенное в текст договора условие о возмещении потерь может быть признано недействительным самостоятельно, например, по основаниям, предусмотренным статьями 168–179 ГК РФ».

В целом данная норма, внесенная в текст законопроекта во втором чтении и отсутствовавшая в изначальной редакции ст. 406¹ ГК РФ, может вызывать некоторые сомнения. По данному вопросу остается положиться на развитие научной доктрины и судебной практики, которое может помочь сформулировать более однозначную оценку данной новеллы.

4. Пункт 4 ст. 406¹ ГК РФ предусматривает на случай, когда возмещаются потери, возникшие у стороны договора в связи с неправомерными действиями третьих лиц, суброгацию прав на взыскание с таких лиц убытков в пользу лица, возместившего такие потери. Тем самым исключается неосновательное обогащение лица, у которого возникли потери: он не сможет возместить потери за счет своего контрагента, обязанного к такому возмещению в силу положений договора, и одновременно взыскать убытки с лица, виновного в возникновении убытков.

В целом здесь мы имеем норму, которая хотя и появилась в результате правок изначального текста законопроекта ко второму чтению, но является достаточно удачной и в полной мере вписывающейся в концепцию «внутреннего страхования».

При этом согласно п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «соглашение о возмещении потерь, заключенное в соответствии со статьей 406¹ ГК РФ, не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон, а потому, если размер осуществленного возмещения потерь превышает уровень убытков, которые подлежат возмещению третьим лицом по правилам статьи 15 ГК РФ, статей 393 или 1064 ГК РФ, соответствующая разница не подлежит взыс-

канию с такого третьего лица (пункт 3 статьи 308 ГК РФ)». Например, в случае если арендатор помещения в офисном центре согласился покрыть ущерб зданию, который могут причинить своими неправомерными действиями клиенты арендатора, и при этом арендатор согласился выплатить арендодателю некую сумму ущерба, при взыскании этой суммы с соответствующего делинквента последний вправе выдвигать возражения по размеру своей ответственности и не соглашаться с величиной убытков, признанной арендатором или фактически возмещенной им по иску арендодателя. В случае судебного взыскания это связано с отсутствием в данной ситуации преюдиции с учетом разного состава участвующих в соответствующих судебных спорах лиц. Впрочем, это разъяснение достаточно очевидно и вытекает из самой логики суброгации.

5. В силу п. 5 ст. 406¹ ГК РФ при заключении корпоративного договора (акционерного соглашения) или договора об отчуждении акций (доли в ООО) стороны могут согласовать обязательство о возмещении потерь, несмотря на то, что одной из сторон или обеими сторонами такого договора являются лица, не осуществляющие предпринимательскую деятельность. Это положение связано с тем, что под лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, по тексту ГК РФ традиционно понимаются коммерческие организации и индивидуальные предприниматели, т.е. лица, имеющие формальный коммерческий статус. Владение акциями или долей в ООО, а также заключение сделок, связанных с таким корпоративным контролем, само по себе не рассматривается с точки зрения ГК РФ в качестве предпринимательской деятельности. В то же время, по сути, речь идет, конечно же, о предпринимательском поведении. Лица, обладающие корпоративным контролем, заключающие сделки по продаже акций, акционерные соглашения и т.п., в подавляющем числе случаев достаточно профессиональны и компетентны для того, чтобы согласовывать сложные условия о возмещении потерь и принимать на себя соответствующие риски.

Эта норма, отсутствовавшая в изначальном проекте ст. 406¹ ГК РФ и внесенная ко второму чтению, в целом может быть поддержана. Стоит только предложить судам толковать ее ограничительно и блокировать условия о возмещении потерь в тех случаях, когда гражданин, явно не являющийся предпринимателем ни по форме, ни по сути и действующий скорее как обыватель, заключает сделку продажи пакета акций или доли в ООО (например, в случаях, когда член семьи, получивший долю в ООО или акции в порядке наследования, продает сразу же после получения наследства эти акции или долю третьему лицу). Иначе говоря, применяя правила о предпринимательских договорах к корпоративным сделкам граждан, суду следует выяснять истинную фактическую природу деятельности этого контрагента. Если гражданин де-факто выступает как предприниматель, владеющий и управляющий бизнесом, то отсутствие у него формальной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя не должно препятствовать применению к нему норм о сугубо предпринимательских договорах и обязательствах, включая положения и ст. 406¹ ГК РФ. В иных случаях суд должен исключать такую возможность. При этом, видимо, предпринимательский характер указанных в комментируемой норме сделок для соответствующего гражданина должен презюмироваться. Обратное может быть доказано гражданином.

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. Прекращение обязательства есть отпадение правовой связанности его субъектов, утрачивающих вследствие этого субъективные права и обязанности, составляющие содержание обязательства.

1.1. Глава 26 ГК РФ называет десять оснований прекращения обязательств: надлежащее исполнение, отступное, зачет, совпадение должника и кредитора в одном лице, новация, прощение долга, невозможность исполнения, акт государственного органа, 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 окончанием срока действия договора (см. п. 3 ст. 425 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).

Основания, порядок и последствия прекращения обязательства могут быть предусмотрены и соглашением сторон.

1.2. 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 (например, уменьшении количества передаваемого товара).

В ряде ситуаций могут возникать сомнения, идет ли 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, Президиум ВАС РФ для случая прекращения делимого обязательства предоставлением отступного, стоимость которого меньше долга по обязательству, вывел презумпцию полного прекращения (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 102). Аналогичная презумпция может использоваться и в отношении некоторых иных «суррогатов» исполнения (например, новации). Напротив, при расторжении длящегося делимого договора при нарушении должником своих обязательств в отношении одной из частей исполнения в случае сомнений должно предполагаться, скорее, частичное (пропорциональное) прекращение обязательств (подробнее см. комментарий к ст. 453 ГК РФ).

2. 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 только такая возможность не предусмотрена в законе или договоре. Так, например, закон предусматривает возможность расторжения договора по требованию одной из сторон в ст. 450 и 451 ГК РФ.

Кроме того, не стоит забывать, что невозможность одностороннего отказа от исполнения обязательства, за исключением случаев, предусмотренных в законе (или с рядом ограничений в договоре), прямо установлена в ст. 310 ГК РФ.

3. 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.

Примерами наиболее распространенных в обороте соглашений о прекращении обязательства, которые могут быть квалифицированы по п. 3 ст. 407 ГК РФ, могут служить, в частности, соглашение о зачете взаимных требований (включая многосторонние «взаимозачеты») или соглашение об автоматическом зачете при возникновении взаимных долгов, которые признавались в судебной практике на основе принципа свободы договора и ранее (Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июня 2009 г. № 2612/09, см. также комментарий к ст. 410 ГК РФ).

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 долговой 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. 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 иным обычно предъявляемым требованиям (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. Лишь после того, как стороны совершат все вытекающие из обязательства действия, наступает момент, когда оно признается прекращенным.

1.1. В изъятие из общего правила п. 1 ст. 408 ГК РФ в отдельных случаях надлежащее исполнение (в частности, произведенное за должника третьим лицом) влечет не прекращение, а переход к исполнившему обязательство лицу прав кредитора по этому обязательству. Все подобные исключения, являющиеся проявлениями института суброгации в широком смысле, прямо предусмотрены в законе (см. п. 5 ст. 313, п. 1 ст. 335, ст. 365, п. 3 ст. 391, п. 4 ст. 406¹, ст. 965 ГК РФ). Их перечень является закрытым и расширительному толкованию не подлежит.

1.2. Вопрос о квалификации исполнения обязательства в качестве сделки является крайне спорным в российском праве, но, на наш взгляд, должен решаться дифференцированно. Согласно ст. 153 ГК РФ в интерпретации ВС РФ «сделкой является волеизъявление, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей» (п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Нередко (например, в отрицательных обязательствах, в обязательствах по оказанию посреднических услуг) исполнение исчерпывается лишь фактическими действиями (или бездействием) должника, и обнаружить в соответствующем поведении должника (действиях или бездействии) какое-либо волеизъявление достаточно сложно. Соответствующий правовой эффект (прекращение обязательства) будет наступать независимо от того, была ли действительно воля должника направлена на прекращение обязательства. Применение правил о сделках к таким случаям исполнения обязательства малопродуктивно. Ключевой для понятия сделки субъективный фактор здесь иррелевантен. Абсолютно неважно, в частности, воздерживался ли должник от разглашения конфиденциальной информации, которую он обязался хранить в тайне, осознанно или неосознанно, добровольно или под угрозой принуждения или насилия: обязательство все равно будет считаться исполненным. Соответственно применительно к таким случаям неприменимы правила о форме сделки, условных сделок, недействительности сделок и т.п. В частности, если исполнение обязательства состояло в неразглашении конфиденциальной информации, данное исполнение невозможно обсуждать на предмет действительности или недействительности или ставить под условие. Такого рода случаи исполнения обязательства следует квалифицировать в качестве юридических поступков, т.е. правомерного поведения, влекущего правовые последствия, независимо от того, была ли воля лица направлена на порождение

соответствующих правовых последствий. Не признает такие случаи исполнения обязательства сделками и судебная практика. То же можно сказать о случаях исполнения обязательств по оказанию услуг и о некоторых иных случаях.

Однако в ряде случаев исполнение связано с осуществлением определенного распорядительного волеизъявления, на основании которого непосредственно осуществляется переход того или иного имущественного права от одного лица другому. Здесь соответствующие фактические действия сочетаются с распорядительным волеизъявлением лица, совершающего отчуждение, и лица, приобретающего соответствующее имущество. Такие случаи исполнения обязательства можно считать распорядительными сделками, особым типом сделок, к которым применимы многие общие правила ГК РФ о сделках. Термин «распорядительная сделка» встречается и в судебной практике (п. 17 Информационного письма ВАС РФ от 31 мая 2000 г. № 52).

Как бы то ни было, мыслимы сопряжение соответствующих распорядительных волеизъявлений (за рядом исключений, связанных с отчуждением прав на имущество, подлежащих государственной регистрации) с отлагательными условиями, а также в ряде случаев постановка вопроса о действительности распорядительного волеизъявления.

Но в то же время не менее очевидно, что далеко не все общие правила о сделках применимы к распорядительным волеизъявлениям. Например, если в момент заключения договора он не мог считаться сделкой с заинтересованностью, но к моменту распоряжения имуществом по такому договору возникли основания считать директора продавца аффилированным с покупателем (например, директор продавца покупает контрольный пакет акций покупателя), вряд ли в суде может быть поставлен вопрос о действительности распоряжения, даже если выяснится, что покупатель не мог не знать о заинтересованности директора продавца, возникшей к моменту отчуждения имущества. Другой пример: если на момент заключения договора директор компании-продавца не был уставом ограничен в праве его заключения, а к моменту передачи имущества устав этой компании был изменен и совершение сделок, направленных на отчуждение данного имущества, стало необходимо согласовывать с советом директоров, передача имущества во исполнение ранее заключенного договора без такого согласования не может оспариваться по правилам п. 1 ст. 174 ГК РФ.

Применительно к передаче прав на вещи встречается и альтернативная точка зрения. В рамках нее волеизъявление на распоряжение правом на вещь считается отраженной в договоре (распорядительное волеизъявление), но правовой эффект этого волеизъявления отложен и увязан с совершением фактических действий по передаче владения. При этом в рамках такого подхода само это волеизъявление не рассматривается как самостоятельная сделка, а видится лишь как один из элементов содержания самого договора. В то же время в рамках такого подхода все равно придется применять к переходу права, происходящему в момент передачи владения, некоторые правила о сделках (например, в ряде случаев правила о недействительности сделки при банкротстве, см. п. 1.5 комментария к настоящей статье).

В целом следует заметить, что во многом применительно к распоряжению вещами признание передачи имущества во исполнение договора самостоятельной распорядительной сделкой (за исключением ряда норм о сделках, не совместимых

со спецификой исполнения договора) или отказ от такого признания (с применением к переходу права некоторых норм о сделках по аналогии закона) — это вопрос, скорее, правовой традиции.

Но применительно к распоряжению имущественными правами, как минимум, в случаях, когда переход права отложен и требует дополнительных волеизъявлений сторон (например, переоформление акций в реестре акционеров на основе передаточного распоряжения, удостоверение сделки по отчуждению доли в ООО во исполнение ранее заключенного договора, безналичный перевод на основе соответствующего платежного поручения, оформление акта об уступке права во исполнение договора возмездной уступки и т.п.), не видеть в таких волеизъявлениях особую сделку достаточно трудно. В такого рода случаях исполнение договора проявляется в первую очередь в форме самостоятельного волеизъявления должника (или в ряде случаев должника и кредитора). Здесь сделочная природа исполнения договора достаточно очевидна.

1.3. Нередко распорядительная сделка (распорядительное волеизъявление) совершается в момент заключения договора, и тогда мы имеем видимое совпадение моментов заключения договора и распорядительного волеизъявления. Такая ситуация имеет место, в частности, когда договор переносит на покупателя право собственности на вещь в силу самого факта своего заключения (например, при продаже предмета, находившегося на момент заключения договора во владении покупателя), а также когда договор уступки или отчуждения иного нерегистрируемого имущественного права (например, исключительного права на произведение литературы) предусматривает непосредственный и моментальный переход права цессионарию (например, п. 2 ст. 389¹ ГК РФ).

В российском праве пока не вполне прояснен вопрос о догматическом объяснении указанного феномена. Первая возможная интерпретация исходит из того, что в такой ситуации договор не предполагает возникновение обязательства произвести распоряжение, а непосредственно переносит право на имущество с одной из сторон на другую (т.е. имеет непосредственный распорядительный эффект). Если такой договор содержит распорядительное волеизъявление, поставленное под отлагательное условие или отлагательный срок, эффект перехода права наступит автоматически, но позднее. Например, договор уступки может предусматривать, что право требования перейдет цессионарию автоматически в будущем, как только он уплатит договорную цену за уступаемое право. В обоих случаях (немедленный или отложенный автоматический переход права) распорядительное волеизъявление (распорядительная сделка) выражено в самом договоре, а право на имущество перейдет к стороне договора не во исполнение некоего ранее возникшего обязательства контрагента.

Такой подход лучше соответствует природе вещей, но создает догматические проблемы в обосновании ответственности за дефекты в осуществленном предоставлении. Если предоставление осуществлялось не в рамках исполнения обязательства, нормы ГК РФ об ответственности за неисполнение обязательства (например, ст. 393 ГК РФ) формально оказываются неприменимыми. Выходом из положения теоретически может быть выведение доктрины договорных гарантий (см. комментарий к п. 1 ст. 307 ГК РФ) и применение правил об ответственности за неисполнение обязательства по аналогии. Другой особенностью такого подхода является то, что

при его реализации придется отказаться от, казалось бы, укоренившейся идеи о том, что купля-продажа — это консенсуальный договор, порождающие взаимные обязательства.

Вторая возможная интерпретация исходит из фикции возникновения обязательства и ее исполнения через логическую секунду. Иначе говоря, в момент заключения договора, предполагающего непосредственный переход права, происходит возникновение обязательства и его немедленное исполнение. Такой подход, хотя и основан на фикции, позволяет обосновать применение правил об ответственности за ненадлежащее исполнение без привлечения аналогии закона и сохранить представление о купле-продаже как договоре консенсуальном.

Точка в этом вопросе пока не поставлена.

1.4. Теория, согласно которой производится аналитическое разделение договора, порождающего основания для распоряжения, и распорядительной сделки, непосредственно переносящей имущественные права во исполнение договора, в ряде случаев прямо или косвенно проявляется в законодательстве (см. п. 3 ст. 61¹ Закона о банкротстве, п. 11 ст. 21 Закона об ООО, п. 1, 2 ст. 389¹ ГК РФ) и судебной практике (например, Постановление Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 12913/12, п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120; Постановление Президиума ВС РФ от 27 марта 2002 г. № 245пв-01пр; Определение КГД ВС РФ от 12 апреля 2011 г. № 43-В11-1, Определение КЭС ВС РФ от 2 ноября 2016 г. № 306-ЭС16-4741).

1.5. Эта идея аналитического разделения договора, порождающего правовое основание распоряжения, и самой распорядительной сделки, может иметь в ряде случаев важное практическое значение. Так, например, если в момент заключения договора продавец был вправе произвести отчуждение вещи, а к моменту передачи вещи в собственность покупателя закон ввел запрет на свободный оборот данного имущества, вопрос о действительности договора встать не может, но распорядительная сделка может быть признана ничтожной (п. 1 ст. 174¹ ГК РФ). Другой пример: если сам договор был заключен за пределами периода подозрительности и не может быть оспорен по этой причине по правилам Закона о банкротстве о сделках с предпочтением и подозрительных сделках (ст. 61² и 61³ Закона о банкротстве), но сама передача права собственности на вещь была совершена компанией, например, за неделю до возбуждения против нее дела о банкротстве, суд может признать недействительным не сам договор, а распорядительную сделку (п. 3 ст. 61¹ Закона о банкротстве).

1.6. Спорным является вопрос применения по отношению к распорядительным сделкам правил о форме сделок. В доктрине встречается мнение, согласно которому форма распорядительной сделки должна определяться по правилам п. 3 ст. 159 ГК РФ («Сделки во исполнение договора, заключенного в письменной форме, могут по соглашению сторон совершаться устно, если это не противоречит закону, иным правовым актам и договору»). А так как в силу п. 2 ст. 158 ГК РФ «сделка, которая может быть совершена устно, считается совершенной и в том случае, когда из поведения лица явствует его воля совершить сделку», такая распорядительная сделка может совершаться и в форме конклюдентных действий (например, фактическая передача и приемка товара). Иначе говоря, требование письменного оформления такой сделки в случае, если ее стороной является юридическое лицо или сумма

сделки превышает 10 000 руб. (ст. 161 ГК РФ), а также правила о последствиях неоформления сделки в письменной форме в виде запрета ссылаться на свидетельские показания (ст. 162 ГК РФ) по общему правилу к распорядительным сделкам не применяются. Соответственно стороны могут доказывать факт распоряжения любыми допустимыми доказательствами (в том числе свидетельскими показаниями).

Но такого же результата можно достичь за счет исключения (телеологической редукции) применения положений п. 1 ст. 161 ГК РФ о необходимости соблюдения письменной формы к распорядительным сделкам, совершаемым во исполнение обязательства. При исключении применения этой нормы открывается возможность для применения общего правила о допустимости устной, а следовательно, и конклюдентной формы сделки (п. 2 ст. 158, п. 1 ст. 159 ГК РФ).

Но такой подход достаточно уверенно распространяется на те случаи, когда распорядительная сделка сопрягается с передачей какого-либо движимого имущества (товаров, наличных денег и т.п.). Действительно, требование письменного оформления такой передачи под страхом запрета использования свидетельских показаний здесь было бы не очень уместно.

Так, например, в судебной практике иногда применяется подход, в рамках которого суды считают возможным использовать для решения вопроса правила ст. 161 ГК РФ о письменной форме сделки и правила ст. 162 ГК РФ о запрете доказывать факт совершения такой сделки при несоблюдении письменной формы за счет свидетельских показаний в отношении случая погашения долга платежом наличных денег (см.: Постановление Президиума ВС РФ от 27 марта 2002 г. № 245пв-01пр; Определение КГД ВС РФ от 12 апреля 2011 г. № 43-В11-1). Подобная позиция крайне сомнительна.

Но как быть в тех случаях, когда распоряжение имуществом во исполнение договора осуществляется в форме чистого волеизъявления (например, уступка обязательственного права, исключительного права, доли в ООО, акций, переход прав на недвижимость и т.п.)? В таких случаях в отношении регистрируемых прав закон обычно устанавливает письменную форму соответствующего распорядительного волеизъявления и особые требования к его оформлению (например, нотариальное удостоверение в отношении распоряжения долей в ООО, оформление и передача регистратору передаточного распоряжения в отношении акций, подача заявления о регистрации перехода права на недвижимость в орган регистрации). В ряде других случаев закон устанавливает следование формы уступки форме сделки, из которого данное требование вытекает: так, например, в силу п. 1 ст. 389 ГК РФ при уступке требования, вытекающего из письменного договора, уступка также должна оформляться письменно. Но в некоторых редких случаях эти специальные правила не срабатывают (например, цедент уступает право из неосновательного обогащения). Вопрос о применении к таким случаям ст. 161 ГК РФ может быть всерьез поставлен, но пока он не имеет четкого ответа.

1.7. Наконец, очень важным является вопрос о том, обуславливает ли действительность договора, лежащего в основании распорядительной сделки, действительность самой распорядительной сделки (распорядительного волеизъявления). Доминирующим подходом в российском праве является каузальная модель распорядительной сделки, согласно которой для эффективного переноса имущественного права во исполнение договора требуется, чтобы сам договор был действителен.

Если договор оказывается ничтожным или признается судом недействительным, автоматически отпадает и соответствующий распорядительный эффект.

В ряде стран действует принцип абстрактности распорядительной сделки, согласно которому действительность распорядительной сделки не зависит от действительности договора-основания. Соответственно если у самой распорядительной сделки нет самостоятельных пороков (например, пороков воли), имущественное право по такой распорядительной сделке перейдет, даже если договор-основание недействителен. В российском праве принцип абстрактности распорядительной сделки пока не утвердился.

В ряде случаев для реализации модели абстрактного распоряжения могут иметься определенные нормативные основания. Так, например, согласно ст. 1106 ГК РФ «лицо, передавшее путем уступки требования или иным образом принадлежащее ему право другому лицу на основании несуществующего или недействительного обязательства, вправе требовать восстановления прежнего положения, в том числе возвращения ему документов, удостоверяющих переданное право». Из этого пассажа можно прийти к выводу о том, что недействительность договора-основания автоматически не порочит распорядительную сделку уступки, и уступленное право должно возвращаться по иску cedentа о возврате неосновательного обогащения. Если бы применительно к уступке действовала каузальная модель перехода права, в иске о возврате уступленного права не было бы никакой нужды, так как переход права признавался бы ничтожным автоматически в силу самого факта недействительности договора-основания. В то же время применительно и к этому случаю в российском праве до сих пор сохраняется неопределенность, а судебная практика скорее отвергает абстрактность распоряжения (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 389¹ ГК РФ).

1.8. Следует обратить особое внимание на то, что п. 1 ст. 408 ГК РФ говорит о прекращении обязательства именно надлежащим исполнением. Соответственно можно от обратного прийти к выводу, что ненадлежащее исполнение 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 иных притязаний (например, взыскания неустойки или убытков за допущенное нарушение).

Во-первых, осуществленное должником в нарушение договора досрочное исполнение в случае его принятия кредитором прекращает обязательство должника.

Во-вторых, исполнение, осуществленное должником с просрочкой, но принятое кредитором, прекращает обязательство должника.

В-третьих, если в осуществленном исполнении имеются иные дефекты, но такое исполнение принято кредитором, также не всегда можно говорить о сохранении изначального обязательства, а значит, и о дальнейшей просрочке в его исполнении. Тут многое зависит от реакции кредитора. Если тот, столкнувшись с дефектами в полученном исполнении, потребует, например, на основании ст. 475 или ст. 723 ГК РФ устранить дефекты (путем исправления дефектов или учинения 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 (при предъявлении требования о повторном исполнении) или трансформируется в обязанность исправить дефект (если кредитор потребо-

вал именно этого). Если же кредитор примет дефектное исполнение и потребует соразмерного снижения цены (по правилам, например, ст. 475 или ст. 723 ГК РФ) или компенсации своих расходов на устранение дефектов, он тем самым недвусмысленно указывает на то, что обязательство должника прекращено окончательно, пусть и дефектным исполнением. Если кредитор в ответ на получение дефектного исполнения (при условии существенности дефектов) не заявит требование об устранении дефектов, а значит, и не трансформирует дефектное исполнение в текущую просрочку, а вовсе откажется от договора, обязательство должника должно считаться прекращенным в момент осуществления дефектного исполнения.

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 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 до момента отказа от договора.

2. Пункт 2 ст. 408 ГК РФ содержит достаточно традиционные для отечественного правопорядка правила об оформлении принятия исполнения.

2.1. Следует обратить внимание на различную редакцию абз. 1 и 2 п. 2 комментируемой статьи. Если в первом случае выдача кредитором документа, подтверждающего принятие им исполнения, основывается на требовании должника, то во втором — возникает независимо от такого требования.

Согласно абз. 1 п. 2 комментируемой статьи должник, осуществляя исполнение, вправе требовать от кредитора предоставления документа, подтверждающего получение исполнения. 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 и т.п. Письменное подтверждение поступления безналичного платежа от кредитора на практике должника 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.

2.2. Согласно абз. 2 п. 2 комментируемой статьи, если должник выдал кредиторому долгового документ в подтверждение своего долга, при погашении такого долга кредитор должен вернуть этот документ. Это положение применимо 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 должнику такую расписку.

При этом абз. 2 п. 2 ст. 408 ГК РФ устанавливает презумпцию прекращения обязательства в случае нахождения соответствующей расписки или иного долгового документа у должника. 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 КГД ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 5-КГ15-135).

Установленная абз. 2 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 КГД ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 5-КГ15-135). Кредитор может использовать различные средства доказывания факта неисполнения обязательства. При этом представление лишь копии договора не может рассматриваться в качестве достаточного доказательства того, что обязательство не прекращено (см. Определение КГД ВС РФ от 11 ноября 2014 г. № 5-КГ14-99).

2.3. Толкуя предписания абз. 2 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 КГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 12-КГ15-3).

2.4. Отказ кредитора выдать расписку, вернуть долговой документ или отметить в расписке невозможность его возвращения рассматриваются комментируемой статьей как просрочка кредитора (подробнее см. комментарий к ст. 406 ГК РФ).

Статья 409. Отступное

По соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением отступного – уплатой денежных средств или передачей иного имущества.

Комментарий

(а) Статья 409 ГК РФ посвящена отступному – современному аналогу классического основания прекращения обязательства – предоставления вместо исполнения (*datio in solutum*). При этом регулирование вопросов отступного в отечественном законодательстве крайне лаконично и по сути исчерпывается только данной статьей, состоящей из одного короткого предложения.

Толкование предписаний данной нормы позволяет утверждать, что механизм отступного предполагает два элемента: соглашение сторон об отступном и предоставление отступного взамен исполнения. При этом «правопрекращающий эффект» наступает только в момент предоставления отступного. Если соглашение об отступном подписывается ранее передачи отступного, сам факт заключения такого соглашения обязательство должника не прекращает. Иначе речь должна была бы идти о классической новации, т.е. 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.

(б) В некоторых случаях момент заключения соглашения об отступном и момент передачи отступного совпадают (например, когда должник передает кредитору по акту некое имущество с указанием того, что оно передается в качестве отступного вместо исполнения изначального денежного обязательства). Но нередко эти моменты разорваны во времени. Соответственно встает крайне сложный вопрос о правовых последствиях, возникающих после совершения соглашения, 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 о передаче в будущем взамен исполнения по изначальному обязательству некоего имущества («суррогата»), могут иметь в виду четыре варианта.

Во-первых, они могут желать, чтобы в момент заключения такого соглашения изначальное обязательство было заменено на обязательство передать данное имущество. В этом случае, несмотря на то, что стороны могут назвать свое соглашение «соглашением об отступном», их истинная воля направлена на *классическую новацию*.

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. Применение правил толкования договора наталкивает на вывод, что такое соглашение следует скорее считать обязательственным консенсуальным договором, который трансформирует обязательство должника в *альтернативное*: должник становится обязанным либо исполнить изначальное обязательство, либо передать отступное; при бездействии должника право выбора должно было переходить к кредитору. Этот подход прекращения изначального обязательства путем предоставления взамен некоего имущества, пожалуй, наиболее удобен кредитору, давая ему возможность выбирать предмет требования. 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* (подробнее см. комментарий к ст. 414 ГК РФ), то такая трансформация простого обязательства в альтернативное может быть признана новацией.

В-третьих, стороны могут указать, что в силу заключаемого соглашения должник получает *право* прекратить свое обязательство путем предоставления некоего имущества 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. комментарии к ст. 308², 320¹ ГК РФ). Соответственно

должник обладает возможностью замены первоначального варианта исполнения предоставлением 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 (ответственности), 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.

(в) Но что если стороны заключили соглашение, предполагающее передачу некоего имущества «в качестве отступного» в будущем, но прямо не оговорили, какой из описанных выше вариантов они на самом деле имеют здесь в виду? Какой вариант наполнения содержания соглашения, названного сторонами «соглашением об отступном», следует подразумевать? 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).

(г) В ходе реформы ГК РФ предписания ст. 409 подверглись изменениям. Во-первых, из текста закона была изъята 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 достаточно затруднено. В Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России, утвержденной Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства протоколом от 26 января 2009 г. № 66, 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 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 (как считал ВАС РФ ранее). Так как соглашение

об отступном считается заключенным в момент передачи имущества, а своим единственным правовым последствием имеет прекращение изначального обязательства, такое соглашение 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.

Для того чтобы заключаемое сторонами и имеющее распорядительный эффект соглашение попало в узкие рамки, очерченные в новой редакции ст. 409 ГК РФ, в соглашении, оформляемом до передачи отступного, или в документации, оформляющей саму передачу, должно быть, видимо, указано, что некое имущество *передается* кредитору в целях прекращения изначального обязательства должника.

(д) В то же время судам следует исходить из того, что если в соглашении, названном сторонами соглашением об отступном, предусмотрена *обязанность* должника вместо исполнения изначального обязательства передать отступное и иное не следует из толкования соглашения по правилам ст. 431 ГК РФ, такое соглашение хотя и не вписывается в модель отступного по ст. 409 ГК РФ, но абсолютно законно, являясь соглашением о замене изначального обязательства: в варианте новации (замены старого обязательства на новое с иным предметом) или в варианте «трансформации» (изменения) старого обязательства в альтернативное с сохранением предмета изначального обязательства в качестве одного из альтернативных предоставлений. Упоминание в таком соглашении слова «отступное» здесь особого значения иметь не должно.

Кроме того, если в соглашении, названном сторонами соглашением об отступном, прямо указано на *право* должника передать отступное и иное не следует из толкования соглашения по правилам ст. 431 ГК РФ, судам следует исходить из того, что такое соглашение хотя и не является соглашением об отступном, тем не менее законно и порождает правовой эффект — а именно трансформацию (изменение) изначального обязательства в факультативное. Должник вправе предоставить согласованный суррогат исполнения, а кредитор обязан принять его вместо изначального оговоренного.

(е) Если стороны заключают соглашение, которое само по себе не направлено на прекращение обязательства, предполагая наступление подобного эффекта только в момент фактической передачи согласованного «суррогата», выбор сторонами вариантов трансформации изначального обязательства в факультативное или альтернативное является более предпочтительным, чем конструкция отступного в чистом виде. Только в таком случае у кредитора возникает обязанность принять согласованный «суррогат» от должника. Так как в рамках конструкции отступного в чистом виде («реальной сделки»), очерченной в новой редакции ст. 409 ГК РФ, само соглашение об отступном не считается заключенным до момента такой передачи, следовательно, у кредитора не возникает договорной обязанности принять отступное. Это может поставить должника в сложное положение: он может прилагать усилия к тому, чтобы подготовить и передать отступное, а затем столкнуться с отказом кредитора принимать отступное, что вряд ли соответствует воле большинства сторон договора и соображениям о справедливости.

(ж) Посредством предоставления отступного может быть прекращено как договорное, так и внедоговорное, в том числе реституционное обязательство по возврату полученного по недействительной сделке (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102). Исключения составляют лишь строго целевые обязательства, носящие социальный характер (алиментное, по предоставлению содержания, по возмещению вреда жизни и здоровья). Поскольку 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 (см. комментарии к ст. 411 и 414 ГК РФ).

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 судебная практика считает недействительным и соглашение об отступном (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 16 марта 2010 г. № 14882/09; Определение КЭС ВС РФ от 26 октября 2015 г. № 305-ЭС15-8046). Соответственно предоставленное отступное лишится правового основания и может быть истребовано как неосновательно полученное по правилам ст. 167 и гл. 60 ГК РФ.

(з) Обязательство может быть прекращено предоставлением отступного как до, так и после наступления срока его исполнения. Равным образом посредством предоставления отступного может прекратиться и заданное обязательство. Возражение о давности является средством защиты должника. При этом закон не устанавливает необходимости использования такой защиты, предоставляя должнику возможность использования ее по своему усмотрению. 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.

(и) Предоставлением отступного может прекращаться часть делимого обязательства (см. п. 1 ст. 407 ГК РФ и комментарий к нему). Равным образом, с помощью отступного может быть прекращено дополнительное, в частности, неустойчное обязательство. При этом судебная практика исходит из презумпции, что с предоставлением отступного прекращаются все обязательства по договору, включая и обязательство по уплате неустойки (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102; Постановление Президиума ВАС РФ от 10 июня 2014 г. № 1504/2014). Данный подход достаточно сомнителен в качестве общего правила. Поскольку обязательство по уплате неустойки является самостоятельным (ибо возникает в силу самостоятельного основания – факта просрочки исполнения), презумпция должна быть прямо противоположной. Прекращение предоставлением отступного основного обязательства должно влечь прекращение

обязательства по уплате начисленной неустойки только в том случае, когда это прямо предусмотрено соглашением сторон. Это утверждение не колеблет и доктрина эстоппель. Соглашение о прекращении отступным основного обязательства не содержит подразумеваемой воли сторон относительно судьбы начисленной неустойки и по общему правилу не создает у должника видимости противоположного решения.

(к) 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 прежде всего разнообразные вещи: делимые и неделимые, потребляемые и непотребляемые, движимые и недвижимые. В ситуации, когда предметом отступного является недвижимое имущество, соглашение об отступном не нуждается в обязательной государственной регистрации (п. 15 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59). Для прекращения основного обязательства в подобном случае достаточно одной лишь передачи вещи кредитору, а требуется еще государственная регистрация перехода к кредитору титула собственника недвижимого имущества, предоставляемого в качестве отступного. Исходя из правовой природы отступного уклонение должника от государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость исключает возможность прямого или косвенного понуждения к такой регистрации. В этом случае кредитор вправе предъявить должнику лишь требование, вытекающее из первоначального обязательства (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 17 июня 2014 г. № 2826/14). К обратному выводу следует прийти, если толкование соглашения сторон покажет, что стороны имели в виду не собственно отступное как реальный договор, а соглашение о трансформации изначального обязательства в альтернативное.

Закон не исключает возможность предоставить в качестве отступного право собственности на вещь (титул) без самой вещи. Для перехода титула на соответствующее имущество без его 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).

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).

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 – корпоративные (например, доля в уставном капитале ООО), обязательственные (право требования к третьему лицу) или исключительные (право на результат интеллектуальной деятельности). Могут предметом отступного быть и ценные бумаги – как документарные (например, векселя), так и бездокументарные (акции, облигации).

(л) Ввиду реального характера соглашения об отступном в качестве предметов отступного может выступать только существующее и принадлежащее должнику имущество (вещи и имущественные права). Следует, однако, иметь в виду, что данные предпосылки должны выполняться на момент передачи отступного. Отсутствие

соответствующего имущества или его принадлежность иному, чем должнику, лицу в более ранний момент (например, в момент подписания соглашения об отступном) правового значения не имеет. Ведь тот факт, что соглашение об отступном в том виде, который придал ему законодатель, является реальным договором и приобретает правовое значение лишь в момент передачи имущества, не означает, что само соглашение не может подписываться ранее фактической передачи.

(м) Предметом отступного может выступать имущество, в отношении которого наложен арест. Свидетельствующая об обратном судебная практика (см., например: постановления Президиума ВАС РФ от 25 января 2000 г. № 5993/99 и от 18 сентября 2001 г. № 610/01) в настоящее время не актуальна, поскольку сформировалась до введения п. 2 ст. 174¹ ГК РФ.

Более того, современная практика ВС РФ даже применительно к отношениям, имевшим место до вступления в силу указанной нормы п. 2 ст. 174¹ ГК РФ в 2013 г., исключает возможность признания недействительным соглашения об отступном, предметом которого является арестованное имущество. ВС РФ исходит из того, что недействительным в условиях прежнего законодательства является не соглашение об отступном, а распорядительная сделка передачи права; если передача арестованного имущества не происходила, то и нечего признавать недействительным (Определение КЭС ВС РФ от 2 ноября 2016 г. № 306-ЭС16-4741).

(н) Современная редакция ст. 409 ГК РФ исключает возможность использования в качестве отступного иных объектов гражданских прав, нежели имущества, в частности результаты работ и оказание услуг. С учетом принципа толкования *favor contractus* (см. комментарий к ст. 431 ГК РФ) такое соглашение не стоит признавать ничтожным, но следует квалифицировать как соглашение о трансформации изначального обязательства в иное (при наличии *animus novandi* – как соглашение о новации).

(о) Существенными условиями соглашения об отступном являются указание на прекращаемое обязательство, а также на предмет отступного (его наименование и количественные характеристики).

В силу принципа свободы договора стороны свободны в определении размера отступного. Закон не выдвигает требования эквивалентности отступного размеру первоначального предоставления. При этом даже в тех случаях, когда стоимость предоставляемого отступного меньше долга по обязательству, презюмируется прекращение последнего полностью (см. п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102).

(п) Форма соглашения об отступном определяется по общим правилам гл. 9, 28 ГК РФ о форме сделок и договоров. Правила ст. 452 ГК РФ (см. комментарий к ней) о том, что форма соглашений об изменении и расторжении договора должна следовать форме расторгаемого или изменяемого договора, к соглашению об отступном ранее не применялись судами (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2007 г. № 7134/07). Поскольку в новой редакции ст. 409 ГК РФ соглашение об отступном в чистом виде (т.е. реальной сделки) не имеет само по себе

обязательственного эффекта, оснований для использования в вопросе формы такого соглашения предписаний ст. 452 ГК РФ тем более нет. В то же время если соглашение, названное сторонами соглашением об отступном, предусматривает трансформацию изначального обязательства в альтернативное или факультативное, применение правил ст. 452 ГК РФ вполне может обсуждаться.

(р) В случае, когда предметом отступного выступает доля в праве общей собственности на вещь, заключение такого соглашения об отступном может требовать соблюдения правил о преимущественном приобретении. Согласно ст. 246 ГК РФ указанные правила должны соблюдаться при всяком возмездном отчуждении (а не только посредством купли-продажи и мены). Ввиду «вторичного» характера соглашения об отступном оценка последнего на предмет его возмездности (безвозмездности) должна осуществляться не автономно, а в зависимости от соответствующей характеристики договора, лежащего в основании первоначального обязательства. Таким образом, если соглашение об отступном направлено на прекращение обязательства из безвозмездного договора (например, консенсуального дарения), оно также должно рассматриваться как безвозмездное, если на прекращение обязательства из возмездного договора — как возмездное. Соответственно в последнем случае при использовании в качестве отступного доли в праве собственности на вещь требуется соблюдение правил ст. 250 ГК РФ. Нарушение указанных правил может служить основанием для предъявления сособственником требования о переводе на него прав и обязанностей приобретателя доли в праве общей собственности, переданной ответчику другим сособственником в качестве отступного (см. п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102). Подобный подход вполне оправдан и соответствует целям института преимущественного приобретения доли в праве общей собственности — защите интересов сособственников и принципиальной возможности трансформации общей собственности в собственность единоличную.

Применение правил о преимущественном приобретении выглядит оправданным и при использовании в качестве отступного доли в уставном капитале ООО. Однако судебная практика нижестоящих судов в данном вопросе шла иным путем. В отсутствие в корпоративном законодательстве общих норм, касающихся возмездного отчуждения долей (аналога ст. 246 ГК РФ для общей собственности), правила о преимущественной покупке (п. 4 ст. 21 Закона об ООО) зачастую толкуются буквально и применяются только для случаев купли-продажи доли. При таком подходе при использовании в качестве отступного доли в уставном капитале ООО соблюдение для совершения такого соглашения об отступном правил о преимущественном приобретении не требуется. Этот подход представляется не вполне оправданным. Остается только отметить, что он пока так и не был закреплен в практике высших судов. Было бы целесообразно в отношении долей в ООО применять по аналогии новую редакцию норм Закона об АО в отношении преимущественного права (см. ниже).

Судебная практика в отношении соглашений об отступном, предметом которых выступали акции закрытых акционерных (непубличных) обществ, по вопросу преимущественного приобретения ранее складывалась примерно в том же направлении, что и с долями в ООО (см. п. 1 Информационного письма Президиума

ВАС РФ от 25 июня 2009 г. № 131). Однако в настоящее время эта практика будет в значительной степени скорректирована. Согласно актуальной редакции п. 3 и 4 ст. 7 Закона об АО уставом непубличного общества может быть предусмотрено преимущественное право приобретения его акционерами (обществом) акций, отчуждаемых по иным, чем договор купли-продажи, возмездным сделкам (включая отступное) по цене, которая или порядок определения которой установлены уставом общества. 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 уставом, если доказано, что приобретатель знал или должен был знать о наличии в уставе общества положений о преимущественном праве.

(с) Ввиду того, что соглашение об отступном подпадает под категорию сделки, связанной с отчуждением имущества, при его заключении требуется соблюдение правил корпоративного законодательства о крупных сделках. 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 по правилам ст. 46 Закона об ООО, ст. 79 Закона об АО.

Совершение соглашения об отступном (предоставление отступного) может быть также оспорено по правилам ст. 174 ГК РФ, а также по правилам гл. III¹ Закона о банкротстве, касающимся подозрительных сделок и сделок с предпочтением (см. п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 апреля 2009 г. № 32; Постановление Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 18327/10).

(т) В случае, когда стороны предусмотрели предоставление отступного по частям, при предоставлении части отступного судебная практика считает 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. На наш взгляд, 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.

(у) При обнаружении в предоставленном предмете отступного физических или юридических недостатков первоначальное обязательство не восстанавливается, а должник несет ответственность за эти недостатки. Здесь по аналогии, видимо, должны применяться положения ст. 393 ГК РФ о взыскании убытков за нарушение обязательства, а также как минимум некоторые положения ст. 475 ГК РФ о последствиях передачи некачественной вещи по договору купли-продажи. Последнее может означать, что кредитор, получивший дефектное отступное, может требовать от должника устранения дефектов.

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

(а) 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.

Для того чтобы зачет состоялся, должны наличествовать следующие условия зачета: встречность требований, их однородность, а также осуществимость требования заявителя зачета.

(б) Встречность требований предполагает существование двух взаимных обязательственных отношений между теми же лицами. При этом должник по одному из них должен одновременно являться кредитором по другому, и наоборот (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 21 февраля 2012 г. № 14321/11).

В силу встречности произвести зачет может только должник по требованию. Как исключение, в случае, когда в соответствии с законом допускается исполнение обязательства за должника третьим лицом, последнее вправе зачесть против требования кредитора к должнику собственное требование к кредитору (п. 4 ст. 313 ГК РФ). Кроме того, встречность как предпосылка зачета подвергается существенным модификациям применительно к институту уступки требования. Руководствуясь общим принципом правового регулирования уступки — недопустимостью ухудшения положения должника в результате уступки, — законодатель предоставляет должнику при соблюдении определенных условий право зачесть против требования нового кредитора свое требование к прежнему кредитору (см. ст. 412 ГК РФ).

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). При заключении договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ) должник, обязавшийся в пользу выгодоприобретателя (дестинатария), не может зачесть этот долг с требованиями, принадлежащими ему против контрагента-кредитора. В изъятие из этого правила п. 4 ст. 954 ГК РФ предоставляет страховщику право зачесть против требования выгодоприобретателя о выплате страхового возмещения свое требование к страхователю об уплате страхового взноса.

(в) Зачитываемые требования должны быть однородными. Необходимость этого условия predeterminedена существом зачета как «суррогата» исполнения. Только при его наличии каждая сторона, сохраняя то, что она должна другой, ставится в то самое положение, в котором бы находилась в случае принятия исполнения от последней. В связи с этим очевидно, что однородными являются требования, обязывающие к предоставлению однородных предметов (денег или иных заменимых вещей одного рода, эмиссионных ценных бумаг).

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. Если у двух встречных требований разные валюты долга, но единая валюта платежа (например, долги подлежат оплате в рублях), то 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.

Требования, обязывающие к платежу за оказанные услуги, выполненные работы или купленный товар, и требования, обязывающие к выплате денежной суммы, не выступающей в качестве встречного предоставления, направлены на предоставление однородных предметов, а поэтому их следует считать однородными. Соответственно агент (комиссионер) имеет право на прекращение требования по выдаче принципалу (комитенту) полученных от третьего лица денежных сумм зачетом своего встречного требования к принципалу (комитенту) об уплате вознаграждения (см. п. 16, 17 Информационного письма ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65).

Однородность требований не исключается различием оснований их возникновения. Соответственно могут быть зачтены, например, требование подрядчика об оплате выполненных работ и требование поручителя, исполнившего денежное обязательство (см. п. 7 Информационного письма 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 Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 4 декабря 2000 г. № 33/14).

Допустим зачет договорного денежного требования против внедоговорного, а равно требования об уплате основного долга против притязания на неустойку. Вместе с тем судебная практика длительное время считала такой зачет невозможным, объясняя такой запрет с помощью введения дополнительной предпосылки – беспорности зачитываемых требований. Очевидно, что и в случае со взысканием убытков, и в случае с неустойкой окончательная определенность в размере таких требований наступает только при вступлении в силу судебных решений о применении таких мер ответственности, и эта неопределенность размера долга и самого факта их наличия (с учетом множества норм, позволяющих корректировать размер ответственности от ст. 333 до ст. 404 ГК РФ) и смущала суды. Однако в настоящее время подход правоприменительной практики изменился. Прямо подчеркивая ошибочность восприятия беспорности как предпосылки зачета, однородность требования об уплате неустойки и о взыскании задолженности, а также отсутствие запрета их зачета в действующем российском законодательстве, высшие судебные инстанции допускают подобный зачет (см. 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; Определение КЭС ВС РФ от 25 сентября 2015 г. № 307-ЭС15-6545). Зачет в таких ситуациях осуществляется заявителем зачета на свой риск и не препятствует адресату зачета, не согласному с той суммой требования, в отношении которой был произведен зачет, предъявить иск к заявителю зачета о взыскании суммы, в отношении которой зачет был произведен неправомерно, обосновав неправомерность 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).

(г) Необходимой предпосылкой зачета является осуществимость требования заявителя зачета.

Вплотая эту предпосылку, ст. 410 ГК РФ указывает, что требование заявителя зачета может использоваться для зачета лишь в том случае, если по нему наступил срок исполнения либо этот срок не указан или определен моментом востребования.

Для требования заявителя зачета, срок исполнения которого определен периодом времени, зачет возможен в любой момент в пределах этого периода, поскольку предписания закона отнюдь не предполагают допустимость зачета только в отношении просроченной задолженности адресата зачета. Наступление какого-либо срока в случаях, когда такой срок выражается в виде периода времени, означает начало исчисления этого периода, а не его окончание. По этой же причине в ситуации, когда срок исполнения требования заявителя зачета не указан или определен моментом востребования, такие требования могут использоваться для зачета без учета льготного семидневного срока, предоставленного должнику по такому требованию в п. 2 ст. 314 ГК РФ.

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. Смысл данной нормы не очевиден и нуждается в толковании. Скорее всего имеются в виду ситуации, когда заявитель зачета в силу закона имеет право требовать досрочного исполнения (см., например, ст. 351, 811, 813, 814 ГК РФ).

При таком подходе данное предписание логично вписывается в общий контекст «осуществимости» требования заявителя зачета как возможности быть принудительно осуществленным. Вместе с тем можно предположить, что норма имеет в виду прямое указание закона на допустимость зачета требования заявителя зачета до наступления срока его исполнения. Тогда соответствующее правило будет являться установленным законом изъятием из общего правила. Примеров таких норм в действующем законодательстве пока не содержится, а цель и сфера их потенциального применения не ясны.

При этом наступление срока является лишь одним из показателей данной более общей предпосылки осуществимости требования. При толковании текста ст. 410 ГК РФ следует учитывать, что зачет представляет собой «суррогат» исполнения, и при этом, поскольку осуществляется посредством одностороннего преобразовательного акта заявителя зачета, несет в своем механизме некий элемент принудительности в отношении адресата зачета. Соответственно необходимо обеспечить, чтобы положение последнего в результате зачета не ухудшилось по сравнению с тем, каковым бы оно было при предъявлении к нему требования об исполнении. В связи с этим следует признать недопустимым зачет в ситуации, когда 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 самостоятельному осуществлению делает невозможным предъявление к зачету и требования заявителя зачета, на которое наложен арест.

(д) При этом следует отметить, что согласно буквальному значению ст. 410 ГК РФ созревшим должно быть именно и только требование заявителя зачета. Соответственно при таком прочтении этой нормы если встречный долг заявителя зачета имеется, но еще не созрел (т.е. срок его исполнения еще не наступил), это не должно препятствовать зачету. И действительно, заявляя зачет в такой ситуации, сторона никоим образом не вредит интересам другой стороны. Безусловно, в такой ситуации фактически происходит досрочное исполнение. Последнее в силу ст. 315 ГК РФ ограничено для случаев сугубо предпринимательских обязательств и допускается в таких обязательствах только с согласия кредитора. Но цель этой нормы состоит в том, чтобы не допустить ситуацию, когда кредитору могут быть навязаны дополнительные расходы и неудобства, связанные с предоставлением исполнения досрочно. В случае же с зачетом такие расходы по определению исключены. Соответственно если должник по несозревшему долгу решает заявить зачет против встречного созревшего долга другого лица, видимо, нет каких-либо серьезных причин такой зачет блокировать, даже если речь идет о сугубо предпринимательских отношениях.

Но в принципе может обсуждаться и иное решение, при котором несозревший долг заявителя зачета может быть зачтен, только если из закона или договора вытекает допустимость досрочного исполнения. Такой подход отражен в ст. 8.1 Принципов УНИДРУА и ст. 6:102 Модельных правил европейского частного права, но не следует из буквы ст. 410 ГК РФ.

(е) Так как осуществимость требования касается только требования заявителя зачета, но не встречного требования к нему, следует признать допустимость зачета и в тех случаях, когда обязательство заявителя зачета носит натуральный характер.

(ж) Спорным является вопрос о допустимости зачета в ситуации, когда требование заявителя зачета к другой стороне вытекает из обязательства, принудительное исполнение которого по суду не допускается в силу указаний в законе, договоре или существа обязательства (ст. 308³ 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 требование заявителя зачета к адресату, зачет может существенно нарушить интересы последнего, позволив заявителю зачета де-факто получить исполнение в натуре обходным путем.

Так, например, судебная практика не допускает принуждение банка к выдаче кредита по заключенному договору кредита. К этому ограничению 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). С учетом того, что возможность принуждения дарителя по консенсуальному договору дарения к передаче дара является крайне сомнительной (см. комментарий к ст. 308³ ГК РФ), в случае окончательного утверждения в российской судебной практике запрета на такое принуждение должен признаваться и запрет зачета этого требования заявителя зачета к дарителю к встречному требованию дарителя к одаряемому из иных правоотношений, если такой зачет заявляет одаряемый.

(з) В отличие от ряда зарубежных право порядков отечественное законодательство не предусматривает механизм автоматического зачета в силу закона. Само по себе наличие встречных однородных требований не приводит к их зачету (см. п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Необходимым и достаточным для зачета ст. 410 ГК РФ считает наличие соответствующего заявления одной из сторон (тот же подход см. ст. 8.3 Принципов УНИДРУА, ст. III.-6:105 Модельных правил европейского частного права). По своей правовой природе такое заявление является односторонней сделкой (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. Соответственно заявление о зачете порождает правовой эффект с момента его доставки адресату зачета (ст. 165¹ ГК РФ). Заявление, не доставленное адресату зачета, правовых последствий не влечет (см. п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65).

(и) Как и любая сделка, заявление о зачете требует соблюдения условий ее действительности, отсутствие которых может повлечь недействительность зачета, и как следствие аннулирование его право прекращающего 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). 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 от 23 июня 2015 г. № 25).

(к) Последствием одностороннего волеизъявления о зачете всегда должно являться окончательное и бесповоротное прекращение зачитываемых требований. Поэтому заявление о зачете не может быть сделано под условием, так как это навязывает адресату зачета правовую неопределенность (и необходимость прояснить факт наступления или ненаступления условия), на которую адресат зачета добровольно не соглашался. Например, вряд ли возможно совершить зачет до возникновения требования заявителя зачета к другой стороне под условием возникновения в будущем такого требования и наступления срока его исполнения. Это ограничение пока не закреплено в законе и не отражено в судебной практике, но имеются серьезные основания для его признания в российском праве.

Не предусматривается также возможность отказа от совершенного ранее зачета (см. п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65).

(л) 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 силе) заявления о зачете, согласно которой обязательства считаются прекращенными зачетом с момента наступления срока исполнения того обязательства, срок исполнения которого наступил позднее (п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Цель такого решения состояла прежде всего в том, чтобы уравнивать положения сторон в отношении санкций за просрочку. Например, допустим, что по одному из требований просрочка началась в 2013 г., а по встречному требований на ту же сумму — в 2014 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 2015 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.

Однако такой подход хотя и укоренился исторически во многих европейских правовых порядках, как представляется, 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. Сомнения идея ретроспективности вызывает и у авторов последних международных унификаций частного права, которые 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).

(м) 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, судебнo-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 и денежного требования для полного прекращения его зачетом в первую очередь должны считаться прекращенными издержки кредитора по получению исполнения, затем – проценты, а в оставшейся части – основная сумма долга (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Проценты годовые и неустойки погашаются зачетом в последнюю очередь, после погашения 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. 319¹ ГК РФ, действующей с 1 июня 2015 г. 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).

(н) Зачет по требованию, предъявленному в судебном порядке, должен осуществляться либо путем обычного уведомления о зачете и выдвижения в суде возражения о произошедшем зачете, заявленного ответчиком в ходе судебного разбирательства, либо путем подачи ответчиком встречного иска (ст. 138 ГПК РФ, ст. 132 АПК РФ). Выбор конкретной формы зачета должен принадлежать ответчику.

В то же время в судебнo-арбитражной практике на данный момент такая возможность ограничена. Суды исходят из того, что после подачи одной из сторон иска осуществление зачета в рассматриваемой ситуации по общим правилам ГК РФ (т.е. в форме одностороннего заявления) не допускается и возможно не иначе как в форме подачи встречного иска (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65; Определение КЭС ВС РФ от 9 июня 2015 г. № 307-ЭС15-795). Этот подход представляется не вполне обоснованным. Вопреки предложенной Президиумом ВАС РФ и поддержанной ВС РФ аргументации, из смысла ст. 132 АПК РФ 2002 г. (ст. 110 АПК 1995 г.) отнюдь не вытекает недопустимость зачета. Указанная процессуальная норма лишь определяет основания и порядок использования института встречного иска. 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? При возникновении 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.

Следует также подчеркнуть, что описанный выше ошибочный запрет зачета, осуществляемого не в форме подачи встречного иска, блокирует достаточно большое количество специальных случаев зачета, в частности п. 4 ст. 313, ст. 412, п. 4 ст. 954 ГК РФ, поскольку в указанных случаях ввиду отсутствия встречности засчитываемых требований встречный иск принципиально невозможен. Так, например, у должника в силу ст. 412 ГК РФ, казалось бы, есть право зачесть с определенными оговорками против цессионария свои требования к cedentu. Но стоит только цессионарию обратиться в суд с иском к должнику, как положение должника становится крайне проблематичным. Заявить встречный иск к цессионарию он не может, так как должником по встречному требованию является не цессионарий, а cedent. В таких условиях блокирование обычного общегражданского зачета после подачи иска по одному из требований лишает должника прав на зачет, что влечет нарушение базового принципа правового регулирования уступки прав – запрета на ухудшение положения должника.

(о) Допустим зачет 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 осуществляется судебным приставом-исполнителем по заявлению взыскателя или должника либо по собственной инициативе в порядке, предусмотренном ст. 88¹ Закона об исполнительном производстве.

В настоящее время судебная практика несколько уточнила эту позицию. Так, ВС РФ указал, что действующее законодательство не ограничивает право на зачет против требования кредитора, подтвержденного судебным решением, своего встречного требования, также подтвержденного судебным решением. Такой зачет может осуществляться посредством направления извещения о зачете по общим правилам ГК РФ о зачете встречных требований, если по выданным исполнительным листам не было возбуждено исполнительное производство (см. Определение КЭС ВС РФ от 15 июня 2015 г. № 307-ЭС15-1559). Как мы видим, по мнению Суда, если исполнительное производство уже возбуждено, то зачет производится исключительно приставом по правилам ст. 88¹ Закона об исполнительном производстве.

Иначе говоря, возможность обычного общегражданского зачета после возбуждения исполнительного производства хотя бы по одному из двух встречных требований сейчас в российском праве фактически заблокирована. Если в дело вступили судебные приставы, прекращение обязательств зачетом требует соблюдения особой процедуры.

В ситуации, когда одно из встречных требований подтверждено судебным решением, а другое – нет, ситуация в российском праве более сложная. Пока судебная практика исходит из невозможности такого зачета. В то же время, думается, что, как минимум, если судебное решение подтверждает требование заявителя зачета, а встречное требование адресата зачета решением суда не подтверждено, зачет все же было бы разумно допустить.

(п) Стороны могут предусмотреть в договоре правила прекращения встречных обязательств, отличные от предписаний ст. 410 ГК РФ. Эта возможность сама по себе

не противоречит закону и соответствует принципу свободы договора. Например, договор может предусматривать право одной из сторон заявить зачет и при отсутствии условия наступления срока исполнения по обязательству адресата зачета.

(р) 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). Такое соглашение (договорный зачет) может предусматривать прекращение неоднородных обязательств, — обязательств с ненаступившими сроками исполнения и т.п. (см. п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). Это связано с тем, что все указанные условия допустимости зачета 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.

То же можно сказать и об отличии обычного зачета, как он урегулирован в ГК РФ, и нередко встречающихся в обороте условий об автоматическом зачете взаимных требований сторон, которые могут у них возникать в рамках того или иного договора. Такие условия об «автоматическом зачете» признаются в судебной практике (см. Определение КЭС ВС РФ от 17 мая 2016 г. № 302-ЭС15-18996, 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. Соответственно к ним не применяются правила настоящей статьи (не требуется уведомление о зачете и т.п.).

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

(а) Для осуществления зачета, помимо наличия позитивных (см. ст. 410 ГК РФ и комментарий к ней), требуется также отсутствие негативных предпосылок (препятствий к зачету), перечень которых содержится в ст. 411 ГК РФ.

(б) Абзацы 2—4 ст. 411 ГК РФ объявляют незачетоспособными требования о возмещении вреда жизни или здоровью, о взыскании алиментов, о пожизненном содержании. Основным мотивом включения указанных требований в перечень ст. 411 ГК РФ является их целевой характер — направленность на наиболее полное

обеспечение имущественных и личных неимущественных прав и интересов соответствующих категорий граждан. Допустимость же зачета может сделать достижение указанных целей невозможным.

Поскольку соответствующая цель воплощает в себе некий публичный интерес, указанные требования не способны к зачету в принципе, независимо от того, лежит ли такое обязательство на заявителе зачета или на адресате зачета.

(в) Запрет, установленный абз. 5 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.

Вместе с тем, обеспечивая интересы должника, правило абз. 5 ст. 411 ГК РФ не препятствует осуществлению зачета требования с истекшим сроком давности 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, так как, если бы он не заявил зачет и адресат зачета обратился бы в суд, заявитель зачета мог бы воспользоваться своим правом заявить возражение о давности. Заявление же зачета эту неприятную для адресата зачета перспективу исключает.

Рассматриваемое правило 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). Кроме того, не имеет значения, заявлял ли должник о своем желании воспользоваться возражением о давности, или нет.

Подобный подход концептуально расходится с соответствующими предписаниями международных 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) 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.

(г) Перечень препятствий к зачету в ст. 411 ГК РФ является открытым, иные случаи недопустимости зачета могут быть установлены ГК РФ и другими законами. Так, Закон о банкротстве запрещает 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). 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).

(д) Недопустимость зачета требования может устанавливаться и соглашением сторон (абз. 6 ст. 411 ГК РФ). Такое соглашение может быть включено в текст договора, порождающего соответствующее обязательственное требование, 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 уже после заключения договора (см. п. 6 ст. 450¹ ГК РФ и комментарий к нему).

(е) Нарушение установленного в ст. 411 ГК РФ или ином законе запрета влечет ничтожность (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 должен являться и зачет в ситуации, когда он нарушает запреты и ограничения, установленные в договоре между сторонами.

(ж) Поскольку соглашение о зачете представляет собой самостоятельное основание прекращения соответствующих обязательств (подробнее см. комментарий к ст. 410 ГК РФ), положения ст. 411 ГК РФ напрямую к договорному зачету не применяются.

Это, однако, не означает, что препятствий к договорному зачету не существует вовсе. Поскольку запрет зачета требований о возмещении вреда жизни или здоровью, о взыскании алиментов, о пожизненном содержании обусловлен публичным интересом (см. ранее), такие требования не могут быть прекращены и посредством соглашения о зачете. Равным образом, установленный Законом о банкротстве запрет имеет целью охрану интересов третьих лиц (конкурсных кредиторов). Как следствие, после введения в отношении должника процедуры наблюдения (финансового оздоровления) прекращение его денежного требования посредством соглашения о зачете с одним из кредиторов в нарушение установленной очередности удовлетворения требований кредиторов также недопустимо.

Напротив, запрет зачета заданных требований предопределен необходимостью защиты интересов адресата зачета в условиях одностороннего характера классического зачета. В случае же заключения соглашения о зачете опасность ущемления прав одной из сторон отсутствует, а следовательно, нет препятствий к прекращению таким соглашением заданных требований.

Сказанное выше в полной мере распространяется и на соглашение сторон о так называемом автоматическом зачете взаимных требований, которое к институту зачета прямого отношения не имеет и под действие правил ст. 411 ГК РФ не подпадает (подробнее см. комментарий к ст. 410 ГК РФ).

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

(а) Правила ст. 412 ГК РФ основаны на принципе недопустимости ухудшения положения должника в результате уступки требования.

Необходимость защиты имущественных интересов должника вынуждает законодателя применительно к рассматриваемой ситуации отступить от общего условия встречности зачитываемых требований (см. ст. 410 ГК РФ и комментарий к ней).

(б) Изъятием из общего принципа встречности зачитываемых требований применительно к уступке является также ситуация, когда заявление о зачете сделано должником cedentu после уступки требования цессионарию, но *до получения должником уведомления* о такой уступке. Несмотря на то что cedent больше не является кредитором, необходимо обеспечить доверие должника к видимости принадлежности права изначальному кредитору до получения должником уведомления о цессии. Поскольку риск неблагоприятных последствий такого неуведомления лежит на цессионарии, на основании применения по аналогии п. 3 ст. 382 ГК РФ следует допустить такой зачет.

(в) В отличие от ситуации, указанной выше, ст. 412 ГК РФ регламентирует ситуацию зачета *после получения уведомления* об уступке *должником*, позволяя последнему зачесть против требования цессионария свое требование не к нему, а к cedentu.

(г) При этом законодатель стремится найти баланс между интересами должника и интересами цессионария. По этой причине абз. 2 ст. 412 ГК РФ ограничивает право должника на зачет лишь теми требованиями, срок исполнения по которым наступил к моменту получения уведомления об уступке, не был определен вовсе или был определен моментом востребования.

Это означает, во-первых, что требования должника должны возникнуть по основаниям, существовавшим до этого момента. При этом законодатель не ограничивает возможные основания таких требований, допуская предъявление к зачету не только требований, вытекающих из того же договора, что и требование cedenta, но и других договорных и внедоговорных требований (см. определения КЭС 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 наличия к моменту уступки или после совершения уступки и до получения должником уведомления об уступке обстоятельств, о существовании которых в момент уступки он объективно не знал и не должен был знать и возможность наступления которых после уступки

он предсказать не мог. Однако эта проблема решается в рамках взаимоотношений цессионария с цедентом с помощью применения ст. 390 ГК РФ об ответственности цедента. Подобное основание ответственности цедента специально подчеркивается в международных унификациях (см. ст. 9.1.15 Принципов УНИДРУА, III.-5:112 Модельных правил европейского частного права).

Во-вторых, способными для зачета являются только те существующие требования, срок исполнения которых наступил до момента получения уведомления либо не указан или определен моментом востребования. Данное ограничение порождает ряд вопросов.

Это ограничение в таком виде не учитывает возможность уступки права из обязательства, срок исполнения которого еще не наступил (несозревшего права). Данное ограничение позволяет недобросовестной стороне путем уступки своего требования до наступления срока исполнения по нему исключить возможный зачет, тем самым ухудшив положение должника. Это наглядно проявилось в одном из дел, рассмотренных ВС РФ (см. Определение КЭС ВС РФ от 18 сентября 2015 г. № 308-ЭС15-413), где, уступив требования об уплате цены за будущие поставки, поставщик, по сути, лишил покупателя возможности зачесть встречные требования об уплате премии за достижение установленного объема закупок, что было поддержано ВС РФ со ссылкой на буквальное понимание ст. 412 ГК РФ. В связи с этим применительно к уступке будущих требований, а также существующих требований до наступления срока их исполнения более удачным было бы ограничить возможные к зачету должником против цессионария требования не моментом уведомления об уступке, а созревaniem требования (т.е. наступления срока исполнения по уступленному требованию).

(д) Буквальное толкование предписаний абз. 2 ст. 412 ГК РФ приводит к выводу, что требования должника к цеденту, допустимые к зачету против нового кредитора, обязаны соответствовать обоим обозначенным выше критериям, независимо от характера таких требований. В то же время международные унификации предлагают дифференцированный подход (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 возникновения и его осведомленности об уступке. Прочие же требования к цеденту могут быть зачтены должником против цессионария при условии их существования к моменту уведомления должника об уступке требования. Такое решение минимизирует негативные последствия уступки в отношении должника: он не теряет право заявить зачет на основе возникновения в будущем встречных притязаний к своему непосредственному контрагенту в рамках длительных договорных отношений. Как представляется, этот подход является достаточно логичным. Блокирование зачета в такого рода случаях просто нарушало бы ту программу правоотношений, которую стороны имели в виду при заключении договора, и подрывало бы разумные ожидания должника в отношении возможности погашать свои возникающие из договора долги за счет зачета встречных требований к контрагенту (например, погашать свои возможные притязания по уплате поставщиком неустойки за просрочку в поставке посредством зачета этого требования к встречному требованию поставщика об уплате цены поставленного с просрочкой товара). С учетом того что

согласия должника на уступку не испрашивают, обратный подход просто бы грубо нарушал его права. При этом особенность именно этой ситуации состоит в том, что цессионарий, изучив договор цедента с должником, вполне может осознать риски, связанные с выявлением после уступки и уведомления должника о ней тех или иных встречных требований должника, основанных на договоре. Таким образом, логично ст. 412 ГК РФ толковать ограничительно и не применять правило о блокировании зачета в случаях, когда встречные требования были тесно взаимосвязаны и опирались на одно правовое основание (например, тот или иной долгосрочный договор). Это особенно актуально с учетом того, что российский закон в ст. 388 ГК РФ лишает должника возможности эффективно заблокировать уступку денежных требований, т.е. не позволяет должнику сохранить свое право на зачет в отношении своих встречных требований к изначальному кредитору, которые могут возникнуть в рамках того же договорного правоотношения, из которого вытекает и уступаемое право.

(е) 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.

(ж) 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 цедентом, по общим правилам ст. 410 ГК РФ.

(з) 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 правопреемникам.

(и) Помимо собственно уступки требования предписания ст. 412 ГК РФ полностью распространяются и на случаи перехода права кредитора к другому лицу на основании закона (ст. 387 ГК РФ). Они также применяются и при перемене кредитора в рамках регулируемого ст. 392³ ГК РФ института передачи договора (см. ст. 9.3.6 Принципов УНИДРУА).

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

(а) 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) делает бессмысленным существование субъективного права и корреспондирующей ему обязанности, а потому при наступлении подобных обстоятельств обязательство прекращается.

(б) 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.

Совпадение может чисто теоретически иметь место и в рамках сингулярного правопреемства. Так, обязательство прекращается в случае уступки кредитором своему должнику права требования к последнему.

В качестве основания конфузии может также выступать переход к должнику имущества, являющегося предметом обязательства. Так, переход до истечения срока аренды права собственности на арендуемую вещь 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.

(в) 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 международных унифицированных актах установлено, что совпадение кредитора и одного из солидарных должников в одном лице 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).

(г) Совпадение должника и кредитора приводит к прекращению обязательства, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений. Примером изъятия из общих правил является законодательство о ценных бумагах. Так, 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 индоссировать вексель. Таким образом, передача прав по ордерному векселю одному из должников по нему (в том числе векселедателю) не исключает возможности дальнейшего перехода прав по векселю другим лицам (см. п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 января 2002 г. № 67).

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. Положения ст. 413

ГК РФ в данном случае применению не подлежат (см. п. 45 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

(д) 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, при наследовании солидарному кредитору другим солидарным кредитором или солидарным должником другому солидарному должнику).

Равным образом не подпадает под действие ст. 413 ГК РФ и не приводит к прекращению обязательств совпадение 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). Вывод о продолжении существования в рассматриваемой ситуации обоих обязательств (основного и обеспечительного) крайне важен в ситуации, когда обязанность поручителя также, в свою очередь, обеспечена, например залогом. Данный подход позволяет сохранить все преимущества кредитора.

(е) 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 комментариев к ней), следует презюмировать именно последний вариант. 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).

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. 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 участники не порывают правовых связей друг с другом, так как на базе прекращенного возникает согласованное между ними новое обязательство.

Для того чтобы новация считалась состоявшейся, необходимо наличие ряда условий: (а) существование первоначального обязательства; (б) соглашение сторон о замене этого обязательства другим; (в) конкретизация нового обязательства; (г) намерение осуществить новацию; (д) допустимость замены первоначального обязательства новым.

1.1. Юридический эффект новации возможен лишь при *существовании и действительности* первоначального (новируемого) обязательства. Вместе с тем не требуется, чтобы новируемое обязательство подлежало судебной защите. Так, например, допустима новация задавненного обязательства.

Первоначальное обязательство может носить и внедоговорный характер. Так, не существует препятствий к новации обязательства из причинения вреда имуществу или из неосновательного обогащения.

Допускается автономная новация обязательства по уплате неустойки (процентов) (см. п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103).

Статья ст. 414 ГК РФ говорит о замене одного обязательства другим, что вовсе не означает возможности новации только одного обязательства. Нет препятствий к замене одним нескольких существующих обязательств (например, стороны могут новировать в одно заемное обязательство несколько существующих между ними долгов).

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.

1.2. Ничтожность первоначального обязательства автоматически влечет ничтожность новации и указанного в соглашении о новации нового обязательства.

Возможна новация обязательства, основанного на оспоримой сделке, поскольку до эффективного оспаривания такая сделка рассматривается как действительная.

Более того, в ряде случаев само заключение сторонами оспоримой сделки соглашения о новации, может рассматриваться как подтверждение такой сделки (см. п. 2 ст. 166 ГК РФ) и исключать в дальнейшем ее оспаривание. В то же время, если норма п. 2 ст. 166 ГК РФ по тем или иным причинам применена не будет и первоначальное обязательство будет признано недействительным, автоматически будет считаться недействительной и произошедшая новация. В последнем случае новация должна считаться ничтожной, так как это вытекает из существа законодательного регулирования конструкции новации (п. 74 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Недействительность новационного соглашения означает, что новация не состоялась, и стороны остались связанными первоначальным обязательством (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103).

1.3. *Существенными условиями* новационного соглашения являются: (а) указание на новлируемое обязательство, достаточное для его идентификации, (б) указание на то, что новлируемое обязательство прекращается посредством установления нового обязательства, а также (в) обозначение новлирующего обязательства (его предмета). При замене долга заемным обязательством по ст. 818 ГК РФ соглашение должно прямо указывать на заемную правовую природу новлирующего 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). 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). Соответственно, соглашение о новации договорного обязательства с точки зрения практики ВАС должно обозначать не только предмет новлирующего обязательства, но и существенные условия того договорного типа, в которой трансформируются отношения сторон в результате новации.

1.4. Вопрос о *форме* соглашения о новации является достаточно дискуссионным. Господствующим является мнение, согласно которому форма новации определяется исключительно по общим правилам гл. 9 о форме сделок и ст. 434 ГК РФ о форме договоров. В случаях же, когда новляется договорное обязательство, соглашение о новации должно подчиняться и требованиям о форме договора, породившего первоначальное обязательство (см. п. 1 ст. 452 ГК РФ).

Применительно к отдельным случаям новации закон прямо устанавливает специальные правила. 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.

1.5. В случае, когда новляется обязательство, возникшее из зарегистрированного договора, соответствующее новационное соглашение также подлежит государственной регистрации, так как по сути такое соглашение влечет изменение 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, а впоследствии недвижимость была продана добросовестному покупателю, не знавшему о такой новации, покупатель, который не увидел в ЕГРП запись о новации, 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.

1.6. На соглашение о новации распространяются правила об особом порядке совершения крупных сделок и сделок с заинтересованностью. Указанная специальная процедура заключения соглашения о новации должна применяться независимо от того, требовалось ли ее соблюдение для совершения сделки, породившей новирваемое обязательство.

1.7. 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 Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103).

Аналогичным образом решается вопрос о порядке совершения новации обязательства, являющегося предметом судебного разбирательства.

1.8. 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. При этом соответствующее положение ГК РФ не исключает возможности заключения новационного соглашения по модели договора в пользу третьего лица.

1.9. Новое обязательство может иметь иную правовую природу без изменения непосредственного предмета предоставления (например, новация денежного обязательства покупателя в заемное), относиться к иному договорному типу (например, новация обязательства по передаче имущества обязательством по оказанию услуг), отличаться от первоначального иным предметом (например, новация денежного обязательства обязательством по передаче иного предмета), размером (например, суммой долга), иными условиями (например, установлением платить проценты с долга, который ранее был беспроцентным) или способом исполнения.

Следует иметь в виду, что указанные отличия не являются обязательным атрибутом новации (в этом качестве выступает *animus novandi*, о котором см. ниже), а равно ее квалифицирующими признаками. Вполне допустима в теории и новация, при которой новое обязательство идентично первоначальному.

1.10. Необходимым условием новации является *animus novandi*, т.е. намерение сторон установлением нового обязательства прекратить первоначальное обязательство. 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, а не простое изменение договора или отдельного внедоговорного обязательства, то они должны это определенно выразить. Этот подход воспринят и отечественной правоприменительной практикой (см. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103).

Намерение совершить новацию должно либо прямо фиксироваться в соглашении сторон, либо недвусмысленно вытекать из его содержания. Так, заключение дополнительного соглашения, в котором принципиально меняется предмет исполнения (например, вместо уплаты денег – передача ценных бумаг), в большинстве случаев будет свидетельствовать именно о намерении обновить, а следовательно, такое соглашение будет оценено как новация.

При наличии спора относительно того, имела ли место новация, бремя доказывания *animus novandi* лежит на стороне, ссылающейся на это обстоятельство.

1.11. Новацию следует отличать от простого изменения отдельных условий обязательства (срока исполнения, порядка платежа, размера ответственности 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. Способы обеспечения, установленные первоначальным обязательством, 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 залогу, предоставленному третьим лицом). Единственным универсальным критерием для разграничения новации и изменения обязательства является *animus novandi*, а потому подлинное намерение сторон должно всякий раз выясняться путем толкования заключенного соглашения по правилам ст. 431 ГК РФ. При этом действует общий принцип «новация не предполагается» (см. ранее), 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).

1.12. *Animus novandi* должен рассматриваться в качестве критерия отграничения новации и от случаев установления нового обязательства между теми же сторонами без прекращения первоначального (например, заключения некоего иного договора; см. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103).

1.13. Возможность заключения соглашения о новации обусловлена принципом свободы договора. Ограничением такой свободы являются установленные законом случаи недопустимости новации (например, п. 9 ст. 142 Закона о банкротстве).

В силу п. 1 ст. 414 ГК РФ запрет новации может вытекать также из существа отношений. В частности, исключается новация обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью, а также алиментных обязательств. 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 требований о возмещении вреда жизни и здоровью и алиментных притязаний, а заменить этот конкретный перечень ограничений гибким критерием «существо отношений». Соответствующие обязательства по возмещению вреда жизни и здоровью, а также алиментные обязательства, будучи направленными на обеспечение особо значимых и имеющих значительную личную составляющую интересов граждан,

не могут быть новированы. Исходя из целей законодательного регулирования соответствующих обязательств возможность их прекращения способом иным, нежели исполнение, в том числе посредством новации, исключается. Кроме того, принятие противоположной позиции делает бессмысленным запрет зачета соответствующих требований (ст. 411 ГК РФ), создавая «легальный» способ обхода императивных норм законодательства (так, достаточно новировать алиментное обязательство в заемное, а затем погасить последнее зачетом встречного однородного требования).

1.14. 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).

1.15. Новацию следует отграничивать от конфузии – прекращения обязательств совпадением кредитора и должника в одном лице (см. ст. 413 ГК РФ и комментарий к ней).

2. Поскольку новация прекращает первоначальное обязательство, одновременно прекращаются и все акцессорные по отношению к нему обязательства.

Соответствующее правило п. 2 ст. 414 ГК РФ закреплено диспозитивной нормой. Стороны своим соглашением могут «сохранить прежние акцессорные обязательства».

В виду диспозитивности регулирования стороны новационного соглашения могут «сохранить» как все, так и лишь часть прежних акцессорных обязательств.

Возможность сторон предусмотреть «сохранение в силе» дополнительных обязательств касается только тех, которые существовали между ними. Соответственно, противоречит закону и является ничтожным условие соглашения о новации, которым предусмотрено сохранение связанных с первоначальным обязательством дополнительных обязательств залогодателя, не являющегося должником (см. п. 6 Информационного письма ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103). Равным образом, ничтожны положения новационного соглашения, предусматривающие «сохранение» поручительства, обеспечивавшего исполнение новлируемого обязательства.

2.1. Судебная практика руководствуется подходом, согласно которому, если иное не предусмотрено соглашением сторон, с момента заключения соглашения о новации обязанность уплатить за предшествовавший заключению указанного соглашения период неустойку (проценты, убытки), начисленную в связи с просрочкой исполнения должником первоначального обязательства, прекращается (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103). Подобный подход крайне сомнителен. Он игнорирует то обстоятельство, что обязательства по уплате неустойки (процентов, убытков) за совершенное правонарушение (неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства) являются самостоятельными и не выступают как составная часть первоначального (новлируемого) обязательства (это прямо признается в п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103). Таким образом, презумпция должна быть прямо противоположной. Если стороны желают прекратить обязательство по уплате начисленной неустойки (процентов, убытков), они должны так или иначе выразить это в соглашении о новации первоначального обязательства. В противном случае, обязательства по уплате таких штрафных санкций не прекращаются автоматически

в связи с новацией первоначального обязательства. Неустойка (проценты, убытки) подлежат взысканию за период с момента нарушения первоначального обязательства до момента его прекращения (новации).

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. Под *прощением долга* понимается освобождение кредитором должника от лежащей на нем обязанности.

1.1. По своей правовой природе прощение долга является распорядительной сделкой и не может (ни полностью, ни в части) рассматриваться как разновидность обязательственного договора дарения. Наиболее очевидно это при дарственном обещании, которое лишь порождает обязанность дарителя простить долг, но не прекращает соответствующее требование; его прекращение осуществляется в рамках самостоятельного волевого акта (прощения долга).

Основанием для прощения долга может выступать и возмездная сделка, например, при взаимном прощении долгов (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 19 декабря 2006 г. № 11659/06).

Прощение долга может быть реализацией консенсуального договора дарения или способом совершения реального договора дарения, только если судом будет установлено намерение кредитора освободить должника от обязанности по уплате долга в качестве дара (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104). Квалификация прощения долга в качестве реализации договора дарения возможна, если будет доказано, что кредитор в ответ на прощение долга не получает никакого встречного предоставления или иной выгоды, пусть и не связанной непосредственно с прощаемым долгом. Соответственно, там, где прощение долга было безвозмездным и не предполагало получение кредитором некоего встречного предоставления, применять к таким отношениям правила о договоре дарения нельзя, если кредитор получал некую имущественную выгоду в результате прощения долга (например, когда прощение части долга было обусловлено добровольным погашением должником другой части долга; когда прощение части долга или обязанности по уплате штрафных санкций было условием добровольного урегулирования спора в суде и влекло экономию судебных издержек кредитора; когда прощение долга было обусловлено заключением нового выгодного кредитором договора с должником и т.п.).

Если прощение долга имеет целью одарить должника, не предполагает получение кредитором какой-либо имущественной встречной выгоды и, соответственно,

квалифицируется в качестве реализации договора дарения, к таким отношениям подлежит применению запрет на дарение между коммерческими организациями, закрепленный в ст. 575 ГК РФ (п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104). Такой договор дарения и вытекающая из него распорядительная сделка прощения долга признаются ничтожными как противоречащие явно выраженному законодательному запрету (п. 75 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Представляется, что при возникновении подобных споров 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.

1.2. Предметом прощения долга может выступать, в принципе, любое обязательственное право (требование) как договорного, так и внедоговорного характера. Исключения составляют лишь требования, обладающие особым целевым назначением (о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, об уплате алиментов). По смыслу закона, они не могут прекратиться иным, нежели исполнение, способом.

Отсутствуют преграды для прекращения рассматриваемым способом притязания на уплату неустойки, процентов, убытков или иных дополнительных требований.

При делимости предмета обязательства возможно прощение части долга (прекращение части обязательства). С учетом презумпции п. 1 ст. 407 ГК РФ (см. комментарий к данной норме) направленность волеизъявления сторон на частичное прощение долга должно быть явно выражено.

1.3. 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). В то же время из требования достаточной конкретизации вряд ли стоит выводить запрет на возможность простить долги, размер которых кредитор достоверно неизвестен. Например, нередко кредитор направляет должнику, нарушившему договор, заявление об отказе от требований в отношении убытков или иных санкций в связи с допущенным нарушением, что может квалифицироваться именно как прощение долгов, вытекающих 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), а также может не быть уверен в соразмерности установленной в договоре неустойки, а следовательно, в точной сумме неустойки, которая ему причитается. Но все это не препятствует ему освободить должника от таких обязательств.

Также возможно тотальное прощение должнику всех существующих его долгов перед кредитором без конкретизации каждого из них.

1.4. Если кредитор прощает должнику долг, может возникнуть вопрос о судьбе начисленных по данному долгу неустоек, процентов годовых по ст. 395 или процентов 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. 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 можно 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. Впрочем, надо сказать, что практика ВАС РФ в отношении аналогичного вопроса, возникающего при погашении основного обязательства предоставлением отступного (п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102) и заключением соглашения о новации (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103), придерживается обратной интерпретации — презумпции погашения не только основного долга, но и всех связанных с ним вторичных обязательств.

1.5. Распорядительная сделка прощения долга может быть поставлена под отлагательное условие, если такое условие находится в сфере контроля должника или проверка наступления такого условия не вызывает никаких трудностей. 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.

В то же время ставить прощение долга под отлагательное условие, наступление которого не зависит от должника и не может быть им однозначно и легко определено, должно блокироваться, так как будет навязывать должнику правовую неопределенность, на принятие которой он не соглашался.

Также вряд ли возможно ставить прощение долга под отменительное условие. Подобное позволяло бы, по сути, «возобновление» ранее прекращенного обязательства, ставя под сомнение стабильность оборота и определенность правового положения его участников.

1.6. Нет никаких сомнений в том, что прощение долга может касаться как обязательств, срок исполнения которых наступил, так и обязательств, срок исполнения которых еще не наступил. Также нет препятствий к прощению долга по обязательству, поставленному под отлагательное условие (условного обязательства).

Куда более сложный вопрос возникает в отношении возможности простить будущий долг, т.е. долг, который еще не возник. Бесспорно, невозможно распорядиться тем, чего еще нет. Поэтому сделка прощения будущего долга, очевидно, не может повлечь непосредственного правопрекращающего эффекта в момент ее совершения. Однако это вовсе не исключает ситуации, когда сделка прощения долга совершена сейчас, но в силу прямо выраженной воли породит распорядительный эффект позже, а именно через логическую секунду после возникновения обязательства (т.е. эффект освобождения должника от долга будет поставлен под отлагательное условие его возникновения). Например, можно ли заранее простить долги, которые могут возникать у должника перед кредитором в будущем? Данный вопрос пока не имеет однозначного решения в российском праве.

1.6. О соотношении прощения долга и отказа от договорных прав см. комментарий к п. 6–7 ст. 450¹ ГК РФ.

2. 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.

На первый взгляд 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 транзакционных 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. Прежняя редакция ГК РФ, действовавшая до 1 июня 2015 г., этот вопрос не проясняла.

Наиболее разумным подходом было бы признание прощения долга соглашением, так как игнорировать волю должника в вопросе прощения долга было бы неверно. Соответственно, при таком подходе долг считался бы прощенным в момент достижения сторонами согласия по данному вопросу. 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. Иначе говоря, правопрекращающий правовой эффект возникает в силу одного лишь волеизъявления кредитора и с момента восприятия такого волеизъявления должником. Это недвусмысленно 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). С догматической точки зрения из буквы закона следует, что за счет одной односторонней сделки (возражения против прощения долга) с обратной силой отменяется правовой эффект другой (уведомления о прощении долга). Целесообразность столь сложного и странного подхода очень сомнительна.

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 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 как раз и устанавливает тот случай, когда молчание акцептанта (должника) признается его согласием с офертой. В то же время против такой интерпретации говорит то, что закон устанавливает, что кредитор направляет должнику не предложение о прощении долга, а уведомление и что 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 срока на акцепт, а никак не с момента доставки оферты (см. комментарий к ст. 438 ГК РФ).

Соответственно, в сложившихся 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. В обоих случаях речь идет о крайне необычных и по большому счету надуманных конструкциях.

2.1. Установленный в п. 2 ст. 415 ГК РФ механизм прощения долга не исключает использования сторонами иных способов его совершения, в том числе подписания сторонами полноценного двустороннего соглашения. Более того, последний вариант стоит признать куда более предпочтительным по сравнению с описанным в п. 2 ст. 415 ГК РФ способом простить долг.

2.2. Вопрос о форме прощения долга является непростым. Статья 415 ГК РФ не устанавливает правил относительно формы прощения долга. С одной стороны, это позволяет признать допустимым совершение прощения долга в любой форме, предусмотренной для совершения сделок (см. п. 1 ст. 159 ГК РФ). С другой – 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.

При этом в любом случае форма не является конститутивным элементом прощения долга и совершение сделки прощения долга устно не влечет ее недействительности. Даже если исходить из того, что ст. 415 ГК РФ говорит именно о письменной форме прощения долга, несоблюдение такой формы в силу ст. 161, 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 свидетельских показаний.

Как бы то ни было, 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. В спорных ситуациях квалификации тех или иных волеизъявлений кредитора вариант квалификации оных в качестве прощения долга не должен предполагаться. Воля на прощение долга должна быть выражена четко и недвусмысленно. Так, например, в ряде случаев встает вопрос о том, может ли выступать в качестве допустимой формы прощения долга расписка кредитора об отсутствии претензий, врученная им должнику. В комментарии к п. 1 настоящей статьи было отмечено, что в уведомлении о прощении долга должно быть с достаточной степенью определенности указан прощаемый долг. Соответственно, если подобная расписка не оставляет сомнений в том, что кредитор имел в виду именно прощение долга, а также в том, какие долги имел в виду кредитор, 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.

2.4. Так как прощение долга предполагает явно и недвусмысленно выраженное волеизъявление кредитора прекратить обязательство, не являются прощением долга и не влекут соответствующего правопрекращающего эффекта сами по себе непредъявление кредитором требования об исполнении обязательства или принятие кредитором лишь части долга.

Равным образом отказ от иска хотя и блокирует возможность подачи нового иска по тем же основаниям, сам по себе не свидетельствует о прощении долга, но в конкретных ситуациях может выступать формой реализации такого прощения (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).

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. Статья 416 ГК РФ вводит законодательное регулирование классического основания прекращения обязательства – невозможность исполнения. Статья 417 ГК РФ развивает эти положения применительно к специфике одного из видов невозможности – юридической невозможности исполнения. Несмотря на то, что данный институт носит, казалось бы, традиционный характер, его регулирование в российском праве крайне противоречиво и неудачно, доктринальные воззрения по большинству практических вопросов не сложились и в целом в российском праве в данной области царит хаос.

1.1. По смыслу п. 1 ст. 416 ГК РФ наступление невозможности исполнения прекращает обязательство автоматически, т.е. в силу самого факта возникновения соответствующего препятствия. При этом с учетом того, что юридической невозможности исполнения посвящена ст. 417 ГК РФ, следует прийти к выводу, что ст. 416 ГК РФ вводит общий режим невозможности исполнения, а ст. 417 ГК РФ предусматривает особенности регулирования юридической невозможности. Под юридической невозможностью понимается ситуация, когда физически исполнить обязательство можно, но это будет противоречить закону. Под фактической же невозможностью понимается ситуация, когда обязательство невозможно исполнить чисто физически.

По мысли законодателя наступление невозможности исполнения в договорных отношениях само по себе прекращает договорное обязательство (т.е. влечет правопрекращающий эффект автоматически), а не является основанием для последующего отказа от договора.

1.2. Пункт 1 ст. 416 ГК РФ, к сожалению, достаточно лаконичен и не проясняет, каким дополнительным условиям должна соответствовать та невозможность, которая будет согласно данной статье прекращать обязательство. Так что здесь требуется толкование.

Невозможность исполнения бывает объективной и субъективной. При объективной невозможности исполнить обязательство 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. При субъективной невозможности препятствие мешает исполнить обязательство только должнику, но при этом возможность возложить исполнение на третье лицо не заблокирована законом или договором. По смыслу нормы обязательство прекращается наступлением лишь объективной невозможности исполнения. Если в силу возникшего препятствия должник не может исполнить обязательство лично, но у него есть легальная возможность возложить исполнение на третье лицо по правилам ст. 313 ГК РФ, говорить о прекращении обязательства нельзя.

1.3. Невозможность исполнения бывает также временной и перманентной. При временной невозможности речь идет о возникновении неких временных препятствий, которые с той или иной степенью вероятности в будущем могут отпасть (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 абсолютный и окончательный характер, а шанс на отпадение препятствия в будущем отсутствует (например, гибель подлежащей передаче покупателю индивидуально-определенной вещи). В принципе к категории перманентной невозможности допустимо отнесение и тех случаев, когда препятствие хотя и может в отдаленном будущем отпасть, но гарантировано не может отпасть ранее истечения срока существования обязательства. Иначе говоря, препятствие может носить перманентный характер для целей конкретного договора. Например, если после ДТП танцор надолго попал в больницу и гарантированно не сможет выступить в согласованную дату в балетной постановке, но наверняка поправится в какой-то более отдаленной перспективе, для целей договора на участие в данной конкретной постановке можно говорить о перманентной невозможности.

По смыслу п. 1 ст. 416 ГК РФ обязательство автоматически прекращается только тогда, когда возникает перманентная невозможность.

Если невозможность носит сугубо временный характер, обязательство прекращаться не может, так как есть вероятность того, что препятствие отпадет к моменту наступления срока исполнения или в скором времени после наступления такого срока (например, украденная вещь будет найдена, а остановленное судоходство — возобновлено). Вместо этого договор может быть расторгнут кредитором, если 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 вправе также отказаться от договора по правилам расторжения договора при предвидимом нарушении (п. 2 ст. 328 ГК РФ).

Соответственно, до тех пор, пока договор кредитором не расторгнут, обязательство должника сохраняется. Такая выжидательная позиция кредитора может быть связана с тем, что он рассчитывает на отпадение временного препятствия в ближайшей перспективе. При этом следует только иметь в виду, что в течение всего этого периода возникающие у кредитора убытки в связи с просрочкой не подлежат покрытию, а неустойка за просрочку не подлежит уплате, если должник не отвечает за возникновение данного препятствия по правилам ст. 401 ГК РФ. В обратном случае должник несет ответственность за просрочку.

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 указывается 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. При этом должник не отвечает перед кредитором за убытки, причиненные просрочкой исполнения обязательств вследствие наступления обстоятельств непреодолимой силы (пункт 3 статьи 401, пункт 2 статьи 405 ГК РФ)». 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. Аналогичный подход должен применяться и в иных случаях временной невозможности.

Для реализации указанного подхода достаточно толковать норму ст. 416 ГК РФ ограниченно (телеологическая редукция) и применять ее лишь к случаям перманентной невозможности, но не к случаям возникновения неких временных препятствий.

1.4. Может ли отказаться от договора при возникновении временной невозможности исполнения должник? По этому вопросу в законе имеется пробел, который невозможно восполнить аналогией закона. Руководствуясь принципами справедливости, разумности и добросовестности, при помощи которых ст. 6 ГК РФ предписывает восполнение таких пробелов в законе, следует прийти к выводу, что должник также может отказаться от договора как минимум, если он не отвечает за возникновение временного препятствия и при этом само препятствие сохраняется в течение достаточно продолжительного срока. 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 был бы должен сохранять готовность немедленно приступить к исполнению, как только препятствие соизволит отпасть.

Но что если должник отвечает за возникновение невозможности? Разумно ли лишать его права на отказ от договора в такой ситуации? Представляется, что да. В то же время поведение кредитора, который, зная о невозможности исполнения и осознавая невысокую вероятность отпадения препятствия в ближайшей перспективе, вместо расторжения договора выжидает и начисляет пени за просрочку в течение многих месяцев и предъявляет ко взысканию 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 по правилам ст. 404 ГК РФ.

1.5. Подытожим вышесказанное. В силу ст. 416 ГК РФ обязательство прекращается автоматически, если возникает фактическая, объективная и перманентная невозможность исполнения (например, при гибели индивидуально-определенной вещи, являющейся объектом отчуждения).

1.6. В силу прямого указания в п. 1 ст. 416 ГК РФ обязательство прекращается, только если препятствие проявилось после возникновения обязательства (после-

дующая невозможность). Этот критерий появился в ГК РФ с 1 июня 2015 г. и имеет целью подчеркнуть, что изначальная невозможность исполнения (т.е. невозможность исполнения, имеющая место на момент заключения договора) не прекращает обязательство, что на первый взгляд вполне логично, так как прекращаться может то, что уже возникло.

В то же время тут возникает множество вопросов в отношении: (а) судьбы самого обязательства при изначальной невозможности и (б) ответственности должника.

Акты международной унификации договорного права отвечают на первый 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).

Как же следует подходить к ответам на эти вопросы в контексте российского права?

Представляется логичным отвечать на них следующим образом, разграничив несколько ситуаций.

(а) Если изначальная невозможность носила лишь временный характер, т.е. имеется даже теоретическая возможность отпадения в будущем соответствующего препятствия, обязательство должно считаться возникшим и будет существовать до момента, когда либо препятствие отпадет и обязательство будет исполнено, либо когда договор будет расторгнут в связи с просрочкой. Соответственно, стороны могут заключить договор, содержащий обязательства, которые невозможно исполнить немедленно в момент заключения, рассчитывая на то, что возможность исполнения откроется в будущем. В частности, в силу прямого указания в законе стороны могут заключить договор на продажу 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 невозможность исполнения сохраняется, должник будет нести ответственность за нарушение договора.

Но тут следует сделать следующую оговорку. Если будет установлено, что стороны при заключении договора не имели цели осуществить исполнение и не рассчитывали на возникновение в будущем возможности исполнить обязательство, такая сделка должна признаваться мнимой и ничтожной (п. 1 ст. 170 ГК РФ).

(б) Если изначальная невозможность носит перманентный характер, возникает серьезное сомнение в логичности существования обязательства. В принципе, вопросы о судьбе обязательств и ответственности могут, видимо, решаться в зависимости от знания сторон о такой невозможности.

Если о перманентной невозможности знали оба контрагента, такой договор должен считаться мнимым и ничтожным. Так, например, договор, в котором закрепляется обещание совершить действие, объективно и принципиально невозможное (например, подпрыгнуть до Луны), является со всей очевидностью мнимой сделкой, а обязательства из такой ничтожной сделки просто не возникают. Соответственно, не будет и никакой ответственности.

Но что если кредитор не знал и не мог 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?

Такая ситуация, в частности, возникает тогда, когда предметом обязательства является отчуждение индивидуально-определенной вещи, которая к моменту заключения договора погибла, о чем покупатель не знает. С точки зрения политики права разумно исходить из того, что добросовестный кредитор (в нашем примере – покупатель) должен иметь право на иск о возмещении убытков. Тут следует определиться с режимом этой ответственности. Возмещение убытков в такой ситуации может в контексте нашего ГК РФ строиться либо а) по правилам ст. 178, 179 ГК РФ, либо б) по правилам об ответственности за недобросовестное ведение переговоров (ст. 434¹ ГК РФ), либо в) на основании нарушения обязательства (ст. 393 ГК РФ).

а) Первый вариант исходит из того, что согласно п. 6 ст. 178 ГК РФ сторона, эффективно оспорившая договор как заключенный в результате заблуждения, вправе требовать возмещения своих убытков. И того же в силу п. 4 ст. 179 ГК РФ вправе требовать сторона, эффективно оспорившая договор, заключенный в результате обмана. Нам представляется этот первый сценарий не вполне адекватным в силу того, что он требует предъявления иска об оспаривании сделки и сопряжен с риском пропустить короткий годичный срок давности. Кроме того, объем возмещения убытков при признании сделки недействительной традиционно ограничивается так называемым негативным интересом: взыскание убытков ставит жертву в то положение, как если бы она данный договор не заключила. В нашем же случае оправданно взыскание убытков по модели защиты позитивного интереса, т.е. взыскания такой суммы, которая поставит жертву в то положение, в котором она находилась бы, будь договор надлежащим образом исполнен. Возмещение позитивного интереса есть неотъемлемый элемент ответственности за нарушение обязательства, на что прямо указано в новой редакции п. 2 ст. 393 ГК РФ.

б) По тем же причинам недостаточности объема ответственности, видимо, стоит отвергнуть и второй вариант квалификации такого иска об убытках по правилам ст. 434¹ ГК РФ об ответственности за недобросовестное ведение переговоров. Согласно смыслу п. 3 ст. 434¹ ГК РФ в качестве убытков за недобросовестность на стадии переговоров взыскиваются лишь расходы на проведение переговоров или иные убытки, защищающие негативный интерес (см. комментарий к ст. 434¹ ГК РФ), что явно не соответствует сути той ответственности, которую должен нести должник в описанной нами ситуации.

в) Соответственно, более логичным считаем применение к должнику, в отношении исполнения которого уже на момент заключения договора имелась объективная перманентная невозможность исполнения, о которой должник знал, но о которой не был осведомлен кредитор, именно ответственности за нарушение обязательства (ст. 393 ГК РФ). Это, в свою очередь, требует предположения, что обязательство сделать объективно и перманентно невозможное все-таки возникает. Вероятно, можно предположить, что на следующую логическую секунду после своего возникновения оно прекращается, и вместо него возникает обязательство возместить договорные убытки (если таковые имеют место). При этом было бы, видимо, разумно исходить из того, что если это обязательство было основным обязательством по договору, то фактически прекращается через ту же логическую секунду после его возникновения и сам договор. Но в целом данный вопрос догматического обоснования вывода об оправданности применения к описанной ситуации правил о договорной ответст-

венности (ст. 393 ГК РФ) с одновременным признанием отсутствия существования самого обязательства (а в некоторых случаях и договора в целом на следующий же день после его заключения) требует дополнительного анализа. Предложенный выше вариант с прекращением обязательства через логическую секунду после его возникновения и переходом отношений сторон в охранительную стадию ответственности является очевидной юридической фикцией.

Если при этом о перманентной изначальной невозможности не знала ни одна из сторон, возникает достаточно сложная ситуация. Представляется, что в такой ситуации решение должно быть аналогичным тому, которое имеет место при наличии недобросовестного должника и было описано выше. Иначе говоря, от добросовестности должника решение не должно меняться. Такой должник должен нести договорную ответственность, а само обязательство должно считаться прекратившимся через логическую секунду после его возникновения. В то же время не исключено в такой ситуации и оспаривание договора по правилам о заблуждении (ст. 178 ГК РФ).

Наконец, последняя 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 известных ему обстоятельствах о перманентной невозможности того, что обещает сделать должник, при заключении договора и тем самым нарушив требование добросовестности при установлении обязательства по п. 3 ст. 307 ГК РФ. При этом сам договор в такой ситуации однозначно может быть оспорен должником по правилам об ошибке (ст. 178 ГК РФ) или обмане умолчанием (ст. 179 ГК РФ). Также можно обсуждать и такой вариант, при котором данный договор будет считаться ничтожным по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ (или даже ст. 169 ГК РФ). Последний вариант, видимо, более справедлив и целесообразен, так как исключает необходимость для должника судиться для констатации недействительности.

В целом, как мы видим, следует склониться к такому решению, при котором при изначальной перманентной невозможности исполнения обязательство просто либо не возникает (так как имеет место ничтожная сделка в силу своей мнимости либо в силу того, что кредитор нарушил правила добросовестности при установлении обязательства), либо возникает лишь для догматического обоснования договорного иска о возмещении убытков за нарушение обязательства и тут же прекращается (если кредитор был добросовестен и не знал о невозможности).

1.7. При этом следует также учитывать, что в ст. 416 ГК РФ речь идет именно о невозможности, а не о затруднительности исполнения. Если у должника возникли фактические затруднения в исполнении (например, арест строительной техники лишает подрядчика реальной возможности выполнить свои обязательства по договору строительного подряда), обязательство не прекращается автоматически. Но при этом надо иметь в виду, что при возникновении ситуации крайней затруднительности иск об исполнении обязательства в натуре должен судом отклоняться, если кредитор может относительно легко найти должнику замену (см. комментарий к ст. 308³ ГК РФ). Кроме того, в ряде случаев поведение кредитора, уклоняющегося от расторжения договора в такой ситуации и заключения заменяющей сделки и тем

самым допускающего увеличение своих убытков или нарастание пени в связи с просрочкой, может быть признано недобросовестным и нерациональным непринятием мер к минимизации негативных последствий нарушения, что повлечет снижение ответственности по правилам ст. 404 ГК РФ при попытке взыскания таких мер ответственности за просрочку по суду. Соответственно, кредитору, осознающему это, во многих случаях нет особой нужды упорствовать и не соглашаться на предложение должника расторгнуть договор с условием о выплате за расторжение договора компенсации, покрывающей его убытки.

Также следует отметить, что если в связи с возникновением неких обстоятельств для должника исполнение становится крайне убыточным, у него есть возможность обратиться в суд с иском о расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК РФ). Ни о каком прекращении обязательства по ст. 416 ГК РФ речи здесь быть не может.

1.8. Пункт 1 ст. 416¹ ГК РФ вводит еще одно условие, соблюдение которого требуется для того, чтобы обязательство прекращалось невозможностью исполнения. Требуется, чтобы само препятствие возникло не по вине одной из сторон. Данное положение нуждается в телеологическом толковании.

Очевидно, что само обязательство осуществить некое исполнение в натуре прекращается при наступлении последующей, объективной и перманентной невозможности независимо от того, по чьей вине возникла такая невозможность. Даже если индивидуально-определенная вещь, подлежащая передаче кредитору, погибла по вине должника, она тем не менее погибла и произошедшего уже не исправить. Соответственно, обязательство должника передать данную вещь в таком случае прекращается, вместо него возникает обязательство покрыть убытки кредитора. Если таких убытков вовсе нет, значит, обязательство прекращается, и вместо него никакого нового обязательственного отношения по покрытию убытков не возникает.

Что же касается тех редких ситуаций, когда невозможность исполнения возникла по вине кредитора, тут действует такая же логика: обязательство осуществить исполнение в натуре само по себе прекращается, но у кредитора возникает обязательство покрыть убытки должника, связанные со срывом договора.

При этом если ни должник, ни кредитор не отвечают за возникновение препятствия по правилам ст. 401 ГК РФ (отсутствует вина должника, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, или невозможность исполнения возникла для должника, осуществляющего предпринимательскую деятельность, по причине непреодолимой силы, и при этом за наступление невозможности не отвечает и кредитор), обязательство прекращается, и никто никому не обязан возмещать убытки.

Следует также заметить, что, несмотря на то, что по общему правилу должник не обязан возмещать кредитору убытки, вызванные прекращением обязательства в силу невозможности исполнения, за которую должник не отвечает, ничто не препятствует сторонам, соответствующим требованиям к субъектному составу соглашения о возмещении потерь (ст. 406¹ ГК РФ), отступить от этого правила и согласовать для таких случаев обязательство возмещения потерь кредитора.

1.9. В силу п. 1 ст. 405 ГК РФ если невозможность исполнения возникла после того, как должник впал в просрочку, должник будет отвечать перед кредитором

даже в случае, если он не отвечает за возникновение невозможности исполнения. Это правило следует всячески поддержать.

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 (см. подробнее комментарий к ст. 406 ГК РФ).

1.10. 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).

В случае если такое уведомление не представлено, должник отвечает перед кредитором за возникшие у того убытки, связанные с запоздалым получением информации о прекращении обязательства. Обязанность по уведомлению отпадает только тогда, когда для должника очевидно, что кредитор уже знает или должен знать о наступлении невозможности исполнения.

1.11. В ст. 416 ГК РФ опять же не обозначено, но вытекает из самой природы синаллагматических двусторонних договоров, что при прекращении одного из двух взаимных обязательств невозможностью исполнения встречное обязательство также прекращается. Иное решение приводило бы к превращению договора из синаллагматического двустороннего в односторонний, что, очевидно, не соответствует воле сторон договора.

Если встречное исполнение было уже произведено, оно подлежит возврату (видимо, по правилам о неосновательном обогащении) с целью выравнивания имущественного положения сторон.

Соответственно, если речь идет о прекращении невозможностью исполнения основного обязательства по двустороннему синаллагматическому договору, следует говорить о полном прекращении договора (фактически о его автоматическом расторжении).

2. Пункт 2 ст. 416 ГК РФ предусматривает достаточно экзотическую норму. Если в возникновении невозможности исполнения виноват кредитор, он лишается права требовать возврата того, что сам предоставил должнику в обмен на прекращенное обязательство. При этом из п. 3 ст. 1 и ст. 10 ГК РФ вытекает, что такая санкция должна быть в общем и целом соразмерна тяжести вины кредитора. Кредитор не вправе требовать возврата той части своего предоставления, которая соответствует убыткам должника от прекращения договора. Соответственно, если размер предоставленного таким кредитором должнику исполнения значительно выше убытков, которые возникают у должника в связи с прекращением договора и должны быть покрыты кредитором, то кредитор вправе рассчитывать на возвращение хотя бы части предоставленного. Иное толкование приводило бы должника к неосновательному обогащению и превращало бы это правило в крайне странную карательную санкцию, не свойственную гражданскому праву.

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 неправомерными 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. Статья 417 ГК РФ посвящена прекращению обязательства в связи с возникновением юридической невозможности исполнения. Под юридической невозможностью следует понимать ситуацию, когда в силу издания органом государственной или муниципальной власти актов совершение должником действий по исполнению своих договорных обязательств оказывается неправомерным.

По своей сути юридическая невозможность исполнения, как правило, носит временный характер, так как нельзя исключить того, что в будущем соответствующий акт будет признан недействительным или просто отменен и возможность исполнить обязательство снова откроется. А как было отмечено в комментарии к ст. 416 ГК РФ, временная невозможность исполнения не должна прекращать обязательство; вместо этого договор в таких случаях должен прекращаться посредством института расторжения по инициативе сторон. Возникающее противоречие устраняется, если вспомнить про то, что ст. 417 ГК РФ является специальной нормой по отношению к ст. 416 ГК РФ, а проблема отпадения препятствия решается ею в отношении юридической невозможности посредством института возобновления обязательства с обратной силой (п. 3 ст. 417 ГК РФ). Это решение не является в полной мере логичным. Более разумно было бы исходить из того, что при возникновении юридической невозможности исполнения обязательство не прекращается автоматически, но договор может быть расторгнут сторонами, если одна из сторон решит больше не ждать отпадения такого препятствия (т.е. синхронизировать подходы к фактической и юридической невозможности). Тем не менее в рамках действующей редакции ст. 417 ГК РФ мы, к сожалению, имеем иное решение.

1.1. Согласно п. 1 ст. 417 ГК РФ в случае, если издание органами государственной или муниципальной власти акта делает обязательство невозможным к исполнению лишь частично, обязательство должника прекращается в соответствующей части. При этом очевидно, что каждая из сторон должна получить право на отказ

от договора в целом, если уменьшение объема обязательств должника существенно меняет предмет договора и лишает стороны интереса в его исполнении.

1.2. 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.

1.3. К случаям юридической невозможности исполнения подлежит применению ряд положений, который был выведен из буквального текста или толкования ст. 416 ГК РФ, являющейся общей нормой о невозможности исполнения.

Так, прекращение обязательства должника в силу юридической невозможности влечет синхронное прекращение и встречного обязательства, а также в случае, если встречное обязательство было исполнено, дает право на истребование осуществленного предоставления по правилам о неосновательном обогащении.

В отношении юридической невозможности подлежит применению выведенное из общего принципа добросовестности правило о необходимости направления должником в адрес кредитора извещения о выявленном препятствии. Например, если в отношении должника введен судебный запрет на совершение действий, входящих в предмет обязательства, то должник должен немедленно уведомить об этом кредитора. Такая обязанность исключается только в тех случаях, когда должнику очевидно, что соответствующая информация о возникшем препятствии доступна и кредитору (например, о введении эмбарго).

1.4. Юридическая невозможность прекращает обязательство, только если соответствующий акт издан после заключения договора и невозможность носит последующий характер. Если юридическая невозможность присутствует на момент заключения договора, возможно одно из двух решений. Если судом установлено, что воля сторон была направлена на совершение того, что юридически запрещено, то речь должна идти о недействительности договора по правилам ст. 168 ГК РФ. Если же из договора следует, что стороны имели в виду исполнение обязательств только после того, как отпадет соответствующее юридическое препятствие (т.е. поставили исполнение обязательства под отлагательное условие изменения правовых предписаний), то договор признаваться недействительным не должен. Состояние же «вечной подвешенности» в такой ситуации должно устраняться за счет принципов, выведенных в рамках комментария к ст. 327¹ ГК РФ.

1.5. Статья 417 ГК РФ должна применяться и тогда, когда юридическая невозможность возникает в связи с изданием обязательных к исполнению соответствующим контрагентом актов органов власти иностранного государства (или тех или иных наднациональных объединений наподобие ООН, Европейского союза или Евразийского экономического союза). Например, введение зарубежным государством, в котором располагается контрагент российской компании, экспортных (или импортных) запретов и ограничений, делающих юридически невозможным для этого контрагента исполнение данного договора по законодательству своей страны, должно подпадать под действие ст. 417 ГК РФ.

В то же время если введение органами власти зарубежного государства (или наднационального объединения) соответствующих запретов не является обязательным для одного из контрагентов, нельзя говорить и о юридической 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 в отношениях по внешнеэкономической сделке между зарубежной и российской компаниями. Но введение данных ограничений не может являться основанием для прекращения обязательств по договору, заключенному между данной подпадавшей под санкции российской компанией 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 зарубежной корпорации, не означают, что санкции напрямую распространяются на российское дочернее предприятие иностранной корпорации и возникают основания для применения ст. 417 ГК РФ.

1.6. 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.

1.7. 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, перекрытие не самого удачного содержания ст. 417 ГК РФ по воле сторон является даже желательным. Сторонам, в частности, целесообразно договариваться о том, что введение эмбарго, судебных запретов и иных препятствий юридического характера не прекращает само по себе обязательство должника, а договор в такой ситуации расторгается посредством

одностороннего отказа кредитора, а в случае, если за возникновение препятствия должник не отвечает, — то и отказа должника.

2. 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. В такой ситуации до тех пор, пока сохраняется такая юридическая невозможность, иск кредитора об исполнении обязательства в натуре будет отклонен в силу того, что суд не может присудить к совершению неправомерных действий (см. комментарий к ст. 308³ ГК РФ). Но кредитор, не заявляя иска об исполнении в натуре, может ожидать восстановления возможности исполнения в тот период времени, который сочтет нужным. Впоследствии, потеряв интерес к договору или веру в скорое отпадение юридического препятствия, он вправе отказаться от договора в связи с существенной просрочкой (если невозможность исполнения таковую спровоцировала) или по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ отказаться в связи с предвидимым нарушением. В то же время в ряде случаев суд будет вправе отказать кредитору во взыскании убытков и начисленной неустойки в целом или в части по правилам ст. 404 ГК РФ за период ожидания, если посчитает, что кредитор, нерационально занимая такую выжидательную позицию, не отказываясь от договора и не заключая заменяющую сделку в условиях крайне низкой вероятности отпадения юридического препятствия, не принимал разумные меры к минимизации своих убытков.

Следует также обратить внимание на то, что в случае, если основанием для возникновения юридической невозможности исполнения стал отзыв у должника лицензии, на право кредитора отказаться от договора прямо указывает также и п. 3 ст. 450¹ ГК РФ.

3. Норма п. 3 ст. 417 ГК РФ крайне важна, так как она решает проблему, возникающую в связи с тем, что любая юридическая невозможность носит по определению лишь временный характер и может рано или поздно отпасть. Если закон вводит лицензирование соответствующего вида деятельности, либо у должника истекает срок лицензии, либо вводится эмбарго на поставку той или иной продукции, либо вводятся санитарные или иные ограничения на экспорт или импорт, либо суд накладывает судебный запрет на совершение действий по отчуждению того или иного актива, то позже или раньше такое препятствие может исчезнуть. После введения лицензирования ранее нелицензируемой деятельности или окончания срока лицензии должник может оформить лицензию, введенные эмбарго часто отменяются по прошествии некоторого времени или изменения политических обстоятельств, санитарные запреты на импорт отменяются после соблюдения экспортерами соответствующих предписаний государственных органов, а судебные запреты снимаются по окончании судебных разбирательств. Бесповоротное прекращение обязательств в таких ситуациях было бы крайне неадекватным и подрывало бы стабильность договорной связи. Достаточно представить себе положение сторон внешнеторгового контракта, когда государственные власти вводят тот или иной санитарный запрет на импорт мясной продукции, а потом через две недели отменяют его в связи с соблюдением страной экспортера предъявленных условий возобновления поставок.

Неужели такой договор будет бесповоротно прекращаться в первый же день запрета, и оперативная его отмена ситуацию не спасет?

Как уже отмечалось, оптимальным решением этой проблемы был бы вовсе отказ от идеи о прекращении обязательств при возникновении юридической, а значит, как правило, по определению временной невозможности. Но законодатель решил по-иному и прибегнул к следующему решению. Если соответствующий акт государственных или муниципальных властей впоследствии отменяется или признается недействительным, обязательство не считается прекращенным (т.е. возобновляется с обратной силой) при условии, что кредитор в разумный срок не отказался от договора.

3.1. Указание на разумный срок логично понимать так: кредитор вправе сделать это не позднее истечения разумного срока после отпадения юридической невозможности. При этом логично исходить из того, что кредитор вправе отказаться от договора в любой момент в период после возникновения юридической невозможности и до ее отпадения под условием будущего отпадения такой невозможности (т.е. поставить свой отказ под условие того, что в будущем юридическая невозможность отпадет). Если же кредитор не воспользовался такой возможностью превентивного отказа до отпадения препятствия, он вправе отказаться от договора в течение разумного срока после отпадения препятствия.

Соответственно, после возникновения юридической невозможности кредитор должен принять решение. Если он будет бездействовать, то рано или поздно препятствие может отпасть, и тогда обязательство, а вслед за ним и весь договор в целом возобновятся и при этом возобновятся с обратной силой, вследствие чего кредитору придется принимать исполнение от должника. Если же кредитор не желает столкнуться с такой перспективой, он вправе отказаться от договора и прекратить неопределенность. В последнем случае отпадение препятствия в будущем уже не возобновит обязательство.

3.2. В принципе, закрепленное в п. 3 ст. 417 ГК РФ решение нельзя признать удачным, так как оно оставляет множество сложнейших вопросов. Например, вправе ли кредитор, не воспользовавшийся правом на отказ от договора, требовать возврата своего осуществленного встречного исполнения? Из буквального толкования закона вытекает положительный ответ, ведь прекращение обязательства должника лишает последнего оснований для удержания полученного от кредитора. Но тогда какова судьба этого возвращенного кредитору предоставления, если впоследствии (возможно, очень нескоро) препятствие отпадет и обязательство должника возобновится. Получается, что возобновится и весь договор, включая встречное обязательство кредитора, и он снова должен будет осуществить свое предоставление.

Другой вопрос: что происходит с обеспечениями, если ранее прекращенное обязательство впоследствии удивительным образом воскресает по правилам комментируемой нормы? Воскреснут ли прекратившиеся вместе с обеспечиваемым обязательством залог третьего лица или поручительство, если впоследствии обеспечиваемое обязательство восстановилось? Видимо, без согласия соответствующих обеспечителей такое восстановление прекращенных обеспечений невозможно. Нелогичность такой ситуации — еще один аргумент в пользу того, что сама идея прекращения-восстановления неудачна, и куда разумнее было бы просто отказаться от самой идеи автоматического прекращения при юридической временной невозможности.

В этом контексте важное значение приобретает тот факт, что норма п. 3 ст. 417 ГК РФ является диспозитивной (в силу прямого в ней указания), и стороны вправе оговорить иные последствия отпадения юридической невозможности. Как уже отмечалось, избежать этих проблем применения п. 3 ст. 417 ГК РФ можно, если стороны договорятся о том, что юридическая невозможность вовсе не приводит к автоматическому прекращению обязательств, но дает кредитору и должнику, не отвечающему за возникновение такой невозможности, право на отказ от договора.

3.3. Пункт 3 ст. 417 ГК РФ не вполне удачен еще и потому, что он говорит лишь о праве кредитора отказаться от договора и снять тем самым угрозу последующего ретроспективного возобновления обязательства при отпадении юридических препятствий. Аналогичное право должника не упоминается. При этом должник мог не быть ответственным за возникновение препятствия (например, введение эмбарго) 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.

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

1. По общему правилу смерть гражданина-должника влечет не прекращение обязательства, а изменение его субъектного состава — замену умершего лица его правопреемником (наследником), т.е. в рамках наследственного правопреемства. Наследники в силу п. 1 ст. 1175 ГК РФ отвечают по долгам наследодателя в пределах стоимости перешедшего к ним по наследству имущества.

Как исключение из этого общего правила в комментируемой норме указано, что со смертью гражданина-должника прекращается обязательство, неразрывно связанное с его личностью. При этом п. 1 ст. 418 ГК РФ не предлагает перечня таких

обязательств, называя в качестве критерия невозможность исполнения обязательства без личного участия должника. Примером подобного может служить обязательство создать произведение по договору авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ).

Иные примеры обязательств, неразрывно связанных с личностью должника, содержатся в части второй ГК РФ (см., в частности, п. 2 ст. 596, п. 2 ст. 605, п. 1 ст. 977, ст. 1002, ст. 1010, п. 1 ст. 1024 ГК РФ и др.). См. также п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9.

1.1. Судебная практика разграничивает вопросы о судьбе обязательства, связанного с личностью должника, с одной стороны, и о судьбе задолженности, образовавшейся по такому обязательству, — с другой. При этом прекращение в результате смерти гражданина-должника обязательства не влечет автоматического аннулирования созревшей задолженности по такому обязательству. Если имущественные обязанности, связанные с личностью должника-гражданина, не были исполнены при его жизни, в результате чего образовалась задолженность по таким выплатам, то в случае смерти должника правопреемство по обязательствам о погашении этой задолженности возможно (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50). Такая задолженность (в частности, по алиментному обязательству) рассматривается в качестве денежного обязательства (долга), не связанного с личностью, обязанность по погашению которого переходит к наследникам в пределах стоимости наследуемого ими имущества (определения КГД ВС РФ от 24 сентября 2013 г. № 81-КГ13-14, от 1 марта 2016 г. № 45-КГ16-1; п. 3 Обзора судебной практики ВС РФ за третий квартал 2013 г.). Подробнее см. комментарий к ст. 383 и 392² ГК РФ.

1.2. К числу неразрывно связанных с личностью не относится обязательство поручителя. Поэтому если иное не предусмотрено договором поручительства, 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). К отношениям нескольких наследников поручителя между собой и с кредитором подлежат применению правила ГК РФ о совместно выданном поручительстве (см. п. 20 Постановление Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

По вопросу о влиянии на поручительство смерти гражданина-должника см. п. 4 ст. 367 ГК РФ и комментарий к нему, а также п. 20 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42.

1.3. Прекращение обязательства вследствие смерти гражданина-должника на основании комментируемого пункта не препятствует кредитору требовать от наследников умершего по правилам гл. 60 ГК РФ возврата предоставленного должнику исполнения, за которое не последовало встречного удовлетворения. Например, если писатель получил аванс за написание книги, а впоследствии скончался, и его обязательство написать книгу прекратилось, наследники должны вернуть уплаченный аванс издательству.

1.4. Учитывая, что объявление гражданина умершим влечет за собой те же последствия, что и смерть (ст. 1113 ГК РФ), положения п. 1 ст. 418 ГК РФ подлежат расширительному толкованию и охватывают также случаи объявления умершим гражданина-должника (см. ст. 45 ГК РФ), с личностью которого связано обязательство.

1.5. Но что если долг не был тесно связан с личностью должника и мог перейти по наследству к наследникам, но не перешел к наследникам по закону или завещанию в порядке п. 1 ст. 1175 ГК РФ (например, в связи с тем, что никто из наследников не вступил в наследство, наследников просто нет и т.п.). Как известно, в силу ст. 1151 ГК РФ в такой ситуации имущество наследодателя считается выморочным и переходит в порядке наследования соответствующему публичному образованию. Хотя это в ГК РФ и не закреплено прямо, следует исходить из того, что 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).

1.6. Здесь возникает крайне важный вопрос в отношении той части долга, за которую ни наследники по закону или завещанию, ни публичное образование не отвечают (т.е. части долга, превышающей стоимость переходящего к наследникам по закону или завещанию или публичному образованию имущества наследодателя). На этот счет в п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 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)». Такой подход, основанный на идее прекращения обязательства в части, в которой наследники не отвечают по долгам наследодателя, вызывает серьезные сомнения. Дело даже не в том, что ссылка на ст. 416 ГК РФ является очевидно искусственной, а иных нормативных оснований для прекращения обязательства в описанной ситуации не существует, а в том, что сама идея прекращения обязательств лишает наследников возможности расплатиться по долгам наследодателя в полном объеме из соображений чести. Представляется более логичным исходить из того, что обязательство наследодателя в полном объеме переходит к наследникам, но в соответствующей части, превышающей стоимость переходящего по наследству имущества, становится натуральным («долгом чести»), т.е. существует, но не подлежит судебной защите. Если наследники решат из тех или иных личных соображений погасить такие долги полностью, такой платеж не следует рассматривать как неосновательное обогащение кредитора и он не подлежит возврату по правилам гл. 60 ГК РФ. В то же время требует дополнительного анализа вопрос, стоит ли применять аналогичный подход, основанный на идее трансформации долга в соответствующей части в натуральное обязательство в отношении перехода имущества и долгов наследодателя к публичному образованию по правилам ст. 1151 ГК РФ.

2. По вопросу о влиянии на обязательство смерти гражданина-кредитора п. 2 ст. 418 ГК РФ предусматривает регулирование, аналогичное п. 1: обязательство прекращается, если оно неразрывно связано с личностью кредитора.

В этой связи сказанное выше с необходимыми адаптациями применяется и к этой ситуации (см. также комментарии к ст. 383 и 392² ГК РФ).

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

(а) Предписания ст. 419 ГК РФ корреспондируют п. 1 ст. 61 ГК РФ, в силу которого ликвидация юридического лица влечет его прекращение без перехода соответствующих прав и обязанностей в порядке правопреемства.

В соответствии с п. 9 ст. 63 ГК РФ ликвидация считается завершенной с момента внесения об этом записи в ЕГРЮЛ.

Отношения ликвидируемого юридического лица и его кредиторов в период ликвидации, т.е. с момента ее объявления до внесения соответствующей записи в государственный реестр, регулируются ст. 63, 64, 64¹ ГК РФ.

(б) С момента завершения ликвидации казенного предприятия или учреждения прекращаются и притязания к несущему субсидиарную ответственность (п. 7 ст. 63 ГК РФ) собственнику имущества этих организаций, если кредитор по какой-то причине не заявил свои требования должнику в процессе его ликвидации (см. п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104).

(в) Определенным своеобразием характеризуется вопрос о влиянии ликвидации должника по обеспеченному обязательству на судьбу поручительства (см. п. 1 ст. 367 ГК РФ и комментарий к нему) или залога, предоставленного третьим лицом (см. п. 1 ст. 335 ГК РФ и комментарий к нему; Определение КГД ВС РФ от 9 июля 2013 г. № 44-КГ13-2).

(г) Признавая ликвидацию юридического лица основанием прекращения обязательств, в которых оно участвует в качестве кредитора или должника, ст. 419 ГК РФ допускает существование предусмотренных законом или иными правовыми актами изъятий из указанного правила. В частности, такие исключения предусмотрены п. 2 ст. 700, п. 2 ст. 1093 ГК РФ.

(д) Если ликвидация юридического лица признается впоследствии судом незаконной и юридическое лицо восстанавливается в ЕГРЮЛ, обязательства этого юридического лица считаются непрекращенными. Соответственно, кредиторы могут, добившись восстановления юридического лица, возбудить против него дело о банкротстве, включив соответствующие требования в реестр требований кредиторов и получив многие возможности по защите своих прав в рамках процедур банкротства (в том числе оспаривание сделок, совершенных должником в преддверии банкротства).

Спорным здесь будет вопрос о судьбе акцессорных обеспечений, предоставленных третьими лицами. Восстановление обязательства само по себе может не означать

столь же автоматическое восстановление прекращенных залога от третьего лица или поручительства без согласия залогодателя или поручителя. Данный вопрос, встающий во всех случаях восстановления прекращенных обязательств (ст. 327, 417 ГК РФ и др.), пока в российском праве однозначно не решен.

Подраздел 2. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О ДОГОВОРЕ

Глава 27. ПОНЯТИЕ И УСЛОВИЯ ДОГОВОРА

Статья 420. Понятие договора

1. Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

2. К договорам применяются правила о двух- и многосторонних сделках, предусмотренные главой 9 настоящего Кодекса, если иное не установлено настоящим Кодексом.

3. 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.

4. К договорам, заключаемым более чем двумя сторонами, общие положения о договоре применяются, если это не противоречит многостороннему характеру таких договоров.

Комментарий

1. Пункт 1 ст. 420 ГК РФ дает традиционное определение договора. Договором является соглашение нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. По своей сути договор – это одна из самых типичных разновидностей сделок, особенность которой состоит в том, что для порождения соответствующего правового эффекта необходимо волеизъявление нескольких лиц (п. 3 ст. 154 ГК РФ). В этом состоит отличие договора от односторонних сделок (зачет, односторонний отказ от договора и т.п.), для совершения которых достаточно волеизъявления лишь одного лица (п. 2 ст. 154 ГК РФ). Почти то же определение договора и то же соотношение договора и односторонних сделок выводятся и в ст. II.-1:101 Модельных правил европейского частного права.

1.1. Договоры могут иметь сугубо обязательственный эффект, т.е. порождать, изменять или прекращать обязательства. Например, договор купли-продажи создает обязательства сторон передать вещь в собственность и оплатить ее; соглашение об изменении цены такого ранее заключенного договора изменяет возникшие обязательства сторон, а соглашение о расторжении этого договора будет прекращать обязательства.

Но договоры могут иметь и иные правовые эффекты, т.е. порождать, изменять или прекращать не обязательства, а иные гражданские права и обязанности. Так,

например, договор об установлении сервитута или соглашение об ипотеке устанавливают ограниченные вещные права. Лицензионный договор самим фактом своего заключения предоставляет право использования того или иного объекта интеллектуальной собственности. Соглашение о применимом праве имеет также абсолютно уникальное правовое значение. Договор об уступке права может иметь, а реальный договор имеет непосредственный распорядительный эффект: такие соглашения фактом своего заключения переносят те или иные вещные права, обязательственные требования или права на иные виды имущества на другое лицо. Договор об уступке старшинства залога переносит на одного из залогодержателей такое особое правовое преимущество, как залоговое старшинство. Такой договор, как опцион на заключение договора, порождает для одной из сторон секундарное (преобразовательное) право своим односторонним волеизъявлением ввести некий основной договор в действие. Корпоративный договор может предусматривать порядок осуществления корпоративных прав. Список можно продолжать. Очевидно, что понятие «договор» выходит далеко за рамки сугубо обязательственных отношений.

1.2. Договоры нередко заключаются и в сфере иных отраслей права. Например, трудовые договоры находятся в центре такой отрасли права, как трудовое право. В области семейного права мы имеем брачные контракты или соглашения об уплате алиментов. Налоговое право знает договоры о создании консолидированной группы налогоплательщиков (ст. 25¹ НК РФ).

К таким договорам положения ГК РФ о договорах напрямую не применяются и могут применяться лишь избирательно по аналогии закона (например, трудовые договоры) либо применяются субсидиарно в случаях, указанных в соответствующих отраслевых законах (например, п. 2 ст. 43 СК РФ допускает применение положений ГК РФ о порядке и основаниях расторжения договора, а ст. 4 СК РФ допускает применение и иных норм ГК РФ, включая нормы о договорах, к имущественным и личным неимущественным отношениям супругов в части, не урегулированной нормами СК РФ и не противоречащей существу семейных отношений).

Более подробный анализ специфики применения норм ГК РФ о договорах к соглашениям, заключаемым в рамках иных отраслей права, выходит за рамки настоящего комментария.

1.3. В комментируемой норме речь идет о договоре как особой разновидности сделок, т.е. юридическом факте. Но нередко законодатель, ученые и суды используют понятие «договор» для описания самого комплексного договорного правоотношения или отдельного обязательства, вытекающего из такой сделки. Так, например, когда говорят о расторжении договора, имеют в виду прекращение обязательств сторон по ранее заключенному договору, а когда заходит речь о нарушении договора, подразумевается неисполнение или ненадлежащее исполнение отдельного обязательства по договору. Иначе говоря, понятие «договор» достаточно разнообразно и точное его понимание зависит от контекста употребления.

1.4. Следует отметить, что далеко не всякое соглашение сторон следует признавать юридически значимым договором. Так, например, супруги могут договориться о распределении домашних обязанностей, но такое соглашение не направлено на формирование юридически значимых прав и обязанностей, у сторон отсутствует *animus obligandi*. Выяснение факта, была ли воля сторон направлена на формирование юридических последствий или они имели в виду лишь установление неких

норм, имеющих некое моральное значение, должно осуществляться судом. Наличие воли сторон на порождение именно юридических последствий в качестве условия для признания судом договора прямо упомянуто в ст. II.-4:101 Модельных правил европейского частного права. Подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 307 ГК РФ.

2. В силу того, что договор является сделкой, вполне естественно, что к нему применяются общие положения о сделках (гл. 9 ГК РФ) в той части, в какой эти положения не уточняются специальными нормами ГК РФ. Эта идея в полной мере соответствует принципу *lex specialis derogat generali*.

2.1. Здесь следует обратить внимание на то, что п. 2 комментируемой статьи говорит, что исключить применение общих положений о сделках может ГК РФ. Возникает вопрос: может ли та или иная специфика заключения договоров, идущая вразрез с общими правилами о сделках, вытекать из иных законов? Например, может ли тот или иной закон, устанавливающий регулирование отдельного вида договора, предусматривать те или иные особенности оформления такого договора как двусторонней сделки, отличные от общих правил ГК РФ о сделках (например, предусмотреть нотариальное удостоверение той или иной сделки), либо устанавливать те или иные особенности признания таких договоров недействительными? На этот вопрос, видимо, следует ответить утвердительно в силу общего принципа *lex specialis derogat generali*. На такой вывод наталкивает также и то, что согласно п. 1 ст. 431¹ ГК РФ общие положения о недействительности сделок могут быть исключены специальными нормами об отдельных видах договоров, и при этом здесь никакого сужения круга таких возможных специальных норм нет, что означает возможность появления таких норм и на уровне иных законодательных актов. Если общие правила о недействительности сделок могут быть изменены применительно к тому или иному виду договоров на уровне специальных законов, то почему то же невозможно и в отношении иных общих правил о сделках (в первую очередь о форме сделок)?

Такое решение на первый взгляд вступает в некоторое противоречие с нормой п. 2 ст. 3 ГК РФ, которая устанавливает, что положения иных законов должны соответствовать ГК РФ, и которую многие интерпретируют как устанавливающую приоритет ГК РФ перед другими федеральными законами. Этот вопрос толкования положений п. 2 ст. 3 ГК РФ до сих пор в российском праве однозначно не решен. Подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 307¹ ГК РФ в отношении аналогичной коллизии в регулировании обязательственных отношений. Как бы ни был решен этот важнейший вопрос толкования п. 2 ст. 3 ГК РФ в отношении данной коллизии применительно к возможности исключения общих правил о сделках ГК РФ на уровне специальных норм ГК РФ и иных законов, думается, следует прийти к однозначному выводу о полноценном действии здесь общего принципа *lex specialis*.

Остается ответить на вопрос, может ли исключить применение общих правил о сделках к тем или иным договорам не закон, а подзаконный правовой акт. Логично предположить, что это вполне возможно, если соответствующее общее правило о сделках прямо допускает возможность установления иного регулирования на уровне иных правовых актов. Например, п. 1 ст. 157¹ ГК РФ допускает отступление от общих правил ГК РФ о согласии на совершение сделки на уровне норм иных правовых актов, а п. 1 ст. 160 ГК РФ допускает установление дополнительных требований к форме сделки на уровне не только законов, но и иных правовых актов. Но что если

такой оговорки в конкретной общей норме о сделках нет? Как следует разрешить ситуацию, когда, например, правила оказания тех или иных услуг, утвержденные Правительством РФ, устанавливая особенности оформления договоров оказания тех или иных услуг, отступающие в том или ином аспекте от общих правил ГК РФ о форме сделок (в частности, допускают устную форму сделки там, где общие правила ГК РФ предписывают соблюдение письменной формы, и т.п.)? Положение п. 5 ст. 3 ГК РФ однозначно утверждает, что в таких случаях норма подзаконного правового акта, противоречащая ГК РФ, не применяется. Обоснованность такого решения может быть предметом дискуссии, но оно недвусмысленно вытекает из ГК РФ.

2.2. Также не стоит забывать о том, что в силу ст. 156 ГК РФ общие положения о договоре могут subsidiarily применяться и к односторонним сделкам, «поскольку это не противоречит закону, одностороннему характеру и существу сделки». Так, например, правила п. 1 ст. 432 ГК РФ, что договор, в котором не согласованы все существенные условия, не считается заключенным, могут с необходимой адаптацией применяться и к такой односторонней сделке, как независимая гарантия, не содержащая существенные условия, указанные в п. 4 ст. 368 ГК РФ. Соответственно гарантия, в которой не указаны требуемые п. 4 ст. 368 ГК РФ условия, не должна считаться выданной и порождающей соответствующие обязательства гаранта.

3. Согласно п. 3 комментируемой статьи к договорным обязательствам применяются общие правила об обязательствах, если иное не следует из общих положений ГК РФ о договорах и норм ГК РФ об отдельных видах договоров. Это положение в полной мере следует из принципа *lex specialis derogat generali*.

Здесь следует обратить внимание на один проблемный вопрос. По сути данная норма дублирует п. 1 ст. 307¹ ГК РФ. Но при этом последняя норма допускает исключение применения общих правил ГК РФ об обязательствах на уровне иных федеральных законов, в то время как положение п. 3 комментируемой статьи об иных законах не упоминает. Иначе говоря, тут наблюдается некоторое противоречие, которое, видимо, должно разрешаться в пользу нормы п. 1 ст. 307¹ ГК РФ как более поздней (она вступила в силу 1 июня 2015 г.). Таким образом, иные федеральные законы, регулирующие отдельные виды договоров, могут предусматривать те или иные особенности исполнения, прекращения, обеспечения и уступки прав по обязательствам даже в тех случаях, когда в соответствующей общей норме обязательственного права ГК РФ нет указания на возможность отступления от нее на уровне иного закона. Кроме того, есть в принципе серьезные сомнения в том, что наличие в некоей общей норме ГК РФ указания на то, что иное может быть предусмотрено в Кодексе, означает блокирование действие принципов *lex specialis* и *lex posterior* при наличии иного федерального закона, отступающего от буквы общей нормы ГК РФ. Подробнее об этой коллизии, о соотношении такого решения с положением п. 2 ст. 3 ГК РФ (которая, по одной из точек зрения, устанавливает приоритет Кодекса перед иными федеральными законами), а также о возможности отступления от общих норм обязательственного права на уровне подзаконных правовых актов см. комментарий к п. 1 ст. 307¹ ГК РФ.

4. Согласно п. 4 комментируемой статьи общие правила о договоре применяются к договорам, сторонами которых являются более двух лиц, если иное не следует

из многостороннего характера такого договора. Это вполне логично, так как общие нормы о договоре кристаллизовывались и выводились на протяжении веков в рамках европейской цивилистики на основании конкретных казусов и споров, возникающих по поводу типичных договоров с участием двух сторон (как правило, синаллагматических). В связи с этим некоторые общие нормы о договоре не могут применяться к многосторонним договорам без необходимых адаптации. Так, например, норму п. 1 ст. 433 ГК РФ о том, что договор считается заключенным в момент возврата акцепта оференту, невозможно буквально применять к многостороннему договору (см. подробнее комментарий к п. 1 ст. 433 ГК РФ).

Статья 421. Свобода договора

1. Граждане и юридические лица свободны в заключении договора.

Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена настоящим Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством.

2. Стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. К договору, не предусмотренному законом или иными правовыми актами, при отсутствии признаков, указанных в пункте 3 настоящей статьи, правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются, что не исключает возможности применения правил об аналогии закона (пункт 1 статьи 6) к отдельным отношениям сторон по договору.

3. Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

4. Условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (статья 422).

В случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой.

5. Если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями, применимыми к отношениям сторон.

Комментарий

1. Свобода договора является фундаментальным принципом гражданского права, на что справедливо указывает п. 1 ст. 1 ГК РФ. Пункт 1 ст. 421 ГК РФ проясняет эту идею: участники оборота свободны в заключении договора, а понуждение к заключению договора по общему правилу не допускается, кроме случаев, когда это

предусмотрено в законе (например, нормы о публичном договоре) или вытекает из добровольно принятых на себя обязательств (например, из предварительного договора).

Принцип свободы договора проявляется в двух основных формах:

а) свобода в принятии решения о заключении договора и выборе партнера (включая свободу от принуждения к заключению договора) и

б) свобода в определении содержания заключаемого договора (включая право на заключение непоименованных и смешанных договоров).

Свобода договора, реализуемая в двух указанных формах, имеет статус опровержимой презумпции, которой правовая система страны с рыночной экономикой последовательно придерживается. Собственно говоря, свобода договора и является основной особенностью рыночного хозяйства. В плановой экономике, характерной для советского этапа развития России, принцип свободы договора вполне естественно не признавался. Переход от плановой экономики к рынку в начале 1990-х годов неизбежно привел к утверждению принципа свободы договора внутри гражданского права.

В современных условиях экономическая свобода признается в Конституции РФ (п. 1 ст. 8 и п. 1 ст. 34). На основе толкования положений Конституции об экономической свободе как конституционном принципе КС РФ также наделяет идею свободы договора статусом конституционного принципа. Согласно Постановлению КС РФ от 28 января 2010 г. № 2-П свобода договора, как и любая конституционная свобода, может быть ограничена федеральным законом, «но только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Согласно Постановлению Президиума ВАС РФ от 5 ноября 2013 г. № 9738/13 «принцип свободы договора является фундаментальным частноправовым принципом, основополагающим началом для организации современного рыночного оборота, его ограничения могут быть допущены лишь в крайних случаях в целях защиты интересов и экономических ожиданий третьих лиц, слабой стороны договора (потребителей), основ правопорядка или нравственности или интересов общества в целом».

2. Пункт 2 ст. 421 ГК РФ постулирует право сторон заключить непоименованный договор, т.е. договор, не урегулированный специальными нормами гражданского законодательства или иными правовыми актами.

2.1. Квалификация договора в качестве непоименованного происходит не на основании названия договора, которое выбрали стороны, а на основании анализа содержания заключенного договора (п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18; Постановление Президиума ВАС РФ от 19 ноября 2013 г. № 8668/13). Такая квалификация осуществляется посредством сопоставления предмета заключенного договора с квалифицирующими признаками существующих поименованных договорных типов. Каждый из поименованных договорных типов характеризуется уникальным набором квалифицирующих признаков, который отличает этот договорный тип от иных договоров. Например, договором купли-продажи следует признавать

договор, который опосредует передачу в собственность вещи или имущественного права в обмен на встречное денежное предоставление, договором займа — договор, опосредующий передачу в собственность денег или иных родовых вещей с обязательством получателя вернуть ту же сумму денег или тот же объем аналогичных родовых вещей по окончании определенного срока, и т.п.

Выведение таких квалифицирующих признаков поименованных договорных типов осуществляется на основе буквального прочтения соответствующих специальных норм закона (особенно норм-дефиниций, определяющих понятие соответствующего поименованного типа договора), а также толкования их смысла. В то же время в ряде случаев квалифицирующие признаки некоторых поименованных договоров в законе либо вовсе не обозначены, либо намечены в самых общих чертах. Например, закон не уточняет содержание понятий «работы» и «услуги» и их различие, в то время как эти понятия являются ключевыми квалифицирующими признаками двух поименованных договорных типов: договора подряда и договора возмездного оказания услуг. Соответственно в таких случаях для прояснения квалифицирующих признаков поименованных договоров требуется толкование закона.

2.2. Если содержание заключенного договора не соответствует набору квалифицирующих признаков ни одного поименованного договорного типа, такой договор следует признавать непоименованным. Например, к разряду непоименованных следует относить любое соглашение, где основным предметом договора является обязательство воздерживаться от совершения определенных действий (в частности, соглашение о конфиденциальности); договор безвозмездного отчуждения имущества без цели одарить (например, передача материнской компанией некоего имущества на баланс дочерней); обеспечительную передачу права собственности; товарную неустойку; договор условного депонирования (эскроу); трансфер футболиста и т.п.

Многие договоры, которые ранее должны были признаваться непоименованными, в свете новой редакции ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., стали поименованными (опцион на заключение договора, соглашение о переговорах, межкредиторское соглашение, эскроу-счета и т.п.). До появления в 2010 г. специального правового регулирования деривативов многие деривативы также следовало относить к категории непоименованных (например, договоры своп). До появления в законодательстве о рынке ценных бумаг в 2009 г. норм о договорах репо такие договоры также можно было относить к категории непоименованных.

2.3. Согласно п. 2 ст. 421 ГК РФ к непоименованному договору не подлежат применению нормы о поименованных договорах. Такие договоры регулируются общими положениями о сделках, обязательствах и договорах.

В то же время в силу прямого указания п. 2 ст. 421 ГК РФ к непоименованному договору могут применяться отдельные нормы о тех или иных поименованных договорах по аналогии закона. Так, например, до 1 июня 2015 г., когда вступила в силу ст. 393¹ ГК РФ, к некоторым непоименованным договорам должна была применяться ст. 524 ГК РФ о порядке расчета убытков при расторжении нарушенного договора поставки (а именно убытков в виде разницы между ценой расторгнутого договора и ценой договора, заключенного кредитором взамен расторгнутого с третьим лицом, а также абстрактных убытков).

2.4. Особая проблема возникает при применении к непоименованному договору императивных норм закона о поименованных договорах по аналогии закона. В тех

случаях, когда императивная норма предписывает то или иное содержание прав и обязанностей сторон, она вполне может применяться по аналогии закона при отсутствии в непоименованном договоре отличных от такой нормы условий, т.е. в порядке восполнения пробела в договоре. Это в полной мере соответствует условиям применения аналогии закона, установленным в ст. 6 ГК РФ. Но в тех случаях, когда речь идет о применении по аналогии такой предписывающей императивной нормы к договору, содержащему противоречащие такой норме условия, а также императивной нормы, выраженной как прямой законодательный запрет, возникает некоторое несоответствие с положениями ст. 6 ГК РФ. Согласно последней аналогия закона может использоваться в тех случаях, когда вопрос не урегулирован в законе или договоре (!). Соответственно применение по аналогии закона императивной нормы с целью аннулирования прямо выраженного в договоре условия не вполне соответствует ст. 6 ГК РФ.

В то же время п. 2 ст. 421 ГК РФ не делает никаких исключений в отношении типа применимой по аналогии нормы. Судебная практика также допускает в исключительных случаях применение к непоименованным договорам по аналогии закона императивных норм, установленных в отношении поименованных договоров. Пленум ВАС РФ в Постановлении от 14 марта 2014 г. № 16 на этот счет указал, что применение императивных норм в такой ситуации возможно в исключительных случаях, «когда исходя из целей законодательного регулирования ограничение свободы договора необходимо для защиты охраняемых законом интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов или недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон. При этом суд должен указать на то, какие соответствующие интересы защищаются применением императивной нормы по аналогии закона».

2.5. Тот факт, что договор может быть отнесен к категории непоименованных, еще не означает, что он является однозначно действительным. Такой договор в ряде случаев может быть признан направленным на обход закона (ст. 10 ГК РФ), противоречащим основам правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК РФ) и т.п. Например, договор обращения в рабство очевидно является непоименованным, но не менее очевидно, что он является ничтожным по ст. 169 ГК РФ.

2.6. Судебная практика относилась к разряду непоименованных договоров, в частности, инвестиционные договоры, на основании которых застройщик должен вносить в пользу публичного образования тот или иной взнос на развитие инженерной инфраструктуры (постановления Президиума ВАС РФ от 11 октября 2011 г. № 5495/11, от 5 февраля 2013 г. № 12444/12, от 24 сентября 2013 г. № 4606/13), договор о безвозмездной передаче дочерним обществом материнскому недвижимности (Постановление Президиума ВАС РФ от 4 декабря 2012 г. № 8989/12), договор кредитования, предметом которого была передача кредитором «заемщику» собственных векселей с обязательством последнего погасить долг деньгами и уплатить проценты (Постановление Президиума ВАС РФ от 21 мая 2013 г. № 16735/12), цессию для целей инкассо (п. 22 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85) и т.п.

3. Пункт 3 ст. 421 ГК РФ предусматривает возможность заключения смешанного договора, т.е. договора, в котором комбинируются элементы нескольких поименованных договорных типов. Эта возможность признается во всех известных право-

порядках и в международных актах унификации договорного права (ст. II.-1:107 Модельных правил европейского частного права). Судебная практика также достаточно часто констатирует смешанный характер тех или иных договоров: Постановление Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 9798/12 (смешение элементов предварительного договора субаренды нежилых помещений и договора передачи этих помещений во владение будущему субарендатору в специально оговоренных целях для выполнения отделочных работ), Постановление Президиума ВАС РФ от 28 мая 2013 г. № 17481/12 (смешение элементов договора доверительного управления и пользования переданным в управление имуществом), Постановление Президиума ВАС РФ от 25 марта 2014 г. № 10614/13 (смешение элементов договоров подряда и купли-продажи).

3.1. Несмотря на то что это прямо не указано в п. 3 ст. 421 ГК РФ, к категории смешанных договоров следует относить договор, в котором элемент того или иного поименованного договора комбинируется с элементом некоего устойчиво признаваемого в практике непоименованного договора. Такой подход, в частности, отражен в п. 1 ст. II.-1:107 Модельных правил европейского частного права. В отношении соответствующего непоименованного договора может сформироваться судебная практика, уточняющая его правовой режим. Соответственно при комбинации элементов поименованного и непоименованного договоров будет возникать то самое смешение регулирования, которое, собственно, и характеризует правовой режим конструкции смешанного договора (см. п. 3.3 комментария к настоящей статье).

3.2. Под элементами поименованных (непоименованных) договоров, комбинация которых конституирует смешанный договор, следует понимать те квалифицирующие признаки поименованных (непоименованных) договоров, которые определяют обязательство, имеющее решающее значение для квалификации соответствующих поименованных договорных типов и их отличия от близких договорных конструкций (нередко именно это обязательство «дает договору имя»). Например, среди квалифицирующих признаков договора подряда следует выделить: (а) выполнение работ по заданию заказчика и (б) внесение в качестве встречного исполнения платы. Оплата является важным и неотъемлемым квалифицирующим признаком договора подряда, но не имеет решающего значения для квалификации, так как обязательство по оплате характерно для массы иных договоров; основным же характеризующим квалификацию обязательством по такому договору является выполнение работ. Соответственно для того, чтобы признать наличие элемента подряда, привнесенного в некий смешанный договор, необходимо, чтобы в предмет такого смешанного договора входило выполнение работ (например, смешанный договор, согласно которому выполнение работ осуществляется в обмен на встречную поставку товара).

Такой подход не всегда позволяет определить «материнский» поименованный договорный тип, из которого был привлечен соответствующий элемент, так как одно и то же обязательство в некоторых случаях может иметь решающее значение для квалификации нескольких договоров (например, обязательство по передаче товара в собственность характеризует в равной мере и куплю-продажу, и мену, и дарение, и заем). Соответственно если в том или ином смешанном договоре отражен этот элемент, определение того, элементом какого из поименованных договоров он является, не всегда может происходить без затруднений, в то время как этот вопрос имеет важное значение для определения применимого правового режима смешанного

договора (см. п. 3.3 комментария к настоящей статье). Поэтому в сложных случаях юристам, в том числе и судьям, следует использовать более изощренные приемы толкования. Ниже приводится возможный алгоритм определения «происхождения» смешанных элементов в сложных случаях.

Во-первых, необходимо выяснить, не существует ли среди поименованных или устоявшихся в практике непоименованных договоров такая договорная модель, в рамках которой исполнение хотя бы одного из основных и входящих в предмет смешанного договора обязательств было бы закреплено в качестве квалифицирующего признака и имело бы решающее значение для данной поименованной или непоименованной договорной модели в целом.

Во-вторых, если в результате таких претендентов на «усыновление» элемента смешения оказывается несколько, следует сопоставить единство или близость той экономической цели, ради которой данное обязательство согласовано в спорном договоре, и той цели, которая обычно предполагается типичной для включения этого же обязательства в определенный поименованный или непоименованный договор. Например, при определении происхождения элемента «передача товара в собственность» в смешанном договоре, в котором товар обменивается на услуги, и выборе между атрибуцией этого элемента договорным моделям купли-продажи, мены, дарения и займа суд может на этом этапе отвергнуть как минимум вариант дарения (при дарении имущество предоставляется безвозмездно, а не в обмен на некое встречное предоставление, как в нашем случае с поставкой в обмен на услуги).

В-третьих, если в результате этих этапов анализа все равно остается несколько «претендентов», предпочтение отдается той поименованной договорной конструкции, которая имеет наиболее близкую правовую природу. С учетом отсутствия в приводимом нами в качестве иллюстрации смешанном договоре поставки в обмен на услуги обязанности по возврату того же количества товара и наличия встречного исполнения в виде передачи иного экономического блага очевидно, что модели купли-продажи и мены ближе к спорному договору, чем модель займа.

В-четвертых, в самых сложных случаях выбора между «претендентами» целесообразно оценить конкурирующие правовые режимы на предмет выявления самого прагматически оптимального из них применительно к данному конкретному элементу. Если регулятивный режим, вытекающий из одной квалификации элемента, оказывается более приемлемым с политико-правовой точки зрения, чем другой, то суду, исчерпавшему все иные методы выбора, не остается ничего иного, кроме как осуществлять его на основе сугубо прагматических соображений. На этом этапе в описанном выше примере с квалификацией смешанного договора поставки в обмен на услуги суд может из оставшихся после предыдущих этапов анализа вариантов (купля-продажа или мена) выбрать вариант купли-продажи. Именно к такому выводу пришла и судебная практика (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69).

3.3. В основе правового режима смешанных договоров, согласно п. 3 ст. 421 ГК РФ, лежит принцип комбинированного регулирования. К соответствующим «элементам смешения» применяются нормы о тех поименованных договорах, из которых они были извлечены и привнесены сторонами в свой смешанный договор. Так, например, если заключен договор, по которому лицо обязано как выполнить работы, так и оказать услуги, к элементу работ будут применяться правила о договоре подряда,

а к элементу услуг – правила о договоре возмездного оказания услуг. Аналогичный подход распространен и в зарубежном праве и отражен в актах международной унификации договорного права (п. 2 ст. II.-1:107 Модельных правил европейского частного права).

3.4. В то же время применение к одному договору норм о разных поименованных договорах может в ряде случаев приводить к неразрешимым конфликтам норм, а также к явной несправедливости или нарушению разумного баланса интересов сторон. В связи с этим п. 3 ст. 421 ГК РФ вполне разумно оговаривает, что принцип комбинированного регулирования может быть отвергнут в конкретном случае, если это вытекает из существа смешанного договора. Так, например, если в договоре один из элементов является явно преобладающим (мажоритарный элемент) и применение к миноритарному элементу той или иной нормы о его материнском договорном типе приводит к конфликту норм или явно несправедливому результату, суд может отвергнуть применение такой нормы и подчинить договор в этом вопросе соответствующей норме из регулирования договорного типа, из которого привнесен мажоритарный элемент (принцип поглощения), или констатировать регуляторный пробел и восполнить его на основе правил ст. 6 ГК РФ. Такая проблема часто встает при определении применимых норм к расторжению договора. Правовые режимы разных поименованных договоров могут предусматривать разные и не соответствующие друг другу правила о расторжении (например, при заключении договора с элементами подряда и возмездного оказания услуг), и суду необходимо сделать однозначный выбор. О принципе поглощения при явной неравноценности соединенных в смешанном договоре элементов см. п. 3, 4 ст. II.-1:107 Модельных правил европейского частного права.

3.5. Норма п. 3 ст. 421 ГК РФ, устанавливая принцип комбинированного регулирования в качестве общего правила, оговаривает также, что иное может следовать из существа договора. Это создает следующую проблему. Очевидно, что стороны свободны в отступлении от диспозитивных норм, содержащихся в правовом режиме тех поименованных договоров, из которых в смешанный договор привнесены соответствующие элементы. Но могут ли они отступать от норм императивных? Можно ли допустить, что один лишь факт заключения смешанного договора лишает соответствующие специальные императивные нормы обязательного статуса?

В ответ на этот вопрос необходимо признать невозможность для сторон своим соглашением отойти от того решения, которое предписывается признанной применимой к смешанному договору императивной нормой. В то же время в ряде случаев из этого правила должны быть сделаны исключения. О каких случаях идет речь?

Во-первых, о тех случаях, когда имеют место коллизии между применимыми императивными нормами о различных элементах смешанного договора. В таких случаях суд вынужден осуществлять политико-правовой выбор той нормы, которая является наиболее адекватной и справедливой в конкретном договорном контексте. Но было бы нелогично возлагать такое бремя на суды в ситуации, когда стороны сами, предвосхищая такую коллизию, оговорили в контракте соответствующие условия. Как минимум в некоторых случаях суд может отдать приоритет именно воле сторон.

Во-вторых, о ситуациях, в которых суду становится очевидным, что в контексте новой, предусмотренной сторонами в смешанном договоре структуры прав

и обязанностей отпадает политико-правовая необходимость ограничения свободы договора (в том числе в целях защиты слабой стороны, публичных интересов, интересов третьих лиц). Цель императивности соответствующей нормы, возможно, была очевидна в контексте структуры прав и обязанностей «материнской» договорной модели, но может быть утрачена при переносе этой нормы в абсолютно новую структуру прав и обязанностей смешанного договора. В подобных случаях было бы разумно предоставить суду возможность отдать приоритет воле сторон и признать в контексте смешанного договора «конвертацию» соответствующей специальной нормы из императивной в диспозитивную.

3.6. Встает вопрос также и о разграничении смешанных и непоименованных договоров. Этот вопрос достаточно актуален, так как эти две конструкции подразумевают абсолютно разные подходы к правовому регулированию заключенного договора. В случае заключения непоименованных договоров к отношениям сторон применяются положения общей части обязательственного и договорного права, в то время как нормы об отдельных видах поименованных договоров могут применяться только в порядке аналогии закона. В то же время смешанные договоры, наоборот, по общему правилу предполагают прямое применение к ним специальных императивных и диспозитивных норм о договорах, составляющих элементы смешанного договора. Таким образом, можно прийти к выводу, что свобода усмотрения сторон в определении договорных условий смешанного договора более ограничена, нежели при заключении договора непоименованного.

Из всего сказанного ранее применительно к понятию элемента смешения следует вывод, что для разграничения непоименованных и смешанных договоров решающую роль играет вопрос, относятся ли основные предусмотренные в спорном договоре и входящие в его предмет обязательства сторон к тем, которые имеют решающее значение для разных устойчивых договорных типов, хотя бы один из которых является поименованным. Если да, то договор имеет скорее всего смешанный характер, если нет – то с большой долей вероятности непоименованный.

Так, например, несмотря на то что «обязательство молчания», составляющее основной предмет соглашения о конфиденциальности, упоминается в законодательном режиме договоров подряда (ст. 727 ГК РФ), НИОКР (ст. 771 ГК РФ) и некоторых других поименованных договоров, они не могут относиться к категории обязательств, имеющих решающее значение для таких договоров. Данное обязательство в целом ни в коей мере не подчеркивает индивидуальность данных договоров и тем более не относится к числу их квалифицирующих признаков. Соответственно соглашение о конфиденциальности имеет смысл интерпретировать не как смешанный, а как непоименованный договор.

К другому решению следует прийти при анализе широко распространенного в обороте дистрибьюторского договора. Содержание дистрибьюторского договора часто включает в себя следующие составляющие: (а) предоставление дистрибьютору прав на использование товарного знака и иных средств индивидуализации производителя; (б) обязательства по осуществлению дистрибьютором маркетинговой и рекламной деятельности, иногда финансируемой сторонами на долевых началах; (в) базовые условия закупки и поставки товаров; (г) обязательства поставщика воздержаться от поставки одноименного товара в данный регион самостоятельно или через других дистрибьюторов; (д) обязательства дистрибьютора воздержаться от продаж продукции

конкурентов производителя; е) обязательства по обеспечению конфиденциальности. Как видно, приведенный выше дистрибьюторский договор включает в себя обязательства, которые могут соотноситься с обязательствами, имеющими решающее значение для определенных поименованных договорных конструкций (элементы «а», «б»). Обязательства по предоставлению прав на использование товарного знака и иные средства индивидуализации характеризуют исполнение, имеющее решающее значение для лицензионного договора или договора франчайзинга. Обязательства по осуществлению маркетинговой или рекламной деятельности опосредуют собой исполнение, имеющее решающее значение для договора возмездного оказания услуг. Однако если финансирование таких действий осуществляется на долевых началах обеими сторонами, такое обязательство будет уже ближе к обязательствам из договора о совместной деятельности. Базовые условия поставки товаров (элемент «в») могут быть квалифицированы как отражающие элементы договора поставки. Что же касается обязательств, составляющих элементы «г», «д» и «е», то они не могут быть отнесены к обязательствам, имеющим решающее значение для каких-либо поименованных в законе соглашений, и могут быть характерны для тех или иных непоименованных договоров (например, об эксклюзивности и конфиденциальности).

В этих условиях очевидно, что дистрибьюторский договор имеет вполне отчетливый смешанный характер. В итоге к каждому элементу смешения по общему правилу будут применяться правовые нормы о различных поименованных договорах (поставке, лицензионном договоре, оказании услуг и т.п.). Отсутствуют убедительные основания для квалификации такого договора в качестве непоименованного.

4. Согласно п. 4 ст. 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон договора. Это положение естественным образом вытекает из самой идеи свободы договора (см. п. 1 комментария к настоящей статье). В то же время, как указано в п. 4 ст. 421 ГК РФ, эта свобода заканчивается там, где содержание прав и обязанностей сторон предписано императивной нормой закона (отсылка к ст. 422 ГК РФ).

4.1. Императивная норма закона может быть выражена как прямой (явно выраженный) законодательный запрет на согласование тех или иных условий или заключение тех или иных договоров или указание на то, что определенные условия или сделки являются недействительными (см., например, п. 2 ст. 400, п. 4 ст. 401 ГК РФ). Но императивная норма может также иметь предписывающий характер, определяя те или иные права и обязанности сторон и блокируя при этом свободу сторон в отступлении от данного предписания. Невозможность отступления от положений предписывающей императивной нормы может быть как прямо отражена в тексте (и тогда предписывающая норма одновременно является и прямым законодательным запретом), так и вытекать из смысла нормы. В последнем случае суд выводит императивность из толкования природы нормы в контексте целей законодательного регулирования.

Такая предписывающая норма, прямо не выраженная как законодательный запрет, признается судом императивной на основе анализа целей законодательного регулирования, если (а) суду очевидны те охраняемые законом интересы, которые данная норма имеет целью защитить посредством ограничения свободы договора (защита публичных интересов, интересов третьих лиц, слабой стороны договора,

справедливого баланса интересов сторон и т.п.), (б) отступление от такой нормы будет грубо нарушать баланс интересов сторон или (в) императивность такой нормы вытекает из существа законодательного регулирования такого договора (п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

Если из буквального текста нормы или из толкования ее природы в контексте целей законодательного регулирования не следует императивность спорной нормы, определяющей права и обязанности сторон договора, такую норму суд должен толковать в качестве диспозитивной (п. 4.5 комментария к настоящей статье; п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). Этот тезис нашел поддержку и в практике ВС РФ (определения КЭС ВС РФ от 27 октября 2015 г. № 305-ЭС15-6784, от 29 марта 2016 г. № 306-ЭС15-16624, от 25 августа 2016 г. № 301-ЭС16-4469). По сути это означает, что диспозитивная квалификация предписывающей нормы, которая регулирует права и обязанности сторон договора и не сопровождается прямым законодательным запретом договариваться об ином, предполагается. Эта опровержимая презумпция диспозитивности норм обязательственного и договорного права, не выраженных как прямой законодательный запрет, вполне естественно вытекает из конституционного статуса принципа свободы договора и фундаментальной идеи договорного права в условиях рыночной экономики, согласно которой разрешено все то, что прямо не запрещено и не заслуживает запрещения в силу убедительных политико-правовых резонансов.

При возникновении вопроса о характере нормы, регулирующей права и обязанности по договору и не имеющей текстуального атрибута императивности или диспозитивности, суд, делающий выбор в пользу императивности, должен указать, каким образом существо законодательного регулирования данного вида договора, необходимость защиты соответствующих особо значимых охраняемых законом интересов или недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон предопределяют императивность этой нормы (п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

4.2. При этом речь выше шла о предписывающих нормах, определяющих права и обязанности сторон договора. Если есть норма из иной области частного права (вещного, корпоративного и т.п.), к ней указанная методология квалификации норм договорного и обязательственного права напрямую не применяется. Вопрос о пределах диспозитивности норм корпоративного или вещного права является также чрезвычайно интересным и важным, но явным образом выходит за пределы настоящего комментария.

Нормы, определяющие недействительность сделок, существенные условия договора или адресованные вовсе суду (например, ст. 333 ГК РФ), по определению являются императивными, если только в них прямо не обозначена возможность согласовать в договоре иное. Диспозитивная квалификация таких норм на основе анализа их природы и целей законодательного регулирования по общему правилу невозможна. Впрочем, некоторые исключения вполне могут обсуждаться: например, встает пока не имеющий однозначного решения вопрос о возможной подразумеваемой диспозитивности норм ст. 431 ГК РФ о толковании договора судом (см. комментарий к ст. 431 ГК РФ).

Что касается норм, определяющих требования к форме договора или правила его заключения (в частности, правила об оферте и акцепте), то из смысла таких

норм обычно следует, что они не могут изменяться тем же договором, заключение которого эти нормы регулируют. Так, например, стороны не могут отступить от правила п. 3 ст. 433 ГК РФ о последствиях отсутствия регистрации договора, подлежащего регистрации, исключить требование закона о нотариальном удостоверении тех или иных сделок и т.п. В то же время есть как минимум определенные основания допускать, что отклонение от применения таких норм может быть допущено в ряде случаев. Например, в силу п. 1 ст. 433 ГК РФ договор считается заключенным в момент доставки акцепта оференту. Вряд ли будет обоснованным вывод о том, что оферент не может отказаться от той защиты, которая ему предоставляется этой нормой, и оговорить в оферте, что он согласен считать договор заключенным в момент отправки ему акцепта. Другой пример: в силу п. 1 ст. 438 и ст. 443 ГК РФ акцепт должен быть полным и безоговорочным, а акцепт с оговорками не влечет признание договора заключенным. Оферент не может оговорить в оферте иное, но в то же время очевидно, что в некоем ранее заключенном соглашении (например, в рамочном договоре) стороны могут указать, что в случае поступления акцепта с оговорками и при недостижении согласия по указанным разногласиям договор будет считаться заключенным на тех условиях, по которым у сторон не было разногласий (при согласованности предмета договора и объективно существенных в силу закона условий). В силу ст. 442 ГК РФ в случаях, когда своевременно направленное извещение об акцепте получено с опозданием, акцепт не считается опоздавшим, если сторона, направившая оферту, немедленно уведомит другую сторону о получении акцепта с опозданием. Достаточно очевидно, что в оферте может быть указано на то, что непоступление акцепта в обозначенный срок влечет безоговорочное прекращение действия оферты и договор не будет считаться заключенным, даже если акцепт был направлен заблаговременно без какого-либо специально выраженного волеизъявления оферента об отклонении запоздавшего акцепта.

4.3. Если императивность предписывающей нормы прямо отражена в ее тексте или вытекает из ее природы, суд может ограничительно истолковать охват такой императивности и путем такого толкования (телеологической редукции) допустить некоторые из вариантов отступления сторон от ее положений (п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). Например, п. 2 ст. 310 ГК РФ в редакции, действовавшей до 1 июня 2015 г., запрещал включение в договор условия о праве на односторонний отказ или изменение договора, если хотя бы одной из сторон является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность. Данная императивная норма должна была толковаться ограничительно и пониматься как запрет на предоставление такого права на отказ или изменение договора лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность. Очевидно, что цель нормы, не вполне четко отраженная в ее тексте, состояла в защите слабой стороны договора. Поэтому если в договоре между коммерсантом и некоммерсантом договор предоставляет право на отказ или изменение договора потребителю или иному некоммерческому субъекту (как правило, более слабой стороне договора), такое условие договора не должно блокироваться. Этот результат получается при условии ограничительного толкования императивности положений п. 2 ст. 310 ГК РФ. Именно такой путь толкования данной нормы избрала и судебная практика (п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

4.4. Императивная норма может запрещать как любое отклонение условий договора от ее содержания, так и некоторые формы такого отклонения. Так, например, п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей признает недействительными «условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей». Из этой нормы следует, что все нормы потребительского законодательства, если в них прямо не указано иное, являются императивными в том смысле, что они запрещают отступление условий договора от них в сторону ухудшения прав потребителя, не запрещая при этом отклонение в сторону улучшения прав потребителя (так называемые полуимперативные нормы).

4.5. Последствия нарушения условиями договора императивных норм закона определены в ст. 168 ГК РФ. По общему правилу, согласно п. 1 ст. 168 ГК РФ, в редакции, вступившей в силу 1 сентября 2013 г., сделки, противоречащие закону, являются оспоримыми. Ничтожными они являются, согласно п. 2 ст. 168 ГК РФ, только если они не просто нарушают закон, а посягают на публичные интересы и интересы третьих лиц. Данные нормы являются крайне неудачными. Редакция ст. 168 ГК РФ, действовавшая до 1 сентября 2013 г., говорила о ничтожности, и это было куда более логичное решение.

Оспоримость означает необходимость предъявления в суд иска об аннулировании сделки (отдельного условия) с риском пропустить короткий годичный срок давности. Это особенно неприятно в случае с отдельными незаконными условиями договора. Эти условия могут регулировать такой аспект договорных отношений, который может заявить о себе на поздних этапах отношений сторон (например, касаться вопросов ответственности, расторжения и т.п.), в то время как договор может быть заключен на длительный срок. Фактически п. 1 ст. 168 ГК РФ заставляет сторону, которой было навязано явно незаконное договорное условие, превентивно возбуждать судебный процесс сразу после заключения договора, не имея никакой уверенности в том, что соответствующий аспект договорных отношений, урегулированный спорным условием, в принципе когда-либо актуализируется. Такое решение явно несправедливо и нарушает принцип процессуальной экономии. В случае если будет пропущен срок давности на оспаривание прямо незаконного условия, суду придется приводить его в исполнение, что явно противоречит идее законности как базовому принципу права и правосудия.

Положение дел можно отчасти улучшить, если исходить из следующих принципов толкования.

Во-первых, следует однозначно признать, что незаконные условия потребительских договоров ничтожны, так как применение режима оспоримости к случаям навязывания незаконных условий потребителю и возложение на него бремени возбуждения судебного процесса абсолютно неуместно и нарушает его конституционные права.

Во-вторых, следует признать, что условия договора, нарушающие прямо выраженный законодательный запрет, ничтожны. Использование законодателем столь сильного способа выразить неприятие того или иного условия или договора говорит о том, что он не желает мириться с существованием соответствующих условий или договоров в принципе.

В-третьих, следует признать, что попытка одной из сторон сослаться на явно незаконное условие договора в суде должна блокироваться на основании правил ст. 10 ГК РФ о недопустимости злоупотребления правом и п. 4 ст. 1 ГК РФ, согласно которому никто не вправе извлекать выгоду из своего незаконного поведения. Недобросовестность стороны, пытающейся использовать суд для приведения в исполнение очевидно незаконного условия, является очевидной. К такому выводу можно прийти и посредством системного толкования. ВАС РФ в Постановлении Пленума от 14 марта 2014 г. (п. 9) закрепил, что суд при поступлении от одной из сторон соответствующего возражения должен блокировать на основании ст. 10 ГК РФ применение несправедливого условия договора (см. комментарий к ст. 428 ГК РФ). Было бы очень странно и нелогично, если такой прием можно использовать в отношении законных, но несправедливых условий и в то же время почему-то нельзя использовать в отношении условий очевидно незаконных.

При реализации таких принципов толкования вред от неудачной редакции ст. 168 ГК РФ в отношении заключения незаконных договоров будет в значительной степени минимизирован.

На настоящий момент ВС РФ реализовал лишь одну из обозначенных рекомендаций. Он закрепил положение о том, что условия договора, противоречащие прямому законодательному запрету, ничтожны (п. 75 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Однозначное признание ничтожными незаконных условий потребительских договоров пока не закреплено, но есть все основания считать, что суды будут видеть в п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей прямой законодательный запрет и применять здесь режим ничтожности.

Допущение применения ст. 10 ГК РФ для целей блокирования применения незаконных, но не оспоренных условий пока в практике ВС РФ не признано. В то же время Суд указал на то, что ничтожность незаконной сделки может вытекать из существа законодательного регулирования соответствующего договора (п. 74 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Видимо, это достаточно «каучуковое» определение может применяться судами при осознании неадекватности режима оспоримости для случаев, когда в договоре закону противоречит отдельное условие договора.

4.6. Согласно действующей редакции ст. 168 ГК РФ оспоримость или ничтожность противоречащей закону сделки наступает, за исключением случаев, когда иное последствие, не связанное с недействительностью, следует из закона. Смысл этой оговорки состоит в том, что в ряде случаев противоречие договора или иной сделки императивным нормам закона в силу прямого указания в законе или в силу телеологического его толкования должно влечь иное негативное последствие, не связанное с недействительностью сделки. Например, в ряде случаев совершение тех или иных сделок является административным правонарушением и влечет соответствующую публично-правовую ответственность. В таких ситуациях суд, оценив смысл соответствующего императивного запрета, может посчитать, что применение к одной или обеим сторонам административной ответственности является вполне достаточной санкцией и недействительность заключенной сделки не вытекает из целей соответствующей императивной нормы и будет явно избыточной реакцией права на заключение такой сделки. Так, в частности, при продаже алкоголя позже установленного на региональном уровне временного лимита вполне достаточно при-

менения к магазину административной ответственности, аннулирование договора розничной купли-продажи абсолютно неуместно. В российской судебной практике подобные примеры постепенно начинают встречаться (см., например, Определение КЭС ВС РФ от 21 января 2016 г. № 309-ЭС15-12082).

4.7. Признание договора или его условий недействительными в силу противоречия конкретным императивным нормам закона не является единственным механизмом ограничения свободы договора. Ряд конкретных способов аннулировать договор предусмотрен общими правилами ГК РФ о недействительности сделки. Так, например, п. 2 ст. 174 ГК РФ допускает оспаривание сделки, заключенной представителем (директором) в ущерб интересам представляемого на явно невыгодных условиях, а ст. 179 ГК РФ допускает оспаривание сделки, совершенной на невыгодных условиях в силу стечения тяжелых обстоятельств. Статья 428 ГК РФ допускает ограничение свободы договора в части несправедливых условий, включенных в договор присоединения или договор, при заключении которого одна из сторон в силу неравенства переговорных возможностей была лишена реальной возможности влиять на содержание его условий (см. комментарий к ст. 428 ГК РФ). Кроме того, судебная практика знает множество примеров аннулирования договоров, предполагающих вопиюще несоразмерный характер встречных предоставлений, на основании ст. 10 и 168 ГК РФ (подробнее см. комментарий к ст. 423 ГК РФ). В подобных случаях ограничение свободы договора осуществляется судом с учетом всего комплекса обстоятельств дела (так называемое *ex post* ограничение свободы договора) не на основании механического применения какой-либо определенной императивной нормы закона, а на основании значительной судебной дискреции. Соответствующие императивные нормы, допускающие такое судебное усмотрение, здесь не предопределяют решение суда, а делегируют судам свободу усмотрения в борьбе с явными злоупотреблениями договорной свободой.

4.8. Пункт 4 ст. 421 ГК РФ характеризует одновременно и природу диспозитивных норм, определяющих содержание договорных правоотношений (т.е. права и обязанности сторон). Диспозитивными нормами признаются нормы, которые действуют, если иное не предусмотрено в договоре.

Диспозитивными однозначно признаются нормы, в которых прямо указано, что соглашением сторон может быть предусмотрено иное. Но это не значит, что при отсутствии такой оговорки норма является императивной. В силу конституционного статуса принципа свободы договора, а также его фундаментального значения для гражданского права (п. 1 ст. 1 ГК РФ) все нормы ГК РФ или иных законов, определяющие права и обязанности сторон договора, предполагаются диспозитивными, если только из текста нормы или подразумеваемого смысла не вытекает ее императивный статус. Соответственно если в норме, определяющей права и обязанности сторон договора, нет ни прямого текстуального указания на ее диспозитивность, ни аналогичного указания на ее императивность, природа нормы определяется судом посредством толкования ее подразумеваемых целей (телеологическое толкование). При этом суд должен исходить из опровержимой презумпции диспозитивности такой нормы. Ее императивность может быть выведена из толкования нормы, только если налицо критерии императивности, указанные в п. 4.1 настоящего комментария (п. 3, 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16; определения КЭС ВС РФ от 27 октября

2015 г. № 305-ЭС15-6784, от 29 марта 2016 г. № 306-ЭС15-16624, от 25 августа 2016 г. № 301-ЭС16-4469).

При этом суд, решивший придать такой предписывающей норме о правах и обязанностях сторон договора с прямо не определенным в законе статусом императивное толкование, обязан в своем решении обосновать такой выбор и раскрыть цели императивности данной нормы. Этот подход соответствует тому, как вопрос квалификации предписывающих норм договорного права решается в большинстве европейских стран.

Так, например, ст. 475 (о последствиях передачи некачественного товара) или ст. 782 ГК РФ (о праве сторон договора возмездного оказания услуг отказаться от договора) не содержат оговорку о праве сторон согласовать иное, но в них нет и прямого указания на императивность содержащихся в них правил. Соответственно, используя вышеизложенный алгоритм определения подразумеваемой природы норм, суд должен определять нормы данных статей в целом как диспозитивные, так как нет очевидных охраняемых законом интересов, которые могли бы защищаться за счет придания данным нормам императивного характера (см. п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

4.9. В тех случаях, когда в норме есть прямое указание на ее диспозитивность или диспозитивность вытекает из ее толкования, суд может применить ограничительное толкование и сузить охват действия диспозитивности, не признав тот или иной вариант отступления от положений данной нормы. Так, например, норма п. 1 ст. 463 ГК РФ, в соответствии с которым покупатель вправе отказаться от исполнения договора купли-продажи, если продавец отказывается передать покупателю проданный товар, является по своему смыслу диспозитивной (так, например, стороны могут договориться о судебном порядке расторжения договора вместо права на односторонний отказ или установить, что покупатель вправе отказаться от договора, только если продавец не передал товар после того, как покупатель установил ему дополнительный разумный срок для исполнения). Однако в договоре не может быть полностью устранена возможность его прекращения по инициативе покупателя в ситуации, когда продавец отказывается передать проданный товар, поскольку это грубо нарушило бы баланс интересов сторон (п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

Другой пример: в силу п. 1 ст. 365 ГК РФ «к поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, *в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора*», при этом в силу п. 3 этой же статьи это правило является диспозитивным и может изменяться в договоре поручителя с должником. Очевидно, что в таком договоре действительно может быть оговорена неполная суброгация (т.е. к поручителю, исполнившему обязательство за должника, переходит требование кредитора к должнику не в полном объеме), но вряд ли свобода договора простирается настолько далеко, чтобы к поручителю перешло от кредитора требование в большем объеме, чем оно было у кредитора. Такое условие договора должника и поручителя грубо противоречило бы базовым принципам правопреемства (к правопреемнику право не может перейти, если его не было у правопреемника).

Возможность сужения охвата диспозитивности нормы особенно актуальна для тех случаев, когда в некоей пространной норме ГК РФ, содержащей множество правил,

есть «оптовая» оговорка о диспозитивности всех ее положений (например, ст. 328 ГК РФ, подробнее см. комментарий к данной статье). В ряде случаев законодатель не мог предвидеть некоторые явные злоупотребления свободой в отступление от предписанных правил.

4.10. Диспозитивные нормы могут оговаривать дополнительные условия, которые должны быть соблюдены для действительного отступления от установленных ими правил (например, оформление соглашения, отступающего от таких правил, в той или иной форме; заключение такого соглашения до или после наступления тех или иных обстоятельств и т.п.).

5. Согласно п. 5 ст. 421 ГК РФ обычай может быть применен к отношениям сторон только тогда, когда соответствующий вопрос не урегулирован ни договором, ни диспозитивными нормами. Иначе говоря, при противоречии обычая и диспозитивной нормы закона приоритет имеет последняя. В то же время очень часто в формулировке соответствующей диспозитивной нормы прямо указывается на то, что иное может следовать из обычаев. В такой ситуации происходит инверсия общего правила и обычай приобретает приоритет перед содержанием диспозитивной нормы.

Статья 422. Договор и закон

1. Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения.

2. Если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

Комментарий

1. Пределы свободы договора, в частности, задаются императивными нормами позитивного права. Соглашение признается правом только тогда, когда оно совершено в этих установленных в законе пределах, диктуемых существом того или иного вида обязательств, публичными интересами, интересами третьих лиц, соображениями защиты слабой стороны т.п.

1.1. Несоответствие императивной норме, содержащейся в отвечающем требованиям ст. 3 ГК РФ нормативном правовом акте, влечет по общему правилу ст. 168 ГК РФ недействительность договора полностью или в части (ст. 180 ГК РФ). Подробнее см. комментарий к п. 4 ст. 421 ГК РФ.

1.2. Важно иметь в виду, что договор должен соответствовать императивным нормам, действующим в момент его заключения. Именно несоответствие им может повлечь недействительность договора. Оценка действительности договора как двусторонней или многосторонней сделки с учетом изменившегося законодательства

противоречит здравому смыслу и принципам правовой определенности. На регулирование ситуации, когда после заключения императивные нормы изменились, направлен п. 2 ст. 422 ГК РФ.

2. Пункт 2 комментируемой статьи посвящен фундаментальному правилу о недопустимости применения нового закона с обратной силой в отношении обязательств или иных длящихся правоотношений, возникших из ранее заключенных договоров.

2.1. Вопрос об обратной силе вновь принятого закона применительно к договору решается принципиально по-иному, чем в отношении иных длящихся гражданско-правовых отношений.

Общее правило об обратной силе гражданского закона содержится в первом предложении п. 2 ст. 4 ГК РФ: «По отношениям, возникшим до введения в действие акта гражданского законодательства, он применяется к правам и обязанностям, возникшим после введения его в действие». Из этого положения следует, что если правоотношение возникло до реформы законодательства, новые положения закона могут применяться к этому правоотношению в отношении прав и обязанностей, возникших после вступления в силу новых норм. Содержание этой нормы вызывает большие споры. Однако второе предложение п. 2 ст. 4 ГК РФ однозначно выводит из-под ее действия договорные отношения: «Отношения сторон по договору, заключенному до введения в действие акта гражданского законодательства, регулируются в соответствии со статьей 422 настоящего Кодекса».

Во имя стабильности столь важного регулятивного инструмента, как договор, для защиты разумных ожиданий сторон в п. 2 ст. 422 ГК РФ установлено особое правило действия акта гражданского законодательства во времени применительно к договорным отношениям: если после заключения договора принят закон, устанавливающий *обязательные для сторон* правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

Что имеется в виду под обязательными для сторон правилами п. 2 ст. 422 ГК РФ? Вполне очевидно, что тут имеются в виду как минимум императивные нормы закона.

Иными словами, если меняется (или вводится вовсе новая) императивная норма, то договор, условия которого противоречат новым императивным нормам, не становится от этого недействительным. Законодатель вправе решить иначе и, по сути, лишить часть условий договора силы на будущее время, но он должен прямо указать при изменении закона, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров.

2.2. Сложнее обстоит дело, если меняется норма диспозитивная.

Можно сказать, что если стороны не урегулировали вопрос, которого касается диспозитивная норма, то они выразили согласие на то, что решение этого вопроса будет таким, как скажет законодатель. Иными словами, согласно такому взгляду диспозитивная норма лежит вне договора, она не его условие. А раз так, то возможно утверждение, что ст. 422 ГК РФ не регулирует действие во времени диспозитивных норм применительно к ранее заключенным договорам.

Последовательное проведение этого подхода позволяет законодателю, меняя диспозитивные нормы и вводя новые диспозитивные правила, которых раньше не было, менять договорные отношения сторон вне зависимости от времени их возникновения и в нарушение разумных ожиданий сторон, если только стороны прямо не согласовали в договоре то или иное условие, тем самым исключив применение соответствующей диспозитивной нормы.

Однако если читать п. 4, 5 ст. 421 ГК РФ буквально, то нельзя не заметить, что сам законодатель отказался от такого подхода, приняв иную позицию. Пункт 4 ст. 421 ГК РФ гласит: «В случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения *условие договора определяется диспозитивной нормой*». Согласно же п. 5 этой же статьи «*если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями, применимыми к отношениям сторон*».

Итак, ГК РФ говорит в ст. 421 о том, что не исключенная сторонами диспозитивная норма де-факто определяет условие договора. А ст. 422 ГК РФ гласит, что без специального указания об обратном при изменении закона *условия ранее заключенных договоров сохраняют силу*. Получается, что в отношениях сторон, не исключивших применение диспозитивной нормы или не договорившихся об ином, диспозитивная норма становится договорным условием, частью их договора. Такое условие даже не нужно называть подразумеваемым – оно прямо выражено.

Соответственно положения п. 1 ст. 422 ГК РФ о запрете на ретроспективное применение новых положений закона к ранее заключенным договорам должны применяться и к диспозитивным нормам. Иначе говоря, «обязательные для сторон правила» в контексте данной нормы – это не только императивные, но и диспозитивные нормы закона.

2.3. В пользу такого решения есть убедительные содержательные аргументы.

Формулируя условия договора, стороны создают для своих отношений особую регулятивную базу, которая основана в том числе на массиве диспозитивных норм договорного права. Они оставляют те или иные вопросы неурегулированными, ориентируясь на то, какие диспозитивные правила закона восполняют оставленные ими пробелы в договоре. Если эти диспозитивные правила устраивают стороны, им нет никакого смысла переписывать такие диспозитивные нормы в своем договоре. Если бы диспозитивные нормы закона были иными, стороны вполне могли бы сформулировать иные условия.

В связи с этим ретроспективное применение новых диспозитивных норм подрывало бы разумные ожидания сторон договора и нарушало бы правовую определенность. Кроме того, такая ретроспективность вынуждала бы стороны, желающие обеспечить предсказуемую и прочную регуляторную базу для своих деловых отношений и исключить ретроспективное изменение желаемой ими структуры прав и обязанностей, переписывать в своем договоре сотни и тысячи диспозитивных норм ГК РФ об обязательствах и договорах, которые им кажутся разумными и подходящими. Ведь если бы они этого не сделали, то при отвергаемом нами подходе

последующее изменение диспозитивных норм могло бы подорвать их ожидания и нарушить тонкий баланс интересов, отраженный в тексте договора.

2.4. Одним из подтверждений обоснованности описываемого взгляда на п. 2 ст. 422 ГК РФ является его восприятие практикой высших судебных инстанций.

Так, в п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, разъясняющем действие во времени новелл обязательственного права, указано, что «положения Гражданского кодекса Российской Федерации в измененной Законом № 42-ФЗ редакции, например, диспозитивная статья 317¹ ГК РФ, не применяются к правам и обязанностям, возникшим из договоров, заключенных до дня вступления его в силу (до 1 июня 2015 года). При рассмотрении споров из названных договоров следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией Гражданского кодекса Российской Федерации с учетом сложившейся практики ее применения (пункт 2 статьи 4, абзац второй пункта 4 статьи 421, пункт 2 статьи 422 ГК РФ)»¹.

ВАС РФ в своих разъяснениях также следовал такому взгляду на п. 2 ст. 422 ГК РФ. Так, согласно п. 6 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, правило п. 2 ст. 422 применяется как к императивным, так и к диспозитивным нормам.

Надо также отметить, что буква ст. 422 ГК РФ соблюдалась в том числе, когда речь касалась императивных норм в таких специфических сферах, как государственное регулирование тарифов и законодательство о защите конкуренции (см. п. 1, 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73, постановления Президиума ВАС РФ от 17 марта 2009 г. № 5642/08, от 23 сентября 2008 г. № 5573/08).

Более того, ВАС РФ, по сути, руководствовался таким же подходом применительно к своим абстрактным разъяснениям. Например, п. 11 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17 содержит такое разъяснение: «В целях соблюдения принципа правовой определенности и во избежание нарушения разумных ожиданий участников гражданского оборота разъяснения, содержащиеся в пункте 9 настоящего постановления, подлежат применению к отношениям, возникшим из договоров сублизинга, заключенных после опубликования данного постановления на сайте Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

2.5. Итак, к отношениям, основанным на договоре, вне зависимости от момента возникновения отдельных прав и обязанностей по общему правилу не применяются как императивные, так и диспозитивные нормы, введенные или измененные после его заключения. Договор не затрагивают дальнейшие изменения законодательства, если только законодатель прямо не укажет на обратное.

Например, ст. 6 Федерального закона от 26 марта 2003 г. № 36-ФЗ «Об особенностях функционирования электроэнергетики и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу

¹ Исключение сделано лишь для новой редакции п. 1 ст. 395 ГК РФ, касающегося законного размера процентов годовых: при решении вопроса о начислении процентов за неисполнение денежного обязательства, возникшего на основании заключенного до 1 июня 2015 г. договора, в отношении периодов просрочки, имевших место с 1 июня 2015 г., размер процентов определяется в соответствии с п. 1 ст. 395 ГК РФ в ред. Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации». Это исключение, вероятно, обосновывается тем, что как ранее, так и в новой редакции п. 1 ст. 395 ГК РФ законный размер процентов де-факто полностью зависит от усмотрения Банка России.

некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об электроэнергетике»» содержит правило, согласно которому утверждаемые Правительством Российской Федерации основные положения функционирования розничных рынков и иные регулирующие функционирование (ценообразование) оптового и розничных рынков нормативные документы обязательны для сторон публичного договора со дня их вступления в силу и распространяются также *на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров*, если указанными нормативными документами не установлен иной срок их вступления в силу.

В этой норме речь идет не об обратной силе закона, что допускается ст. 422 ГК РФ, а о придании такой силы актам Правительства РФ, что весьма спорно. Однако, следуя указанию закона, судебная практика признала это исключением из правила комментируемого п. 2 ст. 422 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 марта 2009 г. № 5642/08).

2.6. В то же время возможны некоторые случаи, когда применение для целей восполнения пробела в договоре вновь принятых императивных или диспозитивных норм, регулирующих договорные отношения, в отступление от вышеописанного общего правила, видимо, следует допускать. Но нужно сразу оговориться, что такое отступление от фундаментального правила п. 2 ст. 422 ГК РФ в каждом случае нуждается в содержательном обосновании.

(а) Возможны случаи, когда в рамках сложившейся судебной практики действовавшая ранее диспозитивная норма понималась так, как ее в дальнейшем в ходе реформы прямо изложил законодатель, либо когда новая диспозитивная норма восполняет пробел в законе, который ранее таким же образом восполнялся в судебной практике.

Например, допустимость того или иного соглашения выводилась из общего принципа свободы договора, а затем законодатель прямо указал на такое соглашение в тексте закона. Так, с 1 июня 2015 г. в ГК РФ появилась ст. 429¹, посвященная рамочному договору. Однако такие соглашения были распространены в деловом обороте и признавались судебной практикой, исходящей из принципа свободы договора, и ранее (см., например, п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165).

Другой пример: п. 3 ст. 433 ГК РФ в редакции, действовавшей до 1 июня 2015 г., указывал на то, что договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента такой регистрации. Но эта норма понималась арбитражной практикой таким образом, что регистрация имеет значение для возникновения последствий в отношении третьих лиц, но не в отношении сторон сделки, которые связаны договорным обязательством (п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73; п. 2–4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165; постановления Президиума ВАС РФ от 6 сентября 2011 г. № 4905/11, от 12 марта 2013 г. № 15510/12). Поэтому дополнение п. 3 ст. 433 ГК РФ с 1 июня 2015 г. указанием на то, что договор, подлежащий государственной регистрации, считается *для третьих лиц* заключенным с момента его регистрации, лишь вводит в закон то, что ранее выводилось судами из прежней редакции закона.

Строго говоря, в описанных случаях применение закона, действовавшего в момент заключения договора, с учетом сложившейся практики его применения приводит к тому же результату, что и применение закона измененного. Очевидно, на эту

особенность указывается в п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7: «При рассмотрении споров из названных договоров [заключенных до дня вступления в силу закона о реформе обязательственного права] следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией Гражданского кодекса Российской Федерации с учетом сложившейся практики ее применения [...]».

(б) Если изменение ранее действовавшей неясной или противоречивой диспозитивной нормы направлено на уточнение ее смысла, которое и ранее могло быть выведено судами путем ее толкования (пусть даже это толкование и не было закреплено в практике высших судов), и при этом такое толкование и до изменения закона вполне могло быть ожидаемо сторонами, данное изменение нормы не подрывает разумные ожидания сторон. Было бы вряд ли разумно жестко пресекать ретроспективное применение таких диспозитивных норм.

(в) Примерно то же можно сказать и о принятии диспозитивной нормы по вопросу, который ранее в законе не регулировался вовсе. Если до появления новой нормы соответствующий пробел в законе не восполнялся таким же образом однозначной судебной практикой высших судов, но мог быть восполнен именно так за счет применения аналогии закона, общих начал гражданского права или принципов добросовестности, справедливости и разумности (ст. 6 ГК РФ), появление новой диспозитивной нормы с аналогичным содержанием не будет подрывать разумные ожидания сторон.

В подобных случаях отказ от ретроспективного применения новой диспозитивной нормы сохранит неясность старой законодательной нормы или пробел в законе, что создаст куда больше проблем для сторон. Если новая норма действительно имеет такой характер, что ее содержание не является «регуляторным сюрпризом» и соответствует ожиданиям разумных участников оборота, было бы странно воздерживаться от ее ретроспективного применения. Если стороны, заключая договор, осознавали неясность и неоднозначность действовавшей диспозитивной нормы или наличие пробела в законе и не воспользовались возможностью согласовать в договоре четкое условие на сей счет и снять правовую неопределенность, они имплицитно согласились на то, что впоследствии эти неясность или пробелы могут быть восполнены ретроспективно как минимум судами. В такой ситуации было бы странно запрещать восполнять этот пробел или устранять неясность законодателю.

2.7. Обсуждая применение общего правила о запрете ретроспективности по п. 2 ст. 422 ГК РФ к публичным договорам, часто ставится вопрос о том, как будет достигаться равенство потребителей в таких договорах, если они будут регулироваться «разным законодательством»: в зависимости от того, когда потребители заключили свои публичные договоры, к ним могут применяться разные диспозитивные и императивные законодательные нормы.

Однако представляется, что следует вести речь о равенстве потребителей в публичных договорах лишь на момент формирования их условий, т.е. на момент заключения. Очевидно, что цена товара в одном из договоров может существенно отличаться от цены договоров, которые заключены спустя несколько лет, и здесь не будет никакого нарушения требований ст. 446 ГК РФ. Тем более странно видеть такое нарушение, если этот договор заключался в соответствии с действовавшим на тот момент законодательством, а новые договоры — в соответствии с более поздним, иначе регулирующим соответствующие отношения.

Равным образом неубедительными выглядят попытки обосновать положением п. 4 ст. 426 ГК РФ применение изменившегося (не действовавшего на момент заключения) законодательства к возникшим из публичного договора отношениям. Часто это делается для применения нового нормативного правового акта к отношениям из «длящихся» договоров, например договоров энергоснабжения.

Действительно, публичный договор, согласно п. 4 ст. 426 ГК РФ, должен соответствовать установленным в предусмотренных законом случаях правилам, обязательным для сторон при заключении *и исполнении* публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.). Санкцией за несоблюдение этого требования является ничтожность условий такого договора (п. 5 ст. 426 ГК РФ). Но из этого не следует, что вновь принятые правила могут распространяться на ранее заключенные, но еще не исполненные договоры. Очевидно, что договор, заключенный до введения или изменения подобных обязательных правил, не может быть объявлен ничтожным полностью или в части, если он соответствовал законодательству на момент его заключения. Тот факт, что какой-либо договор исполняется многие годы, не делает его автоматически подверженным изменению закона. Наоборот, стабильность длительных договорных отношений предполагает, что условия договора будут оставаться неизменными.

В том случае, когда жизнь требует иного подхода, законодатель прямо указывает на исключение из п. 2 ст. 422 ГК РФ, как это было сделано в рассмотренном примере в сфере электроэнергетики, реформа которой не позволяла сохранить неизменными старые договорные связи.

Кроме того, следует обратить внимание, что в ряде сфер, где используются «длящиеся» договорные отношения, сами договоры заключаются на непродолжительный срок (например, год) и далее по умолчанию продлеваются, если ни одна из сторон не выскажется против этого (см., к примеру, п. 2 ст. 540 ГК РФ). В таком случае речь следует вести о заключении нового договора на тех же условиях на новый срок. По крайней мере возобновление договора аренды на неопределенный срок по п. 2 ст. 621 ГК РФ признавалось заключением нового договора (см. п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66). «Продленный договор», очевидно, будет подчинен императивным и диспозитивным нормам, действующим в момент его «автоматического» заключения.

2.8. Очень интересный вопрос возникает в ситуации, когда на момент заключения договора он противоречил действовавшим тогда императивным нормам и являлся в связи с этим ничтожным в целом или в соответствующей части, а впоследствии соответствующее императивное регулирование было отменено. Положения п. 2 комментируемой статьи в отношении этой ситуации не вполне применимы, так как из смысла нормы со всей очевидностью следует, что подобная ситуация ею не покрывается. Толкование положений п. 1 комментируемой статьи приводит скорее к выводу, что «исцеление» ничтожной сделки в случае последующей отмены императивного предписания, нарушенного таким договором, не должно происходить. Ничтожный договор не может автоматически приобрести юридическую силу из-за отмены того запрета, нарушение которого и привело к ничтожности договора. Такое решение представляется разумным в качестве общего правила, соответствующего соображениям правовой определенности.

В то же время здесь следует, видимо, сделать как минимум три оговорки.

Во-первых, ничто не мешает сторонам заключить договор, противоречащий действующим императивным нормам, и поставить вступление его (или некоторых противоречащих закону условий) в силу под отлагательное условие отмены соответствующих императивных норм.

Во-вторых, если договор в момент его заключения ничтожен в связи с противоречием императивным нормам, но после отмены императивной нормы обе стороны своим волеизъявлением (в том числе конклюдентным) подтвердили действие договора, следует считать, что они выразили волю на правовое существование договора и, по сути, заключен новый, теперь уже действительный, договор на тех же условиях. Спорным здесь может оказаться только вопрос о моменте возникновения правовой связи в такой ситуации, отсчете сроков на исполнение и сроков действия договора. Должна ли такая связь считаться возникшей с момента обоюдного подтверждения договора, с момента отмены императивных предписаний (т.е. с некоторой ретроспективностью по отношению к моменту подтверждения) или вовсе с момента заключения изначального договора (т.е. с тотальной ретроспективностью)?

В-третьих, возможно, несколько по-иному следует относиться к ситуации, когда противоречие договора закону влечет оспоримость договора (п. 1 ст. 168 ГК РФ). Если такой договор был признан судом недействительным еще до отмены соответствующей императивной нормы, то должны применяться вышеуказанные выводы, сделанные в отношении ничтожного договора. Но если договор не был к этому моменту признан недействительным и соответственно оспоримый договор продолжает действовать в период после отмены императивного предписания, право на оспаривание договора, видимо, должно утрачиваться. Впрочем, этот вопрос требует серьезного изучения.

Статья 423. Возмездный и безвозмездный договоры

1. Договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей, является возмездным.

2. Безвозмездным признается договор, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного предоставления.

3. Договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное.

Комментарий

1. В качестве возмездного может быть квалифицирован любой договор, в котором осуществление встречного предоставления одной стороной обусловлено встречным предоставлением другой стороны (т.е. осуществляется в обмен на него).

1.1. В качестве встречного предоставления может выступать определенное благо, которое одна сторона получает за счет другой, в виде предоставления прав на один из объектов гражданских прав, указанных в ст. 128 ГК РФ (предоставление вещи в собственность или во временное владение и пользование, предоставление лицензии на объекты интеллектуальной собственности, уступка права требования

по обязательству и т.п.), предоставление одной стороной тех или иных обязательственных прав другой стороне (например, в случае оплаты в обмен на исполнение обязательства воздержаться от определенных действий) или иных имущественных прав (например, внесение опционной премии за право заключить договор), в ряде случаев прекращение обязательств одной из сторон в отношении другой (например, при прощении долга в обмен на некое встречное предоставление) или обязательств одной стороны перед третьими лицами (например, при погашении одной стороны долга другой перед третьим лицом в обмен на некое встречное предоставление), согласие на изменение обязательства в пользу одной из сторон (например, при согласии арендодателя расторгнуть договор в обмен на внесение той или иной платы за расторжение), принятие одной из сторон на себя неких обязательств другой стороны перед третьими лицами (например, при переводе долга в обмен на некое встречное предоставление). Важно, чтобы такое предоставление в виде той или иной манипуляции с правами на объекты гражданских прав удовлетворяло какую-либо экономическую (не обязательно сугубо материальную) потребность одного контрагента за счет другого.

В качестве иллюстрации многообразия форм встречного предоставления можно привести соглашение, по которому при приобретении клиентом банка специальной банковской карты, условием приобретения которой являлось обеспечение определенного остатка или ежемесячного оборота на лицевом счете клиента, ему «бесплатно» предоставлялось право пользования *VIP*-залами аэропорта. В данном случае, как указал ВАС РФ, встречное предоставление со стороны клиента заключалось в необходимости поддержания определенного остатка на карте. В данном случае встречным предоставлением является, конечно же, не утрата некоего потенциально возможного дохода владельцем карты от альтернативного использования денег, а предоставление банку более дешевого для банка финансирования: проценты, которые банк платит по привлекаемым вкладам, выше, чем проценты по остаткам на лицевых счетах. Соответственно, здесь, по мнению ВАС РФ, можно говорить о возмездности договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 апреля 2013 г. № 13986/12 по делу № А56-47243/2011).

1.2. В то же время если на одной стороне договора лежит полноценное встречное предоставление, а на другой – лишь выполнение тех или иных обязанностей служебного характера, которые сами по себе не удовлетворяют ту или иную экономическую потребность кредитора, налицо безвозмездный договор (см. подробнее комментарий к п. 2 настоящей статьи).

1.3. Далеко не любой двусторонне обязывающий договор является возмездным, так как обязанности одной из сторон могут не носить характер встречного предоставления. Но в равной степени и не любой возмездный договор является двусторонне обязывающим. Так, например, реальный договор процентного займа является односторонне обязывающим (так как на займодавце нет обязательства предоставить заем), но при этом такой договор, безусловно, является возмездным.

Если имеет место двусторонне обязывающий возмездный договор, по которому предметом взаимных обязательств сторон является предоставление друг другу неких экономических благ (встречных предоставлений), то принято говорить о договоре синаллагматическом. Подробнее о таких договорах см. комментарий к ст. 328 ГК РФ.

1.4. Если договор состоит из множества обязательств и при этом отсутствует указание на стоимость или иное встречное предоставление за каждое из них, считается, что стоимость исполнения соответствующего обязательства включена в общую стоимость договора, т.е. такое обязательство не исполняется безвозмездно. В качестве иллюстрации можно привести дело, в котором Президиум ВАС РФ указал: «то обстоятельство, что в смете отдельно не выделены работы по обеспечению безопасности дорожного движения, не означает, что эти работы выполняются подрядчиком безвозмездно, поскольку стоимость таких работ в силу презумпции возмездности договора, предусмотренной п. 3 ст. 423 ГК РФ, учитывается сторонами при определении общей стоимости объекта, который должен быть создан в результате выполнения работ» (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. № 1488/13). Другим примером является часто встречающаяся ситуация, когда при выполнении работ по договору создаются результаты интеллектуальной деятельности (например, отчеты, компьютерные программы и пр.) и стороны оговаривают переход исключительного права к заказчику с сохранением за другой стороной права пользования в определенном объеме. По своей природе соответствующие условия могут рассматриваться в качестве элементов договоров на отчуждение исключительного права или лицензионного договора соответственно. Однако даже если стоимость отчуждаемых или предоставляемых прав не выделена отдельно от общей стоимости работ, это не означает, что они предоставляются безвозмездно, просто их стоимость учтена в общей стоимости договора.

1.5. Возмездный или безвозмездный характер договора, а также характер встречного предоставления напрямую влияют на правовую квалификацию договора. Так, если предоставлению имущества в собственность корреспондирует обязанность другой стороны внести денежную плату, то такой договор является куплей-продажей. Если же это будет не денежная плата, а иная вещь, то это будет договор мены. Но если вещь передается в собственность безвозмездно, то квалификация договора меняется, и следует говорить о договоре дарения или непоименованном договоре безвозмездного отчуждения, заключенном без цели одарить (подробнее см. далее). Если стороны придают безвозмездный характер договорной конструкции, которая поименована в законодательстве лишь в качестве возмездной (например, договор возмездного оказания услуг), то это вполне согласуется с общим принципом свободы договора. Такой договор может, в частности, рассматриваться в качестве непоименованного договора.

1.6. Разграничение договоров на возмездные и безвозмездные имеет несомненное практическое значение, в частности при решении законодателем вопроса об установлении специальных норм об имущественной ответственности сторон за нарушение договора. В некоторых случаях согласно специальным нормам закона ответственность лица, не извлекающего из договора материальной выгоды, менее строгая, чем лица, заключающего договор в своем имущественном интересе. От такого лица нельзя требовать, чтобы оно производило расходы по принятию особых мер предосторожности, по охране имущества и т.п. Так, хранитель по безвозмездному договору хранения обязан заботиться о переданном ему на хранение имуществе не менее, чем он заботился бы о своем собственном имуществе (ст. 891 ГК РФ), и к нему правило о строгой ответственности коммерсанта независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ) неприменимо. Ссудодатель по договору безвозмездного

пользования отвечает только за те недостатки вещи, которые он умышленно или по грубой неосторожности не оговорил при заключении договора безвозмездного пользования (п. 1 ст. 693 ГК РФ).

1.7. Следует отличать возмездность как таковую от эквивалентности встречных предоставлений. Первое предполагает взаимность осуществляемых по договору предоставлений сторон, в то время как второе — сопоставимое соотношение размера (объема) таких предоставлений. В соответствии с ГК РФ исполнения сторон по договору не обязательно должны быть эквивалентными для того, чтобы такой договор признавался возмездным. Однако, если исполнение одной из сторон будет носить символический характер (например, традиция давать монетку за передаваемый в дар острый предмет), возмездность договора может быть поставлена под сомнение и соответствующий договор может быть квалифицирован либо как дарение, либо как иной поименованный тип договора, допускающий безвозмездность между сторонами (на основании правил ст. 170 ГК РФ о притворных сделках). В случае если такой договор с символическим встречным предоставлением в силу ст. 170 ГК РФ переqualифицируется в дарение, он может подпасть под императивный запрет дарения между коммерческими организациями (ст. 575 ГК РФ).

Несоразмерность встречных предоставлений (за рамками тех случаев, когда в пору говорить о притворности и прикрытии на самом деле безвозмездной сделки) сама по себе не является основанием для признания договора недействительным. Но в некоторых случаях суд может признать договор ничтожным по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ (или ст. 169 ГК РФ), если встречные предоставления по нему явно («шокирующе») несоразмерны, что является сильным индикатором некоего порока воли стороны, нарушения прав и интересов третьих лиц или публичных интересов. Например, когда некий актив продается по цене в десятки раз выше рыночного уровня и отсутствуют какие-либо убедительные объяснения экономической логики в такой аномалии, суд может ограничить свободу договора (Определение КГД ВС РФ от 29 марта 2016 г. № 83-КГ16-2, Определение КЭС ВС РФ от 15 декабря 2014 г. по делу № 309-ЭС14-923, постановления Президиума ВАС РФ от 20 мая 2008 г. № 15756/07, от 11 февраля 2014 г. № 13846/13 и др.). В такого рода случаях явная неадекватность цены говорит сама за себя и свидетельствует об аномальном характере сделки.

В связи с этим следует подчеркнуть, что признание договора недействительным по одному лишь основанию неэквивалентности встречных предоставлений при отсутствии доказательств тех или иных пороков воли или иных оснований недействительности должно допускаться только в самых крайних случаях. Такие случаи имеют место тогда, когда разрыв во встречных предоставлениях носит настолько вопиющий характер, что абсолютно очевидно, что сделка на таких условиях не могла быть заключена разумным лицом без какого-либо скрытого порока воли или умысла на причинение вреда третьим лицам или публичным интересам.

При этом подобного рода вторжения судов в отношении сугубо коммерческих договоров особенно опасны и должны допускаться только в самых исключительных случаях. Коммерсанты действуют в обороте на свой риск и их просчеты в оценке целесообразности сделки и адекватности цены непростительны. Интенсивное блокирование свободы сугубо коммерческого договора по одной лишь причине неэквивалентности встречных предоставлений может грубо нарушить базовые

принципы рыночной экономики, дестабилизировать оборот и сформировать почву для недобросовестного оспаривания заключенных договоров.

Осторожность в ограничении свободы договора по причине несоразмерности цены особенно актуальна в свете того, что не существует никакого иного способа объективно оценить соразмерность встречных предоставлений кроме как путем апелляции к обычным, рыночным ценам. Но определение эквивалентности в соответствии с таким критерием в суде может быть крайне затруднительным, особенно тогда, когда предмет договора нестандартизирован и отсутствует развитый рынок абсолютных аналогов, позволяющий достоверно и надежно определить рыночный уровень цен (например, права на объекты интеллектуальной собственности, права требования к проблемному должнику, уникальные услуги, права на доменное имя, доля или акции в непубличном обществе, реализующим тот или иной высокотехнологический стартап, и т.п.). На заключение оценщиков в подобных ситуациях полагаться крайне опасно, так как определение рыночной цены при отсутствии рынка абсолютных аналогов носит во многом достаточно спекулятивный и приблизительный характер. Соответственно, если суды начнут интенсивно ограничивать свободу договора по причине отклонения цены от условно определенного рыночного уровня за рамками особо вопиющих случаев, не вызывающих никаких сомнений в наличии у сделки тех или иных юридических пороков, значительно возрастают риски аннуляции абсолютно нормальных проявлений экономической свободы и подрыва стабильности оборота.

Кроме того, явная несоразмерность встречных предоставлений может быть одним из факторов, учитываемых и при применении ряда иных оснований недействительности сделки (например, оспаривание сделки, совершенной во вред представляемому по п. 2 ст. 174 ГК РФ, кабальной сделки, совершенной на невыгодных условиях в связи со стечением тяжелых обстоятельств по ст. 179 ГК РФ, сделки, заключенной в период подозрительности в преддверии банкротства, по правилам ст. 61² Закона о банкротстве и др.). Но и в таких случаях следует учитывать вышеизложенные выводы об опасности интенсивного вторжения судов в сферу ценовой свободы договора и условности представляемых в суд в подтверждение явной неравноценности встречных предоставлений оценок рыночной цены при отсутствии рынка абсолютных аналогов.

2. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи безвозмездным признается договор, в котором отсутствует встречное предоставление. При этом сам по себе факт наличия обязанностей по договору у обеих сторон (так называемый двусторонне-обязывающий договор) не превращает такой договор в возмездный.

Например, обязанность одаряемого использовать подаренное имущество по определенному назначению в рамках пожертвования не превращает соответствующий договор в возмездный.

Равным образом наличие определенных обязанностей у лицензиата (ограничений прав использования) в не предусматривающем лицензионных платежей лицензионном договоре (например обязанности использовать произведение только в некоммерческих целях и т.п.), не превращает такую безвозмездную лицензию в возмездную.

В сфере электронной коммерции достаточно часто встречаются договоры, в рамках которых предоставляется услуга или право использования результата интеллектуальной деятельности без взимания платы, но сопровождающиеся получением

согласия на обработку персональных данных пользователя в определенном объеме. Предоставление стороной согласия на обработку персональных данных в рамках специально установленного правового режима защиты персональных данных (Федеральный закон от 27 июня 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» и иные акты), положения которого носят ярко выраженные черты публичного права, ни к одному из поименованных объектов гражданских прав отнести нельзя. Сами персональные данные, выступая разновидностью информации, исключенной из перечня объектов гражданских прав со вступлением в силу части 4 ГК РФ и не являясь при этом объектом интеллектуальной собственности, не подпадают под признаваемые ст. 128 ГК РФ виды информации, которая может выступать объектом гражданских прав. Соответственно, вышеуказанные договоры нельзя считать возмездными в контексте ст. 423 ГК РФ, напротив, их можно рассматривать в качестве безвозмездных в силу существа возникающих отношений (п. 3 ст. 423 ГК РФ).

Нет встречного предоставления, а следовательно, и возмездности договора, и тогда, когда обязательство контрагента состоит в возмещении расходов другой стороны, понесенных на исполнение ею своего обязательства. Так, например, если по договору поручения поверенный не вправе претендовать на оплату своих услуг, но вправе требовать возмещения понесенных расходов, само наличие такого встречного денежного обязательства доверителя не превращает договор в возмездный. Такой договор даже при возникновении и компенсации расходов не превращается в договор, опосредующий экономический обмен.

Не будет возмездным и такой договор, по которому одна сторона получает определенное экономическое предоставление, а со своей стороны обязуется по прошествии определенного срока его вернуть без уплаты какой-либо цены за предоставление такого блага. Так, например, беспроцентный заем или договор ссуды являются безвозмездными, несмотря на то что на заемщике (ссудополучателе) имеется некое обязательство.

2.1. Следует иметь в виду, что далеко не всякий безвозмездный договор является дарением. Для квалификации безвозмездного договора согласно сложившейся судебной практике принципиальное значение имеет намерение одарить (*animus donandi*), т.е. совершить некое предоставление в адрес другого лица без получения от последнего какой-либо более или менее очевидной встречной выгоды для себя. Эта встречная выгода не проявляется в форме встречного предоставления по данному договору (иначе следовало бы говорить о возмездном договоре), но может проявляться в каких-то иных аспектах (например, заключение новой выгодной сделки, списание долга по другому договору и т.п.). Если лицо, осуществляющее предоставление по безвозмездному договору, не имеет цель одарить, а преследует какую-либо корыстную цель в виде получения от другой стороны некой встречной выгоды (возможно, в рамках иных отношений с данной стороной), то нельзя говорить и о дарении. В таком случае договор будет непоименованным безвозмездным договором. Так, например, согласно Постановлению Президиума ВАС РФ от 4 декабря 2012 г. № 8989/12 квалификация безвозмездного перераспределения активов внутри холдинга между головной и дочерней компаниями (например, передача имущества от головной компании на баланс дочерней, или наоборот) «без прямого встречного предоставления в качестве дарения является ошибочной». Для нас очевидно, как минимум, что дарением в описанной ситуации не будет передача актива

от головной компании к дочерней, так как в результате такой передачи вырастают чистые активы дочерней компании, а следовательно, и стоимость корпоративного контроля головной; таким образом, цель такой передачи состояла не в том, чтобы одарить, облагодетельствовать дочернюю компанию, и головная компания получает некую выгоду. По сути, тот же подход был закреплен в практике ВАС РФ в отношении квалификации в качестве дарения прощения долга (см. комментарий к ст. 415 ГК РФ). В целом эта позиция, согласно которой не любой безвозмездный договор является дарением, достаточно устоявшаяся в судебной практике.

Если коммерческие организации заключили не предусмотренный законом или иными правовыми актами договор, который не предполагает встречного предоставления и имеет цель не создать условия для получения некой встречной выгоды (пусть и не по этому договору), а одарить, данный договор должен квалифицироваться в качестве дарения и не соответствует подп. 4 п. 1 ст. 575 ГК РФ. По логике закона предприниматели должны действовать исключительно в целях получения прибыли. Это означает, что безвозмездные сделки, совершаемые между предпринимателями в благотворительных целях, по общему правилу противоречат смыслу их деятельности. Вследствие этого в законе установлен запрет заключать договоры дарения в отношениях между коммерческими организациями (см. также: Постановление Президиума ВАС РФ от 27 июля 2010 г. № 1637/09). Данный запрет нередко обсуждается на предмет адекватности и разумности, но на настоящий момент он является элементом действующего позитивного регулирования.

Тем не менее сам ГК РФ в некоторых случаях прямо допускает возможность существования безвозмездных договоров между коммерческими организациями. Так, например, в соответствии с п. 5¹ ст. 1235 ГК РФ не допускается безвозмездное предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в отношениях между коммерческими организациями на территории всего мира и на весь срок действия исключительного права на условиях исключительной лицензии, если ГК РФ не установлено иное. Соответственно, безвозмездные неисключительные лицензии, а равно безвозмездные исключительные лицензии на срок менее срока действия исключительного права и (или) действующие не на территории всего мира, вполне могут существовать между коммерческими организациями. Из смысла нормы следует, что в такого рода случаях безвозмездность возможна независимо от цели и намерений лицензиара.

2.2. Также следует заметить, что далеко не все договоры опосредуют элементарный экономический обмен или направлены на дарение. Есть целый ряд договоров, которые регулируют объединение усилий сторон в целях реализации неких совместных задач и координации поведения. Речь идет о договоре об учреждении общества; корпоративном договоре, регулирующем процесс согласования позиций по голосованию; договоре простого товарищества, например, объединяющем вклады жителей поселка для строительства общей дороги к их поселку; договоре собственников о порядке управления общим имуществом и т.п. Такие договоры заключают члены какого-либо существующего сообщества для регулирования вопросов, возникающих в процессе осуществления совместной деятельности, или лица, желающие объединиться в такое сообщество. В науке вопрос о том, являются ли такие договоры возмездными, безвозмездными или вовсе не укладываемыми ни в одну из этих категорий, является спорным.

3. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает крайне важную презумпцию возмездности любого гражданско-правового договора. Безвозмездность может следовать из положений закона или иного нормативного акта (например, в соответствии с п. 5 ст. 1286 ГК РФ лицензионный договор является безвозмездным, если в нем прямо не указано иное), положений договора или существа обязательства. Например, все так называемые свободные лицензии, в рамках которых предоставляется максимально широкое право пользования произведением (*Creative commons*, *Open source licenses*), в силу существа возникающих отношений не предполагают уплаты лицензионного вознаграждения. В некоторых лицензиях подобного рода это прямо указано, в других это вытекает из конститутивных признаков такого рода соглашений, установленных авторитетной саморегулирующей организацией.

3.1. Если отсутствуют доказательства наличия воли сторон передать имущество без какого-либо встречного предоставления, а также безвозмездность не следует из закона, иных правовых актов или существа отношений, сделка по передаче имущества признается возмездной (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 сентября 2009 г. № 5477/09). Так, например, ВАС РФ признал, что отсутствие доказательств возмездного характера договора цессии не является основанием для признания его ничтожным в порядке применения запрета на дарение между коммерческими организациями, для этого требуется наличие доказательств очевидного намерения передать соответствующее право в качестве дара (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 апреля 2006 г. № 13952/05). При отсутствии явных признаков направленности воли сторон на безвозмездность сторона, осуществившая предоставление, вправе требовать по суду внесения платы, размер которой будет определяться по правилам ст. 424 ГК РФ.

Статья 424. Цена

1. Исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон. В предусмотренных законом случаях применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т.п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами и (или) органами местного самоуправления.

2. Изменение цены после заключения договора допускается в случаях и на условиях, предусмотренных договором, законом либо в установленном законом порядке.

3. В случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги.

Комментарий

1. По общему правилу в рыночной экономике стороны договора по своему усмотрению определяют стоимость предоставляемого ими исполнения по договору. Цена может быть определенной (фиксированной) или определяемой. В последнем случае стороны согласовывают порядок ее определения в виде соответствующих элементов ценообразования (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ

от 24 января 2000 г. № 51; Постановление Президиума ВАС РФ от 2 февраля 2010 г. № 4158/09).

1.1. Исключение из правила об установлении цены договора соглашением сторон возможно лишь в строго определенных случаях и на основании федерального закона. При этом федеральный закон может предусматривать лишь сам факт государственного регулирования цен на определенные виды товаров (работ, услуг), торговых надбавок к ним. Установление конкретных цен при этом может быть делегировано на уровень подзаконных нормативных правовых актов федеральных органов власти, органов власти субъектов РФ и органов местного самоуправления (см., например, ст. 8 Федерального закона от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»).

1.2. Если правовой акт об установлении цены признан судом противоречащим закону и недействующим, кредитор не вправе требовать исполнения договора по цене, установленной этим актом, в том числе за период до признания его незаконности (п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 58). Например, ВС РФ признал незаконным применение администрацией муниципального образования ставок арендной платы, установленных нормативным актом, который признан судом не соответствующим федеральному законодательству и не подлежащим применению за период, предшествующий признанию судом незаконности их установления (Определение КЭС ВС РФ от 14 апреля 2016 г. № 309-ЭС15-16627).

1.3. Если из условий договора и сопутствующих обстоятельств (например, переписки сторон) не следует, что НДС не включен в цену, суд может квалифицировать ее как указанную с учетом налога. Как следует из положений п. 1 и 4 ст. 168 НК РФ для случаев уплаты НДС продавцами как налогоплательщиками, предъявляемая покупателю сумма налога при реализации товаров (работ, услуг), передаче имущественных прав, должна быть учтена при определении окончательного размера указанной в договоре цены и выделена в расчетных и первичных учетных документах, счетах-фактурах отдельной строкой. При этом предъявляемая покупателю продавцом сумма налога выделяется последним из указанной в договоре цены и определяется расчетным методом в случае, если в договоре нет прямого указания на то, что установленная в нем цена не включает в себя сумму налога и иное не следует из обстоятельств, предшествующих заключению договора или прочих условий договора (п. 17 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 мая 2014 г. № 33; Определение КЭС ВС РФ от 24 ноября 2014 г. по делу № 307-ЭС14-162, А26-5213/2013).

2. Стороны могут согласовать в договоре право одной из сторон в одностороннем порядке изменить условие договора о цене с соблюдением ограничений, установленных в п. 2 ст. 310 ГК РФ (см. комментарий к ней). Однако это не означает, что определяемая уполномоченной стороной цена может быть произвольной. Действует общее правило о необходимости добросовестного осуществления гражданских прав, и чрезмерное, необоснованное одностороннее увеличение или уменьшение цены может быть оспорено со ссылкой на ст. 10 ГК РФ, а также п. 4 ст. 450 ГК РФ (подробнее см. комментарии к п. 2 ст. 310 и п. 4 ст. 450 ГК РФ). При этом, если обязательства сторон по договору уже исполнены надлежащим образом, сторона не вправе требовать изменения цены по такому договору (п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 ноября 1997 г. № 21).

2.1. Если договор заключен до введения государственного регулирования цены, то такая цена может применяться к нему, либо если стороны такого договора связали изменение цены с изменением нормативных актов, подлежащих применению к их отношениям, либо если договором было предусмотрено право стороны в одностороннем порядке изменять условие договора о цене. Данный подход следует из положений п. 2 ст. 422 ГК РФ, согласно которой условия ранее заключенного договора, по общему правилу, сохраняют действие и после вступления в силу закона, по-новому определяющего права и обязанности сторон, если только в таком законе прямо не установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. В качестве примера можно привести практику ВАС РФ, согласно которой государственное регулирование арендной платы применяется к договору аренды, который заключен до вступления в силу федерального закона, предусматривающего необходимость такого регулирования, если арендодателю договором предоставлено право на изменение размера арендной платы в одностороннем порядке и волеизъявление о применении к договору регулируемой арендной платы было сделано арендодателем и получено арендатором, либо если стороны такого договора связали изменение размера арендной платы с изменением нормативных актов, подлежащих применению к их отношениям (п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73).

Если договор заключен уже после введения регулируемой цены, то дальнейшие изменения регулируемой цены приводят к автоматическому изменению цены по договору. Подписание дополнительного соглашения или заявления об одностороннем изменении цены здесь не требуется. См.: Обзор судебной практики ВС РФ № 4 (2015) (утв. Президиумом ВС РФ 23 декабря 2015 г.), Определение КЭС ВС РФ от 13 мая 2015 г. по делу № 306-ЭС14-6558, п. 19 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73; Постановление Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 15534/13.

3. Если в договоре нет прямого указания о цене, и она не может быть определена из условий договора, оплата должна производиться по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги (п. 3 ст. 424 ГК РФ). При этом наличие сравнимых обстоятельств, позволяющих однозначно определить, какой ценой необходимо руководствоваться, должно быть доказано заинтересованной стороной (п. 54 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8).

В качестве таковых могут использоваться заключения оценщиков, справки торгово-промышленных палат, справки заводов-изготовителей, прайс-листы конкурирующих компаний, заключения оценщиков и другие доказательства. При этом, если другая сторона не согласна с ценой, определенной на основании таких доказательств, она в соответствии с общими правилами о распределении бремени доказывания должна привести собственные доказательства в обоснование заявленной ею цены.

3.1. Цена возмездного договора является условием, характеризующим его предмет. Соответственно, казалось бы, в силу общего указания на предмет договора как на существенное условие любого договора в ст. 432 ГК РФ при отсутствии в возмездном договоре цены он должен признаваться незаключенным. Но этот вывод

опровергается положением п. 3 ст. 424 ГК РФ. В силу специальной нормы п. 3 ст. 424 ГК РФ цена в возмездном договоре по общему правилу не является существенным условием договора: при ее отсутствии договор не подлежит признанию незаключенным, а цена определяется судом в соответствии с критериями, указанными в комментируемом пункте. Данный подход нашел отражение в практике высших судов. Например, как указал ВС РФ, отсутствие в договоре указания на стоимость оказываемых посреднических услуг не свидетельствует о недействительности данного договора, а лишь порождает у исполнителя право требовать от заказчика оплаты своих услуг на основании п. 3 ст. 424 ГК РФ (п. 2 Обзора ВС РФ по отдельным вопросам судебной практики о применении законодательства о защите прав потребителей при рассмотрении гражданских дел, утв. Президиумом ВС РФ 1 февраля 2012 г.). Если в договоре поставки отсутствует цена на товар, она определяется по правилам ст. 424 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 апреля 2002 г. № 10575/01).

3.2. В качестве исключений из данного общего правила следует указать ситуации, при которых:

а) цена прямо указана в законе в качестве условия договора, подлежащего обязательному согласованию сторонами с оговоркой о незаключенности (недействительности) договора при недостижении согласия по данному условию. Как правило, это связано с уникальностью или особой ценностью объекта соответствующего договора, в связи с чем применение правил п. 3 ст. 424 ГК РФ законодатель решил заблокировать. Например, цена в договоре купли-продажи недвижимости — п. 1 ст. 555 ГК РФ, размер арендной платы в договоре аренды здания или сооружения — п. 1 ст. 654 ГК РФ, вознаграждение в договоре отчуждения исключительного права — п. 3 ст. 1234 ГК РФ, вознаграждение в лицензионном договоре — п. 5 ст. 1234 ГК РФ;

б) у сторон договора при его заключении возникли разногласия по цене договора и это разногласие не урегулировано. При этом не важно, указано ли условие о цене в качестве существенного в положениях закона о договоре соответствующего вида. Существенность условия о цене в данном случае вытекает из п. 1 ст. 432 ГК РФ — как условия, относительно которого по требованию одной из сторон должно быть достигнуто соглашение сторон (см. п. 54 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8).

Статья 425. Действие договора

1. Договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения.

2. Стороны вправе установить, что условия заключенного ими договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора, если иное не установлено законом или не вытекает из существа соответствующих отношений.

3. Законом или договором может быть предусмотрено, что окончание срока действия договора влечет прекращение обязательств сторон по договору.

Договор, в котором отсутствует такое условие, признается действующим до определенного в нем момента окончания исполнения сторонами обязательства.

4. Окончание срока действия договора не освобождает стороны от ответственности за его нарушение.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает общее правило, согласно которому договор приобретает юридическую силу в момент его заключения. Данное положение, несмотря на кажущуюся самостоятельность, должно применяться в системном единстве с рядом других норм, посвященных вопросам заключения договора, в частности, со ст. 432, 433 и 434, 435 ГК РФ.

1.1. По общему правилу в соответствии с п. 1 ст. 433 ГК РФ договор считается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Данное положение, в свою очередь, подразумевает соблюдение требований ст. 432 ГК РФ, а именно – что стороны достигли согласия по всем существенным условиям договора (поскольку офертой может быть только предложение о заключении договора, которое содержит все его существенные условия – п. 1 ст. 435 ГК РФ) и достигли его в надлежащей форме. Для определения факта соблюдения требуемой формы договора необходимо обратиться к положениям ст. 434 ГК РФ, а также к общим положениям Кодекса о форме сделок. Если заключаемый договор является реальным, то для его заключения необходим еще факт передачи имущества (п. 2 ст. 433 ГК РФ). Если договор подлежит государственной регистрации, то согласно п. 3 ст. 433 ГК РФ в отношении самих сторон такого договора действует общее правило: он приобретает юридическую силу в момент его заключения, и лишь для третьих лиц он будет считаться заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. Подробнее см. комментарий к ст. 433 и 434 ГК РФ.

2. Пункт 2 комментируемой статьи содержит положение, предоставляющее сторонам договора возможность придавать заключенному договору ретроактивный характер, т.е. распространять его действие на отношения, существовавшие до его заключения. Данное положение представляет собой санкционированную законом фикцию наличия договора в период времени, когда его не существовало в формализованном виде. Возможность включения в договор ретроактивной оговорки следует из принципа свободы договора.

2.1. Для ретроспективного применения условий заключенного договора необходимо, чтобы в указанный период между сторонами имелись некие фактические отношения (в том числе по предоставлению тех или иных экономических благ). Соответственно, стороны не могут распространить действие договора на тот период, когда между сторонами не существовало никаких фактических отношений, регулируемых соответствующим договором (Постановление Президиума ВАС РФ от 23 августа 2005 г. № 1928/05; п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85).

Включение в договор страхования условия о его распространении на период до заключения договора страхования также следует признать невозможным.

Другой пример: действие лицензионного договора с обратной силой не может распространяться на тот период, когда лицензиар не обладал правом на результат интеллектуальной деятельности (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 ноября 2010 г. № 7552/10).

Новая редакция п. 2 ст. 425 ГК РФ, вступившая в силу 1 июня 2015 г., позволяет легализовать данные ограничения в отношении ретроактивных оговорок посредством

прямого указания на то, что ретроактивная оговорка не допускается в случае ее противоречия существу отношений. Кроме того, эта новелла предусмотрела возможность прямого указания закона на недопустимость такого рода условий.

2.2. При этом, говоря о характере этих фактических отношений, следует иметь в виду, что договор либо есть (и тогда между сторонами существуют нормальные *договорные* отношения), либо его нет (и тогда между сторонами существуют *внедоговорные* отношения, регулируемые положениями о деликтах, неосновательном обогащении, действии в чужом интересе без поручения и проч.). Совершение сторонами определенных действий, которые предполагается формализовать в письменной форме в будущем, может рассматриваться в ряде случаев как договор, заключенный в устной форме с распространением на него всех положений, связанных с заключением договора в устной форме и последствиями несоблюдения письменной формы (ст. 161, 162 ГК РФ и др.). Соответственно, в таких ситуациях ретроактивная оговорка означает, что отношения, которые ранее развивались на основании устного договора, ретроспективно переводятся под регулирование позднее заключенного письменного контракта. В то же время такие фактические отношения по предоставлению благ до заключения договора с ретроактивной оговоркой должны считаться внедоговорными в тех случаях, когда отсутствуют основания считать такие действия доказательством наличия устного соглашения, либо когда письменная форма соответствующего договора является обязательной под страхом недействительности договора, но при этом стороны осуществляли исполнение такого договора, как если бы он был действительным.

2.3. Может ли ретроактивная оговорка породить ретроспективный вещный эффект? Например, до заключения договора одна из сторон передала другой стороне во владение индивидуально-определенную вещь. При отсутствии действительного договора между сторонами (пусть даже и заключенного устно) говорить о наличии правового основания для перехода права собственности не приходится. Но что если впоследствии стороны заключили договор купли-продажи и распространили его условия на отношения, возникшие с момента передачи вещи? Означает ли это, что право собственности будет считаться перешедшим ретроспективно? Такое развитие событий, предполагающее ретроспективный переход права собственности, может показаться сомнительным. Но ответ на этот вопрос пока в судебной практике не закреплен, и в целом проблема является в российском праве не разработанной.

2.4. Необходимость в применении оговорки о ретроактивном действии договора может быть обусловлена различными обстоятельствами, например, длительными сроками согласования договора в организациях при сжатых сроках выполнения проекта. При таких обстоятельствах одна или обе стороны могут начать исполнение до формального заключения договора. Например, в тех случаях, когда одна из сторон осуществляла бездоговорное использование определенного объекта гражданских прав, которое требовало наличия согласия его обладателя, последующее заключение договора с таким лицом с ретроактивной оговоркой позволяет «легализовать» период внедоговорного использования и избавиться от ответственности за него (в частности, от ответственности за внедоговорное использование результата интеллектуальной деятельности).

Использование в договоре ретроактивной оговорки позволяет распространить на период с момента начала такого исполнения до формального заключения договора все условия такого соглашения, в том числе о цене, порядке рассмотрения

споров, применимом праве и т.д. Такая оговорка позволяет исцелить сделку, которая в отсутствие письменной формы будет считаться недействительной (п. 2 ст. 162 ГК РФ). В тех случаях, когда несоблюдение письменной формы не влечет недействительности договора, наличие ретроактивной оговорки позволяет снять проблему доказывания факта наличия соглашения между сторонами и условий такого соглашения в спорный период, которые нельзя будет доказывать посредством свидетельских показаний в подтверждение факта наличия договора и его условий (ст. 162 ГК РФ). Наконец, ретроактивная оговорка может быть необходима с точки зрения норм публичного законодательства (налогового, о валютном контроле, процессуального и т.п.) для доказывания факта наличия договора, действующего в определенный период времени. Например, стороны могут формализовать свои отношения по оказанию юридических услуг уже после их фактического оказания, что не будет препятствовать возмещению судебных расходов (Определение КЭС ВС РФ от 10 декабря 2015 г. № 304-ЭС15-9172).

2.5. Из смысла п. 2 ст. 425 ГК РФ со всей очевидностью следует, что стороны могут также изменить ранее заключенный договор с обратной силой, т.е. распространить новую редакцию договора на отношения по исполнению договора, возникшие с момента его заключения. В этой ситуации договор будет считаться измененным в отличие от общих правил Кодекса (п. 3 ст. 453 ГК РФ) не с момента достижения соглашения о его изменении, а с обратной силой, с указанного в таком соглашении момента в прошлом, если иное не вытекает из существа отношений.

Кроме того, на практике очень часто ретроактивную оговорку используют для распространения условий вновь заключенного договора на период времени в прошлом, когда действовал прежний договор между сторонами. Например, по договору аренды истекает срок действия договора, но отношения по использованию вещи продолжают, что согласно ГК РФ означает сохранение прежнего договора на бессрочной основе. Впоследствии стороны, проведя переговоры, заключают новый договор аренды и указывают в нем, что его условия распространяются на период времени с момента истечения срока действия первоначального договора. В такой ситуации новые условия в отношении указанного отрезка времени между истечением срока изначального договора и заключением нового ретроспективно замещают собой условия прежнего договора.

О ретроактивности изменения договора, а также о возможности придания обратной силы соглашению о расторжении договора см. комментарий к п. 1 и п. 3 ст. 453 ГК РФ.

2.6. Условие о ретроактивности может быть сформулировано различным образом, например: «Настоящий договор вступает в силу в момент подписания его обеими сторонами и распространяет свое действие на отношения сторон, возникшие с 1 января 2016 г.». Условие о ретроактивности может вытекать из иных условий договора и устанавливаться путем его толкования по правилам ст. 431 ГК РФ. Так, например, если стороны в заключенном договоре указывают, что ранее уплаченные без соответствующего договорного основания денежные средства признаются оплатой по заключенному впоследствии договору, следует констатировать наличие в договоре ретроактивной оговорки.

2.7. При этом включение в договор условия о применении заключенного договора к отношениям, возникшим до его заключения, не влияет на определение момента,

с которого договор считается заключенным. Иначе говоря, ретроактивная оговорка не смещает в прошлое момент заключения договора (п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59).

Это в ряде случаев может иметь важное практическое значение. Так, например, в силу п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59, «если стороны установили, что условия заключенного ими договора аренды здания применяются к их отношениям, существовавшим в течение определенного периода до его заключения, то при исчислении срока аренды здания в целях определения того, подлежит ли договор государственной регистрации, такой период не включается в срок аренды».

2.8. Включение в договор ретроактивной оговорки следует отличать от случаев подписания договора «задним числом», когда стороны намеренно указывают дату договора более ранней, чем дата его фактического заключения, например стороны подписывают договор 1 июня 2016 г., а в качестве даты подписания указывают 1 апреля 2016 г. В случае ретроактивной оговорки никаких заведомо недостоверных сведений в части момента подписания договора не указывается, делается лишь оговорка о том, что он распространяет свое действие на ранее возникшие отношения. В случае же с «обратной датировкой» стороны намеренно искажают сведения, относящиеся к моменту заключения договора. Следует отметить, что подписание договоров или сопутствующих документов к нему (например актов) задним числом может в ряде случаев иметь своим следствием, помимо прочего, недостоверность в бухгалтерской или налоговой документации. В целом такая практика является достаточно сомнительной.

2.9. С точки зрения практики ВАС РФ включение в договор оговорки о распространении его действия на ранее возникшие отношения не означает, что непосредственная обязанность сторон по исполнению договора возникла ранее его заключения (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66). Логическим следствием указанного подхода является, в частности, то, что, по мнению ВАС РФ, стороны не вправе применять друг к другу меры ответственности (требовать возмещения убытков, взыскания договорной неустойки) за период, предшествующий заключению договора. Иначе говоря, судебная практика исходит из того, что задним числом сформировать правонарушение нельзя: если в момент развития фактических отношений в преддоговорный период нарушения не было, то даже появление в заключенном впоследствии договоре ретроактивной оговорки не может изменить это обстоятельство. Представляется, что такое ограничение, выработанное практикой ВАС РФ, напрямую не вытекает из закона, а с политико-правовых позиций является дискуссионным.

2.10. В практике ВС РФ отражена позиция, согласно которой включение ретроактивной оговорки в договор само по себе не прерывает течение срока исковой давности (Определение КЭС ВС РФ от 25 мая 2016 г. № 302-ЭС16-103). Эта позиция требует прояснений. Очевидно, что если срок исковой давности начал течь до заключения соглашения с ретроактивной оговоркой, а само соглашение однозначно подтверждает существование долга, то подписание такого соглашения означает не что иное, как признание долга, что согласно ст. 203 ГК РФ должно прерывать исковую давность, а согласно ст. 206 ГК РФ возобновлять ее (если она уже истекла). Если текст ретроактивной оговорки не свидетельствует о признании долга, то и течение давности такой оговоркой не затрагивается.

3. По общему правилу договор действует до полного исполнения сторонами своих обязательств по нему, и истечение срока действия договора не прекращает неисполненные к этому моменту обязательства. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает, что исключения из данного правила допускаются либо в силу прямого указания закона, либо в силу условий договора. Так, например, в соответствии с п. 6 ст. 367 ГК РФ поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. Кроме того, судебная практика толкует норму п. 1 ст. 511 ГК РФ как устанавливающую в отступление от общего правила, что истечение срока действия договора поставки прекращает обязательства поставщика по отгрузке партий, не поставленных в пределах срока действия договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 30 мая 2000 г. № 6088/99). Равным образом истечение срока действия опционного договора прекращает обязанность по совершению предусмотренных в нем действий, если соответствующее исполнение не будет в этот срок востребовано (п. 1 ст. 429³ ГК РФ). Истечение согласованного в предварительном договоре срока на заключение основного договора влечет прекращение обязательств по предварительному договору, если в указанный срок требование о заключении основного договора не будет заявлено ни одной из сторон (п. 6 ст. 429 ГК РФ). Судебная практика иногда выводит эффект прекращения обязательств по договору в связи с истечением срока из существа обязательства. Так, например, по мнению ВС РФ, окончание срока действия проездного документа влечет прекращение оказания услуг по перевозке (Определение КГД ВС РФ от 20 февраля 2008 г. № 4-Г08-1).

3.1. Основными последствиями включения в договор положения о прекращении обязательств по нему по истечении срока действия являются: 1) прекращение обязанностей сторон по исполнению такого договора, например обязательства продавца по поставке товара; 2) невозможность предъявления иска об исполнении обязательства в натуре и прекращение начисления пени за просрочку. При этом прекращение обязательства в связи с истечением срока его существования не отменяет право кредитора требовать возмещения убытков, если такое обязательство было ранее нарушено, а также применения иных мер ответственности за такое нарушение. Если в указанный период времени только одна сторона осуществила исполнение, не получив за это встречное предоставление, такая сторона сохраняет право на возмещение в соответствии с нормами о неосновательном обогащении.

3.2. При наличии в законе или договоре положения о прекращении обязательств в момент истечения срока действия договора такой терминационный эффект не затрагивает некоторых условий договора, которые по своей правовой природе переживают прекращение основных обязательств. Так, например, в силу п. 22 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96 «соглашение о передаче спора в третейский суд сохраняет свою силу и после окончания срока действия договора, содержащего такое соглашение, если стороны не установили иное».

3.3. Исходя из формулировки п. 3 ст. 425 ГК РФ простого указания в договоре срока его действия недостаточно для наступления вышеуказанных обстоятельств. Необходимо прямое указание на то, что по истечении установленного срока обязательства сторон по договору прекращаются. При этом нередко в договоре могут присутствовать обязательства, которые по своему характеру выходят за рамки сро-

ка исполнения основных обязательств. Например, обязательства по сохранению конфиденциальности, гарантийные обязательства. В таких случаях целесообразно включение в договор положения об исключении подобных обязанностей из-под общего срока его действия (*savings clause*).

4. Пункт 4 комментируемой статьи содержит положение о возможности предъявления требований о привлечении к ответственности в связи с нарушениями, которые были совершены в период действия договора. Это положение не имеет особого смысла, если само обязательство в силу п. 3 ст. 425 ГК РФ переживает истечение срока действия договора. Вполне очевидно, что, если после истечения срока действия договора обязательство сохраняется, ничто не препятствует кредитору предъявлять к должнику требования, связанные с применением мер ответственности. Так, например, если речь идет о взыскании неустойки, то ее начисление возможно и после истечения срока действия договора, если просроченное обязательство должника сохраняется (п. 68 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7; Постановление Президиума ВАС РФ от 12 ноября 2013 г. № 8171/13). Указанная норма приобретает практическое значение, когда в силу положений договора или закона истечение срока действия договора прекращает обязательства сторон. Обязательство по возмещению убытков или уплате неустойки (процентов), возникшее до момента истечения срока действия договора и прекращения основных договорных обязательств, само по себе является договорным обязательством, и в силу положения п. 4 комментируемой статьи не прекращается в связи с истечением действия договора. Иначе говоря, прекращение основного договорного обязательства не исключает право кредитора после этого требовать взыскания убытков или штрафа в связи с нарушениями, имевшими место до прекращения обязательств, а также уплаты пеней или процентов годовых за период до прекращения обязательства. Соответствующее требование может быть предъявлено в пределах общего срока исковой давности.

4.1. Формулировка п. 4 ст. 425 ГК РФ не содержит оговорки о возможности предусмотреть иное в договоре (например, исключить возможность предъявления требований, связанных с нарушением договора в течение срока его действия, после прекращения договора). Представляется, что допустимость таких условий должна напрямую зависеть от квалификации этой нормы в качестве императивной или диспозитивной с учетом факторов, указанных в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16.

В пользу диспозитивной квалификации рассматриваемой нормы говорит общий принцип свободы договора. В пользу императивной квалификации — опасения в отношении возможных злоупотреблений и фактического блокирования права на защиту (например, если нарушение договора произошло незадолго до истечения срока действия договора или было выявлено после окончания срока его действия), ущемления интересов слабой стороны договора, а также некоторые соображения, связанные с системной согласованностью позитивного права¹. В российской судебной практике этот вопрос пока не разрешен.

¹ Последнее проявляется в том, что ст. 198 ГК РФ однозначно запрещает изменение договором сроков давности. При этом описанное выше условие договора, устанавливающее пресекательный срок существования самого права на защиту, фактически направлено на достижение результата, еще более об-

Статья 426. Публичный договор

1. Публичным договором признается договор, заключенный лицом, осуществляющим предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, и устанавливающий его обязанности по продаже товаров, выполнению работ либо оказанию услуг, которые такое лицо по характеру своей деятельности должно осуществлять в отношении каждого, кто к нему обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.).

Лицо, осуществляющее предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим лицом в отношении заключения публичного договора, за исключением случаев, предусмотренных законом или иными правовыми актами.

2. В публичном договоре цена товаров, работ или услуг должна быть одинаковой для потребителей соответствующей категории. Иные условия публичного договора не могут устанавливаться исходя из преимуществ отдельных потребителей или оказания им предпочтения, за исключением случаев, если законом или иными правовыми актами допускается предоставление льгот отдельным категориям потребителей.

3. Отказ лица, осуществляющего предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается.

При необоснованном уклонении лица, осуществляющего предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, от заключения публичного договора применяются положения, предусмотренные пунктом 4 статьи 445 настоящего Кодекса.

4. В случаях, предусмотренных законом, Правительство Российской Федерации, а также уполномоченные Правительством Российской Федерации федеральные органы исполнительной власти могут издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.).

5. Условия публичного договора, не соответствующие требованиям, установленным пунктами 2 и 4 настоящей статьи, ничтожны.

Комментарий

1. Комментируемая статья устанавливает конститутивные признаки и правовой режим так называемого публичного договора — специальной договорной конструкции, представляющей собой ограничение принципа свободы договора в целях обеспечения гарантий приобретения определенными категориями участников оборота необходимых для удовлетворения их базовых потребностей благ на недискриминационной основе.

1.1. Новая редакция п. 1 ст. 426 ГК РФ, вступившая в силу 1 июня 2015 г., устанавливает, по сути, только один конститутивный признак публичного договора: особый характер деятельности лица, осуществляющего предпринимательскую или

ременительного для кредитора, чем запрещенное законом сокращение срока давности. Нелогично допускать, что закон запрещает сокращать срок давности по воле сторон, но разрешает ограничить право на иск о взыскании возникших убытков или начисленной неустойки сроком действия договора.

иную приносящую доход деятельность (далее – субъект публичного договора). Такая деятельность должна осуществляться в отношении каждого, кто обратится.

По ранее действовавшей редакции данного пункта можно было выделить еще один конститутивный признак данного договора – субъектом публичного договора должна была быть коммерческая организация. Однако, как будет отмечено далее, сейчас данный признак более не является релевантным для данного вида договора, поскольку в качестве субъекта публичного договора по нему может выступать любое лицо, осуществляющее предпринимательскую и иную приносящую доход деятельность, а не только коммерческая организация.

При этом в качестве контрагентов, получающих защиту посредством правил о публичном договоре, могут выступать как физические, так и юридические лица.

1.2. Итак, особый характер деятельности субъекта публичного договора, предполагающий обязанность заключать договор с каждым, кто обратится, является, пожалуй, ключевым признаком публичного договора.

Пункт 1 ст. 426 ГК РФ содержит примерный перечень договоров, которые относятся к категории публичных: розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п. Кроме того, нормы об отдельных видах договоров иногда содержат прямое упоминание о публичном характере соответствующего договора. Например, такое указание есть в отношении договора водоснабжения (ч. 3 ст. 13 Федерального закона от 7 декабря 2011 г. № 416-ФЗ «О водоснабжении и водоотведении»). В такого рода случаях проблема неясности ключевого квалифицирующего признака публичного договора не встает: законодатель прямо указывает на публичный характер соответствующего договора.

В остальных случаях квалификация договора в качестве публичного осуществляется судом исходя из существа отношений и характера деятельности субъекта публичного договора. Так, например, в качестве публичного был квалифицирован договор участия в долевом строительстве многоквартирного жилого дома (Постановление ВС РФ от 18 декабря 2014 г. № 303-АД14-7399).

В законе нет четкого определения того, в каких случаях приносящая доход деятельность лица носит характер, предполагающий обязанность заключения договора с каждым, кто обратится, оставляя данный вопрос на усмотрение судебной практики.

Как отмечает КС РФ, деятельность по заключению и исполнению договоров, являющихся публичными, социально необходима и публично значима, что обуславливает правомочие законодателя закреплять условия осуществления такой деятельности с учетом ее социально-экономического значения и обеспечения возможности реализации гражданами их конституционных прав и свобод (Постановление КС РФ от 20 декабря 2011 г. № 29-П и др.). И действительно, все договоры, которые отнесены к категории публичных на уровне закона, так или иначе опосредуют предоставление неких базовых благ, без которых невозможно нормальное существование в современном обществе (договоры энергоснабжения, водоснабжения, услуги связи, медицинские услуги и др.).

Но в целом эти отраженные в комментируемой норме и практике КС РФ критерии достаточно размыты, что может вызывать определенные сложности с применением их на практике. Однако вряд ли возможно дать исчерпывающий перечень публичных договоров в текстах нормативных правовых актов, поскольку перечень

базовых благ неизбежно связан с развитием общества и технологий. То, что ранее казалось роскошью, является насущной необходимостью сейчас (например, услуги мобильной связи или доступ к Интернету).

При определении признаков публичного договора необходимо также отметить, что упомянутая в комментируемой статье триада «товары, работы, услуги» в этом контексте носит достаточно условный и собирательный характер и применяется в данном случае для обозначения всего имущественного оборота в целом (см., например, понятие предпринимательской деятельности, абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ). Кроме того, сам ГК РФ прямо упоминает в качестве публичного договора договор проката, который не укладывается в рамки данной «триады».

Очевидно, что при определении того, является ли договор публичным или нет, должно приниматься во внимание существо возникающих отношений. Так, поскольку в соответствии со ст. 1229 ГК РФ правообладатель может *по своему усмотрению* разрешать или запрещать использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (исключения могут быть предусмотрены лишь законом), предоставление права использования таких объектов на основании лицензионного договора, видимо, не может являться публичным договором. Другой пример: так как кредитор по кредитному договору имеет право отказаться от предоставления кредита заемщику при возникновении сомнений в его платежеспособности (ст. 821 ГК РФ), что также неразрывно связано с требованиями законодательства о банковском надзоре, направленного на обеспечение финансовой надежности кредитной организации путем установления требований к размещению банком денежных средств в виде кредитов (ч. 2 ст. 24 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-І «О банках и банковской деятельности»), то кредитный договор не может быть отнесен к числу публичных договоров (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

Также при решении вопроса о наличии обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг в отношении каждого, кто обратился, могут приниматься во внимание положения учредительных документов. Однако при этом не имеет значения, выступает ли соответствующая деятельность в качестве основной или нет (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 ноября 2009 г. № 9548/09).

1.3. Одной из сторон публичного договора выступает «лицо, осуществляющее предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность». Круг субъектов публичного договора был существенно расширен в рамках реформы гражданского законодательства: с 1 июня 2015 г. закон относит к ним не только коммерческие организации, но и любых иных лиц (индивидуальных предпринимателей, некоммерческие организации), которые в рамках данного договора опосредуют осуществление предпринимательской и иной приносящей доход деятельности. Таким образом, в соответствии с новой редакцией п. 1 ст. 426 ГК РФ главным признаком одной из сторон публичного договора является не ее организационно-правовая форма, а факт осуществления деятельности, приносящей доход. Тем самым был устранен дискриминационный подход к коммерческим и некоммерческим организациям, которые осуществляли, по сути, одну и ту же деятельность за плату (например, в сфере образовательных или медицинских услуг), но при этом нормы о публичном договоре с формальной точки зрения распространялись только на коммерческую организацию.

1.4. Другой стороной публичного договора выступает потребитель.

При этом понятие «потребитель» в рамках ст. 426 ГК РФ используется в более широком смысле, чем в законодательстве о защите прав потребителей. Согласно преамбуле Закона о защите прав потребителей под потребителем понимается гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Указанный закон, тем самым, исходит из того, что потребителем может быть только гражданин. В то же время потребителем в рамках публичного договора может выступать и юридическое лицо, на что указывает, в частности, формулировка п. 1 ст. 426 ГК РФ о том, что соответствующая деятельность субъекта публичного договора должна осуществляться в отношении «каждого, кто к нему обратиться». Понятие «каждый» в свое время было предметом толкования КС РФ, который отметил, что под ним понимается не только физическое, но и юридическое лицо (Постановление КС РФ от 3 февраля 1998 г. № 5-П).

Встречаются случаи, когда отдельные положения законодательства содержат нормы, ограничивающие круг лиц, которые могут выступать в качестве потребителей по публичному договору, только гражданами. Так, в соответствии с п. 1 ст. 45 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» договор об оказании услуг связи, заключенный с гражданами, является публичным договором. В данном случае имеет место прямое противоречие с п. 1 ст. 426 ГК РФ, относящим услуги связи к категории услуг, которые должны предоставляться в отношении каждого, кто обратился. Никаких исключений по субъектному составу потребителей указанная статья не содержит. В данном случае эта коллизия разрешалась судебной практикой в пользу положений ст. 426 ГК РФ (постановления Президиума ВАС РФ от 24 ноября 2009 г. № 9548/09 и от 15 мая 2001 г. № 7717/00).

Спорным является вопрос о том, может ли субъект публичного договора в рамках своей деятельности исключить для себя заключение договора с теми или иными объективно определенными категориями потребителей. Например, может ли компания связи решить вести коммерческую деятельность только в секторе обслуживания бизнеса (так называемый *b2b* сектор) и не выходить на потребительский рынок вовсе? Из буквального значения содержания комментируемой статьи, говорящей об обязанности заключить договор с *каждым*, кто обратится, вытекает, скорее, отрицательный ответ. Но такая буквальная интерпретация существенно ограничивает свободу предприятий в выборе сферы своей коммерческой или иной деятельности и секторов экономики, в которых они готовы работать. Пока данный вопрос однозначно в российском праве не прояснен.

1.5. Квалификация договора в качестве публичного влечет следующие последствия, составляющие *правовой режим публичного договора* (которые иногда ошибочно рассматривают в качестве признаков публичного договора): 1) необходимость обеспечения равенства цены для всех потребителей соответствующей категории и недискриминационного подхода в отношении иных условий; 2) запрет на необоснованный отказ от заключения договора для обязанного лица, обеспеченный правом контрагента на предъявление в суд требования о понуждении к заключению публичного договора или рассмотрении разногласий по условиям договора; 3) возможность установления Правительством РФ и назначенными им федеральными органами

исполнительной власти специальных правил, обязательных при заключении и исполнении отдельных видов публичных договоров.

1.6. Публичный договор следует отличать от договора присоединения (ст. 428 ГК РФ). Обе договорные конструкции направлены на защиту слабой стороны и предполагают определенный уровень стандартизации договорных условий, но при этом расставляют различные акценты. Нормы о договоре присоединения имеют своей целью защиту присоединяющейся стороны от несправедливых условий, которые появились в договоре вследствие использования *особого механизма его заключения*: присоединения к выставленным другой стороной условиям, на содержание которых у присоединявшейся стороны не было возможности повлиять. В связи с этим сфера действия договора присоединения заранее не ограничена какими-либо договорными типами и может применяться к любым соглашениям, которые были заключены по модели договора присоединения. Сфера применения норм о публичном договоре имеет ограничение по предметному признаку и применяется лишь к тем договорам, которые опосредуют предоставление неких фундаментальных благ, на которые имеет право претендовать каждый в современном обществе на недискриминационной основе (услуги связи, энергоснабжение, медицинские услуги, гостиничная торговля, розничная купля-продажа и т.п.), и соответственно нацелены не на контроль справедливости таких условий, а на предотвращение дискриминации.

Приведенные различия в критериях выделения конструкций публичного договора и договора присоединения определяют и различия в применимых последствиях: нарушение принципов равенства (недискриминации) потребителей по публичному договору влечет ничтожность соответствующих условий (*ex ante* контроль) независимо от волеизъявления потребителя, в то время как включение в договор присоединения несправедливых условий влечет возможность его изменения или расторжения в судебном порядке (*ex post* контроль) по инициативе присоединившейся стороны. Принцип недискриминации потребителей социально значимых благ, выступающих клиентами одной организации, более прост в реализации и создает условия для более жестких последствий его несоблюдения, нежели включение несправедливых условий в договор присоединения, оценка которых требует тщательного анализа всех сопутствующих обстоятельств, анализа рынка и договоров, используемых конкурирующими организациями.

Кроме того, правила о публичном договоре направлены на ограничение свободы договора не только в части содержания договоров, но и в плане ограничения свободы в выборе контрагентов, так как создают правовую основу для принуждения к заключению договора.

При этом один и тот же договор может быть и договором присоединения, и публичным договором (например, договор розничной купли-продажи, услуг связи), что будет предопределять возможность одновременного применения к нему положений ст. 426 и 428 ГК РФ. В таком случае потребитель (присоединившаяся сторона) будет обладать возможностью использования всех способов защиты своих прав, предоставляемых в рамках указанных договорных конструкций: он может как требовать исключения из договора недискриминационных, но несправедливых условий по правилам ст. 428 ГК РФ, так и апеллировать к ничтожности дискриминационных условий по правилам ст. 426 ГК РФ, а также требовать в судебном

порядке заключения с ним договора при необоснованном отказе ответчика от этого. В подавляющем большинстве случаев публичный договор будет одновременно и договором присоединения.

Но в то же время далеко не всякий договор присоединения является публичным договором.

1.7. Публичный договор следует отличать от публичной оферты. В соответствии с п. 2 ст. 437 ГК РФ содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается публичной офертой. Многие публичные договоры заключаются на основании публичной оферты, однако далеко не всякий договор, заключаемый посредством публичной оферты, можно признать публичным договором. Например, лицензионные договоры, заключаемые в упрощенном порядке (п. 5 ст. 1286 ГК РФ), совершаются на основании публичной оферты, но при этом сам лицензионный договор не является публичным договором. И наоборот, не всякий публичный договор заключается посредством публичной оферты, так, например, договоры энергоснабжения, газоснабжения, некоторые виды услуг связи предполагают предварительное установление наличия у потребителя технических предпосылок для заключения соответствующего договора, что исключает возможность заключения соответствующего договора путем простого выражения согласия с условиями публичной оферты.

Установление соотношения между публичной офертой и публичным договором необходимо для правильного определения способов защиты нарушенных прав потребителя от бездействия потенциального контрагента. Если лицо выставило публичную оферту на заключение публичного договора, то факт ее акцепта потребителем повлечет заключение договора (п. 1 ст. 433 ГК РФ), и в случае неисполнения коммерческой организацией своих обязательств по данному договору возможно предъявление иска о присуждении к исполнению обязанности в натуре (ст. 12 ГК РФ) и (или) применении мер договорной ответственности (убытки, неустойка и т.п.). Если в такой ситуации будет заявлен иск о понуждении к заключению договора, то в удовлетворении такого иска должно быть отказано по причине наличия между сторонами договорных отношений. Если предложение о заключении публичного договора нельзя квалифицировать в качестве публичной оферты, например по причине отсутствия в нем всех существенных условий договора, то в данном случае согласие потребителя с таким предложением не влечет признание договора заключенным, но если впоследствии в результате переговоров договор так и не будет заключен, потребитель может предъявить в суд иск о понуждении к заключению договора (п. 3 ст. 426, п. 4 ст. 445 ГК РФ).

2. Пункт 2 ст. 426 ГК РФ закрепляет требование недискриминации применительно к содержанию условий публичного договора и при этом по-разному формулирует эту идею применительно к условию о цене и всем иным условиям.

2.1. Согласно содержанию данной нормы цена должна быть одинаковой для всех потребителей одной категории, а иные условия публичного договора не могут устанавливаться исходя из преимуществ отдельных потребителей или оказания им предпочтения, за исключением случаев, если законом или иными правовыми актами допускается предоставление льгот отдельным категориям потребителей.

В прежней редакции комментируемого пункта, действовавшей до 1 июня 2015 г., указывалось, что цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Главным отличием действующей редакции от предыдущей является то, что ключевое понятие «категория» потребителя, в отношении которой действуют правила о равной цене, может определяться по усмотрению самого субъекта публичного договора, а не только в соответствии с требованиями нормативных актов, как предусматривалось ранее. Тем самым законодатель легитимировал установление ценовой дифференциации в рамках публичных договоров в соответствии с определенными предпринимателем объективными критериями, но не исходя из субъективно-произвольных (дискриминационных) характеристик потребителя. Это решение законодателя следует поддержать.

Существует ли возможность дифференциации неценовых условий для разных категорий потребителей? Очевидно, что субъект публичного договора может устанавливать для разных категорий потребителей (например, для коммерческих организаций и обычных граждан) не только разные цены, но и разные наборы неценовых условий (например, разные условия о сроке оплаты, комплектации, ответственности). Отсутствие в норме прямого указания на возможность такой дифференциации применительно к неценовым условиям (на контрасте с прямым признанием такой возможности в отношении цены) не должно толковаться как запрет на подобную практику.

Таким образом, основная цель п. 2 ст. 426 ГК РФ, заключающаяся в создании равных возможностей для потребителей при заключении договора, вполне может быть достигнута и с применением практики установления скидок или иных дифференцированных условий для разных категорий потребителей. Главное, чтобы критерии, на основании которых производится дифференциация условий, позволяли претендовать на соответствующие цены или неценовые условия заранее четко определенному кругу потребителей. Например, услуга бесплатной доставки или особая скидка могут предоставляться любому лицу, которое совершает третью покупку в данном магазине или совершает покупку на сумму свыше определенной величины. Другой пример: особая скидка может предоставляться любому лицу, которое пользуется услугами компании больше года. Тем более нет никаких причин, в силу которых не могут предоставляться скидки или иные преференции детям, инвалидам и студентам.

Тот факт, что претендовать на указанную скидку может любое лицо, удовлетворяющее определенным критериям, позволяет соблюсти принцип равенства, ради которого и был введен п. 2 ст. 426 ГК РФ. В данном случае субъект публичного договора не злоупотребляет своим экономически более сильным положением по сравнению с потребителем, а реализует свой законный и экономически оправданный интерес в увеличении спроса на свою продукцию (услуги и т.п.) посредством дифференцирования цен. В связи с этим представляется соответствующей требованиям п. 2 ст. 426 ГК РФ и положениям законодательства о защите прав потребителей практика указания на ценнике сразу двух цен: цены для обычных покупателей и цены для покупателей, обладающих дисконтной картой.

При этом не менее очевидно, что критерии выделения категорий потребителей для дифференциации условий договора не должны противоречить основам нрав-

ственности и правопорядка. Так, например, установление разных цен в зависимости от пола, расы или религиозной принадлежности потребителей не может допускаться.

2.2. Положения п. 2 ст. 426 ГК РФ сами по себе не препятствуют одностороннему изменению условия договора о цене в случаях, когда такое изменение соответствует требованиям ст. 310 ГК РФ (см. комментарий к ней). Однако подобные изменения должны быть одинаковыми для всех потребителей одной категории и не носить индивидуального характера.

2.3. В том случае, если в результате рассмотрения судом разногласий по условиям договора между субъектом публичного договора и потребителем суд принял решение о согласовании спорного условия договора в редакции потребителя или иной редакции, отличающейся от первоначальной, может наблюдаться отклонение от принципов равенства условий публичного договора, заложенных в п. 2 ст. 426 ГК РФ. Представляется, что такая практика является допустимой, когда такого рода индивидуально-определенные судом условия договора конкретизируют диспозитивные нормы, которые содержатся в законах и принятых на их основе правилах об отдельных видах публичных договоров, в совокупности составляющих специальный правовой режим соответствующего публичного договора. Иначе говоря, в подобных случаях право должно смириться с неравенством условий для различных потребителей. Активный потребитель, сумевший настоять на своем, может получить некоторое преимущество перед другими потребителями.

В то же время суд с учетом конкретных обстоятельств может отказать в таком иске об урегулировании разногласий, если будет очевидно, что преддоговорный спор разыгран сторонами в целях обхода закона и имеет место сговор, нацеленный на нарушение принципа равенства потребителей (ст. 10 ГК РФ).

3. Одним из существенных элементов правового режима публичного договора является недопустимость отказа субъекта публичного договора от заключения договора, обеспеченная правом потребителя обратиться в суд с требованием о понуждении к заключению договора. При этом главным условием для реализации данного права является наличие у субъекта публичного договора возможности передать потребителю товары, выполнить соответствующие работы, предоставить услуги. Бремя доказывания отсутствия такой возможности возложено на субъекта публичного договора (п. 55 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8).

3.1. В случае уклонения субъекта публичного договора от заключения договора потребитель вправе потребовать его заключения в судебном порядке по правилам ст. 445 ГК РФ (подробнее см. комментарий к ст. 445 ГК РФ).

3.2. В соответствии со сложившейся судебной практикой, основанной на системном толковании положений п. 1 и 3 ст. 426 и п. 4 ст. 445 ГК РФ, обратиться в суд с иском о понуждении заключить публичный договор может только потребитель. Субъект публичного договора понуждать потребителя к заключению такого договора не вправе (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. № 14). Что же касается иска об урегулировании разногласий, возникших при заключении публичного договора, то он также может быть предъявлен, по общему правилу, только потребителем. Однако если указанный иск был предъявлен коммерческой организацией и потребитель против этого не возражал, то в этом

случае арбитражный суд может исходить из того, что спор передан на его рассмотрение по соглашению сторон (ст. 446 ГК РФ) (Постановление Президиума ВАС РФ от 27 сентября 2005 г. № 4601/05).

3.3. Обязательность заключения публичного договора при наличии возможности предоставить соответствующие товар, работы или услуги означает и недопустимость произвольного немотивированного отказа субъекта публичного договора от исполнения обязательств по договору, если у него имеется возможность исполнить свои обязательства, поскольку в противном случае требование закона об обязательном заключении договора лишалось бы какого бы то ни было правового значения (Определение КС РФ от 6 июня 2002 г. № 115-О, Постановление Президиума ВАС РФ от 24 ноября 2009 г. № 9548/09, п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Даже если право на такой отказ вытекает из конкретных норм закона (например, в силу ст. 782 ГК РФ исполнитель вправе произвольно отказаться от договора оказания услуг), в контексте публичного договора такое право может быть заблокировано. Однако если у субъекта публичного договора прекратилась техническая возможность исполнения своих обязательств, то договор может быть расторгнут таким лицом в одностороннем порядке, если это лицо уполномочено на такой отказ законом или договором с применением соответствующих последствий (например, возмещение исполнителем всех убытков потребителя-заказчика в связи с отказом от договора по ст. 782 ГК РФ).

В то же время публичный характер договора не исключает право субъекта публичного договора расторгнуть договор в связи с существенным его нарушением на основании общих правил Кодекса (п. 2 ст. 450, п. 2 ст. 405, п. 2 ст. 328 ГК РФ и т.п.), а также специальных норм о конкретных поименованных договорах. Это право не блокируется и тем обстоятельством, что нарушитель договора на следующий же день после его нарушения вправе вновь потребовать заключения публичного договора.

При этом представляется, что в иске о понуждении к заключению публичного договора может быть отказано на основании п. 1 ст. 10 ГК РФ, если ранее аналогичный договор с этим же потребителем был правомерно расторгнут по инициативе субъекта публичного договора в связи с существенными его нарушениями, и при этом потребитель до сих пор не рассчитался с субъектом публичного договора за произошедшие нарушения (не погасил образовавшийся долг, не покрыл убытки, не выплатил неустойку и т.п.). Иное решение поощряло бы очевидно недобросовестное осуществление прав.

4. Одной из особенностей правового режима публичного договора является прямо предусмотренное законом делегирование Правительству РФ, а также уполномоченным федеральным органам исполнительной власти РФ возможности издания обязательных правил заключения и исполнения публичных договоров (п. 4 ст. 426 ГК РФ), что является развитием положений п. 4 и 7 ст. 3 ГК РФ. В настоящее время таких правил насчитывается более 50. Большая часть таких правил принята в развитие положений законодательства о защите прав потребителей (Правила продажи товаров дистанционным способом, утвержденные постановлением Правительства РФ от 27 сентября 2007 г. № 612, Правила продажи отдельных видов товаров, утвержденные постановлением Правительства РФ от 19 января 1998 г. № 55, Пра-

вила бытового обслуживания населения в Российской Федерации, утвержденные постановлением Правительства РФ от 15 августа 1997 г. № 1025, Правила оказания услуг общественного питания, утвержденные постановлением Правительства РФ от 15 августа 1997 г. № 1036, и ряд других), законодательства о коммунальных службах (*public utilities*) (Правила пользования системами коммунального водоснабжения и канализации в Российской Федерации, утвержденные постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1999 г. № 167, Правила организации теплоснабжения в Российской Федерации, утвержденные постановлением Правительства РФ от 8 августа 2012 г. № 808, Правила горячего водоснабжения, утвержденные постановлением Правительства РФ от 29 июля 2013 г. № 642, Правила холодного водоснабжения и водоотведения, утвержденные постановлением Правительства РФ от 29 июля 2013 г. № 644, и проч.).

4.1. Пункт 4 ст. 426 ГК РФ предусматривает общее право Правительства РФ переделегировать издание соответствующих правил иным федеральным органам исполнительной власти. Однако при этом необходимо учитывать, что в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о защите прав потребителей Правительство РФ не вправе поручать федеральным органам исполнительной власти принимать акты, содержащие нормы о защите прав потребителей.

5. Условия, не соответствующие требованиям п. 2 ст. 426 ГК РФ (требование о равенстве цены и иных условий в отношении потребителей одной категории), а также п. 4 ст. 426 ГК РФ (требование о соответствии условий договора обязательным для сторон правилам заключения и исполнения публичного договора), являются ничтожными. Данное правило является исключением из общего правила, установленного п. 1 ст. 168 ГК РФ об оспоримом характере сделки, нарушающей требования закона или иного нормативного правового акта.

5.1. В качестве условий, противоречащих обязательным для сторон правилам заключения и исполнения публичного договора, могут выступать условия, по-иному излагающие конкретные положения таких правил, носящих императивный характер, или ограничивающие права потребителя по сравнению с тем, как они определены в правилах. Так, например, в соответствии с разъяснениями ВС РФ условия договора обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств, устанавливающие дополнительные основания для освобождения страховой организации от обязанности произвести страховую выплату, являются ничтожными на основании п. 5 ст. 426 ГК РФ (п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 29 января 2015 г. № 2). Установление в публичном договоре условия о неустойке иным образом, чем предусмотрено обязательными правилами, влечет недействительность условия о такой договорной неустойке (Определение КЭС ВС РФ от 14 апреля 2016 г. № 305-ЭС15-16052).

Исходя из вышеприведенной практики можно сделать вывод, что, если условия затрагивают вопросы, которые входят в предмет регулирования таких правил и ущемляют права потребителей по сравнению с тем, как они определены в этих правилах, они признаются ничтожными по п. 5 ст. 426 ГК РФ. Если в публичном договоре появляются явно несправедливые условия, выходящие за рамки регулирования специальных правил, они могут стать предметом судебного контроля по правилам ст. 428 ГК РФ.

Статья 427. Примерные условия договора

1. В договоре может быть предусмотрено, что его отдельные условия определяются примерными условиями, разработанными для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати.

2. В случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям, такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев, если они отвечают требованиям, установленным статьей 5 и пунктом 5 статьи 421 настоящего Кодекса.

3. Примерные условия могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа, содержащего эти условия.

Комментарий

1. Примерные условия договоров сами по себе не являются обязательными для сторон. Обязательными они могут стать, по общему правилу, лишь в силу волеизъявления сторон договора. Таким образом, использование примерных условий договора в большинстве случаев будет представлять собой определенный прием юридической техники: согласование определенных договорных условий посредством включения в договор отсылки к ним (в англо-американской практике такой метод нередко именуется как *incorporation by reference*). Использование примерных условий договора позволяет существенно упростить процесс заключения договора и тем самым сократить транзакционные издержки, связанные с заключением и согласованием договорных условий.

1.1. Стороны могут своим соглашением предусмотреть применение таких примерных условий к их отношениям по договору как в полном объеме, так и частично, в том числе по своему усмотрению изменить положения стандартной документации или договориться о неприменении отдельных ее положений.

1.2. Если впоследствии разработавшая примерные условия договора организация вносит в них изменения (например подготовив новую редакцию примерных условий), такие изменения могут применяться к договорным отношениям сторон, лишь если стороны выразят свое согласие с ними (см. п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). Такое согласие может быть заранее выраженным в основном договоре, например, посредством указания в отсылке к тексту примерных условий договора оговорки о том, что такие условия будут применяться с учетом последующих изменений или дополнений, либо такие условия могут быть «одобрены» сторонами договора в дополнительном соглашении. Данные правила являются следствием договорно-правовой природы примерных условий и распространения на них общих положений об изменении договора.

1.3. Примерные условия договора обычно разрабатываются и (или) утверждаются организациями, обладающими авторитетом в соответствующей сфере, как правило, некоммерческими. В качестве иллюстрации примерных условий договора, которые были разработаны авторитетной организацией и получили широкое распространение на практике, можно указать Инкотермс Международной торговой палаты. Упоминание в договоре терминов Инкотермс (*EXW, FCA, CIF, FOB* и др.) может рассматриваться в качестве отсылки к соответствующим условиям договора, как они

определены в Международных правилах толкования торговых терминов Инкотермс. В качестве примерных условий договора могут рассматриваться типовые контракты, подготовленные Международной торговой палатой (типовой дистрибьюторский контракт, типовой контракт международной купли-продажи, типовой контракт случайного посредничества и др.) или иными подобными организациями.

В качестве другого примера использования примерных условий можно указать практику распространения программного обеспечения с открытым исходным кодом (*open source*). Автор соответствующего программного кода указывает в исходном тексте программы, а также в сопровождающей документации и иным образом на тип свободной лицензии (в контексте российского права наиболее близкой конструкцией, ориентированной на регламентацию подобных отношений, является понятие «открытой лицензии» – ст. 1286¹ ГК РФ), на условиях которой он хочет его распространять. При этом обычно используются типы лицензий, сертифицированные (одобренные) одной из авторитетных в сообществе разработчиков программного обеспечения с открытым исходным кодом организаций (*Open Source Initiative, Free Software Foundation, Apache Software Foundation* и др.). Тексты таких лицензий доступны на веб-сайтах этих организаций, а аббревиатуры (*GPL, MPL, MIT, BSD* и др.) являются общепризнанными в соответствующей сфере.

1.4. Одним из требований к примерным условиям договора, указанным в п. 1 ст. 427 ГК РФ, является их опубликование «в печати». Поскольку данная фраза не претерпела изменений с момента принятия первой части ГК РФ в 1994 году, она является несколько устаревшей. Учитывая, что в настоящее время большая часть примерных условий так или иначе доступна в Интернете, представляется целесообразным расширительно толковать фразу п. 1 ст. 427 ГК РФ «опубликованными в печати», понимая под ней не столько печатный формат изложения текста примерных условий, сколько их доступность неопределенному кругу лиц.

2. Пункт 2 ст. 427 ГК РФ предусматривает исключение из общего правила о применении примерных условий договора в силу явно выраженного волеизъявления сторон. В отсутствие такого волеизъявления примерные условия договора могут превратиться в самый слабый источник гражданского права – обычай, при условии их соответствия требованиям, предъявляемым к нему. К таким условиям можно отнести следующие. Во-первых, примерное условие договора должно закреплять сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности правило поведения. Во-вторых, такое правило поведения не должно быть предусмотрено российским законодательством или иностранным законодательством (в случае если в соответствии с нормами о международном частном праве в качестве права, применимого к договорным отношениям сторон, выступает иностранное право). Иначе это правило будет применяться не как обычай, а как норма писаного права. В-третьих, такое правило поведения не должно противоречить условиям договора, а также императивным и диспозитивным нормам законодательства. Таким образом, примерные условия могут являться документом, в котором зафиксированы обычаи, и в таком случае этот документ применяется как источник права при условии, что соответствующий вопрос не урегулирован ни законом, ни иными правовыми актами, ни договором (п. 2 ст. 5, п. 5 ст. 421 ГК РФ).

3. Комментируемый пункт конкретизирует формы, в которых могут существовать примерные условия договора: это может быть примерный договор или иной документ. В качестве иллюстрации можно указать разработанные объединением страховщиков стандартные формы договора (страхового полиса) по отдельным видам страхования. Такие формы могут рассматриваться как примерные условия договора, которые страховщик вправе применять в своей деятельности (п. 3 ст. 940 ГК РФ).

Статья 428. Договор присоединения

1. Договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

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

Если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства, в случае изменения или расторжения договора судом по требованию присоединившейся к договору стороны договор считается действовавшим в измененной редакции либо соответственно не действовавшим с момента его заключения.

3. Правила, предусмотренные пунктом 2 настоящей статьи, подлежат применению также в случаях, если при заключении договора, не являющегося договором присоединения, условия договора определены одной из сторон, а другая сторона в силу явного неравенства переговорных возможностей поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора.

Комментарий

1. Статья 428 ГК РФ вводит регулирование механизмов защиты слабой стороны договора от навязывания ей несправедливых условий. Данная статья закрепляет один из так называемых инструментов *ex post* ограничения свободы договора. *Ex post* ограничение свободы договора работает посредством делегации судам компетенции по блокированию тех или иных не приемлемых для правовой системы проявлений свободы договора при разрешении возникшего судебного спора. В отличие от *ex ante* ограничений в форме императивных норм, которые известны сторонам заранее, при *ex post* ограничении свободы договора (в том числе посредством ст. 428 ГК РФ) блокирование свободы договора и выяснение неправомерности включения в договор того или иного условия осуществляется постфактум уже после заключения договора.

Статья 428 ГК РФ является важным элементом в арсенале инструментария *ex post* коррекции свободы договора (наряду со ст. 10, 169, 179 ГК РФ и т.п.), причем элементом, имеющим свою собственную функциональную направленность. Статья 428

ГК РФ регулирует *ex post* ограничение свободы договора судом, когда такие ограничения вводятся судом в целях защиты слабой стороны договора.

1.1. Пункт 2 данной статьи посвящен защите от несправедливых договорных условий, включенных в договор присоединения. Соответственно задача п. 1 состоит в том, чтобы дать определение договору присоединения и тем самым обозначить сферу применения такой защиты.

1.2. Следует сразу обратить внимание на то, что закон допускает обращение за защитой от несправедливых договорных условий по правилам п. 1–2 ст. 428 ГК РФ о договоре присоединения и со стороны лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. В тексте ст. 428 ГК РФ, действовавшей до 1 июня 2015 г., возможность предпринимателей, присоединившихся к договору присоединения, требовать изменения договора была фактически заблокирована за счет п. 3 прежней редакции. В новой редакции данной статьи это исключение удалено. Соответственно лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, также может рассчитывать на применение данного инструмента *ex post* ограничения свободы договора. Ранее эту возможность, несмотря на буквальное значение п. 3 ст. 428 ГК РФ в прежней редакции, признавал ВАС РФ (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16; п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

1.3. Пункт 1 ст. 428 ГК РФ устанавливает следующие квалифицирующие признаки договора присоединения.

Во-первых, это должен быть договор, условия которого определены одной из сторон в формуляре или иной стандартной форме. Соответственно речь идет о крайне распространенной в современных рыночных условиях во всем мире практике стандартизации договорных текстов, когда коммерческая или иная организация разрабатывает форму договора и в дальнейшем использует ее в своей каждодневной хозяйственной практике. Тем самым минимизируются издержки на разработку и согласование договорных условий для каждой конкретной сделки и создаются условия для делегации компетенции по согласованию и заключению сделок менеджерам низшего звена, усмотрение которых ограничивается определением очень ограниченного числа нестандартизированных параметров сделки. По логике п. 1 ст. 428 ГК РФ договор не будет считаться договором присоединения, если его текст был составлен одной из сторон для конкретного договора с конкретным контрагентом, а не предназначен для многократного использования. При этом в случае заключения договора на основе проекта договора, разработанного одной из сторон для конкретной сделки, защита другой стороны от навязанных несправедливых условий также возможна, но осуществляется на основе п. 3 ст. 428 ГК РФ.

Судя по всему, доказывать тот факт, что заключенный договор был заключен путем присоединения к стандартизированным условиям должна та сторона, которая ссылается на ст. 428 ГК РФ. Применительно к договорам потребительским такую квалификацию разумно презюмировать.

Во-вторых, для признания заключенного договора в качестве договора присоединения необходимо доказать, что другая сторона была лишена реальной возможности заключить договор *иначе как путем присоединения к такой форме*.

1.4. При этом вторая характеристика договора присоединения (вынужденность присоединения) требует в свою очередь некоторых пояснений.

Во-первых, очевидно, что тот факт, что стороне была предоставлена возможность влияния на некоторые строго ограниченные в количестве условия договора, не может лишать договор статуса договора присоединения в целом и блокировать применение правил п. 2 ст. 428 ГК РФ в отношении стандартизированных условий. Формулировка п. 1 ст. 428 ГК РФ, что сторона вынуждена присоединиться к предложенной проформе «в целом», не означает, что наличие в договоре отдельных нестандартизированных условий, которые были индивидуально согласованы или включены исключительно в данный конкретный договор, блокирует возможность признать заключенный договор в остальной части договором присоединения. Иначе было бы просто затруднительно найти хотя бы один договор присоединения в хозяйственной практике. Так, например, в договоре потребительского кредита или вклада по индивидуальному согласованию с потребителем определяется размер кредита или вклада, а также нередко срок договора, иногда порядок начисления процентов. В договоре страхования также ряд условий договора определяется не стандартной проформой, а с учетом конкретных обстоятельств, связанных с особенностями заключения именно данного конкретного договора и пожеланий страхователя (франшиза, страховая сумма и т.п.). Соответственно в таких ситуациях судам следует применять правила о договоре присоединения к тем условиям, которые были стандартизированы и не применять к условиям, которые не были стандартизированы или, более того, были индивидуально согласованы (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Тем не менее, чем больше в договоре индивидуально-определенных и нестандартизированных условий, тем больше оснований лишать договор статуса договора присоединения в целом, так как превалирование индивидуально-определенных условий означает, что у сторон были более или менее равноправные возможности влиять на содержание договора и никакой вынужденности принятия предложенных стандартных условий не было.

Во-вторых, сам по себе факт формального предоставления возможности выдвижения своих возражений по тексту договора до его заключения не может лишать договор статуса договора присоединения, если все или подавляющее большинство разногласий было в итоге отвергнуто и предоставление такой возможности носило скорее формальный характер. В обратном случае правила о договорах присоединения будут легко обходиться имитацией переговоров.

В-третьих, квалификация договора в качестве договора присоединения есть вопрос факта, а не права. Иначе говоря, для такой квалификации требуется анализировать конкретные фактические обстоятельства заключения договора, а не искать в законах указание на то, что переговоры по заключению данного договора исключены. Этот подход был в итоге поддержан и в судебной практике (п. 3 и 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146, п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). При этом конечно же, если закон применительно к тому или иному виду договора прямо исключает ведение переговоров и предписывает лишь возможность присоединения к разработанной одной из сторон проформ, это свидетельствует в пользу признания заключенного договора договором присоединения.

В-четвертых, тот факт, что присоединение к предложенной проформе было вынужденным, а индивидуальные переговоры были заблокированы, должен доказываться присоединившейся стороной. Доказать это обстоятельство можно,

в частности, представив соответствующую переписку, указывающую на безуспешные попытки добиться урегулирования разногласий, или доказательства, подтверждающие, что сторона, предложившая проформу, заранее исключала для себя какие-либо индивидуальные переговоры по стандартизированным условиям или в своей практике ранее по такого типа сделкам работала по модели «бери или уходи». Также доказать отсутствие возможности вести переговоры по условиям договорной проформы можно, доказав, что контрагент, представивший эту проформу, изначально исключил для себя возможность рассмотрения каких-либо разногласий, или ведение индивидуальных переговоров в отношении условий проформы было де-факто исключено в силу характера договора (например, публичный договор, по которому условия для всех потребителей должны быть в силу ст. 426 ГК РФ одинаковы). Если такие доказательства представлены не будут и суду будет очевидно, что контрагент, присоединяясь к предложенной проформе, имел *реальную возможность* предложить свои правки к ней, но даже не попытался этого сделать, применять защиту от несправедливых договорных условий нельзя.

1.5. Представляется, что критерий вынужденности присоединения должен применяться дифференцированно, в зависимости от того, является ли присоединившееся лицо предпринимателем или нет. Это не вытекает из буквы п. 1 ст. 428 ГК РФ, но следует из общих принципов регулирования договорных отношений, требующих дифференцированного отношения к допустимости патерналистских по своему характеру ограничений свободы сугубо коммерческих договоров, с одной стороны, и иных (в том числе потребительских) договоров, с другой.

(а) Если за защитой по п. 2 ст. 428 ГК РФ обращается потребитель, критерий вынужденности присоединения должен фактически презюмироваться. Тот факт, что на рынке существует полноценная конкуренция и ничто не мешало присоединившей стороне обратиться к другому контрагенту и тем самым избежать принятия соответствующего несправедливого условия, не имеет применительно к таким случаям особого значения. Потребитель является слабой стороной договора в силу колоссальной асимметрии информации и профессионализма, а также в силу того, что он в подавляющем числе случаев заключает договор, не читая его условия, что открывает для коммерсантов практически безграничные возможности по включению в договорные проформы сколь угодно несправедливых и экономически неэффективных условий. Наказывать же потребителя за такое поведение и стимулировать читать условия всех потребительских сделок, которые он ежедневно заключает (поход в кафе, метро, кинотеатр, скачанная программа для ЭВМ и т.п.), контрпродуктивно, так как в итоге основную часть нашего времени нам придется читать многостраничные условия таких сделок и тратить силы и время на то, чтобы понять все эти юридические нюансы. Для экономики выгоднее стимулировать потребителей свободно заключать сделки и потреблять то, что им предлагают коммерсанты, а для этого право должно гарантировать потребителю защиту от возможных сюрпризов в тексте предлагаемых договоров. Судебный *ex post* контроль справедливости договорных условий применительно к потребительским отношениям выполняет именно эту функцию.

(б) Если же за защитой по ст. 428 ГК РФ обращается предприниматель, ситуация несколько отличается. Патернализм в отношении предпринимателей должен быть максимально ограничен. Блокирование судом свободы договора в целях защиты

интересов предпринимателя, добровольно присоединившегося к предложенной договорной проформе, в сколько-нибудь интенсивном формате противоречит сути коммерческой деятельности, осуществляемой профессиональным предпринимателем на свой риск, может существенно нарушить конституционный принцип свободы договора и повлечь дестабилизацию договорных связей. Заключение договора без изучения его условий коммерсантом выглядит крайне экзотично и не может поощряться, а защищать коммерсанта от собственных просчетов и потакать иррациональному бизнес-поведению нет никакого смысла.

Из этого следует, что фактор вынужденности присоединения применительно к присоединившемуся предпринимателю должен толковаться более жестко. Одного лишь факта того, что переговоры по тексту договора были заблокированы, недостаточно для того, чтобы предприниматель считался слабой стороной договора и заслуживал патерналистской опеки со стороны государства. Суд при оценке фактора вынужденности присоединения должен оценить, мог ли коммерсант относительно легко избежать принятия предложенных условий, заключив аналогичный договор с иным контрагентом при наличии конкуренции на данном рынке и вариативности встречающихся на рынке договорных условий соответствующего вида. Если коммерсант по каким-то причинам (в силу своего коммерческого просчета или легкомыслия) этого не сделал и принял предложенную ему проформу, судам следует склоняться к констатации отсутствия фактора вынужденности присоединения.

При применении ст. 428 ГК РФ в целях защиты коммерсанта в полной мере следует учитывать положение п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, согласно которому при оценке оснований для применения защиты от несправедливых договорных условий суд, в частности, «определяет фактическое соотношение переговорных возможностей сторон и выясняет, было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным, а также учитывает уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, конкуренцию на соответствующем рынке, наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях и т.д.».

2. Пункт 2 предусматривает основное наполнение правового режима договора присоединения. При заключении такого договора присоединившаяся к предложенной договорной проформе сторона может потребовать расторжения или изменения договора, если его содержание хотя и соответствует закону, но лишает присоединившуюся сторону «прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора». По сути речь идет о так называемых несправедливых условиях договора. Именно так подобные условия принято обозначать в европейском контрактном праве (*unfair contract terms*) и с недавних пор — в России (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

2.1. При этом судам следует воздерживаться от механического применения положений п. 2 данной статьи. Тот факт, что в договоре присоединения содержится условие, формально соответствующее гипотезе данной нормы (нетипичное условие

договора и условие об ограничении ответственности), не означает, что такое условие является по определению несправедливым и дает право на подачу иска о расторжении или изменении договора. Суд должен анализировать конкретное условие качественно и с учетом всего комплекса договорных условий, природы договора в целом и иных обстоятельств. Договор может не предусматривать какое-то право присоединившейся стороны, которое «обычно предоставляется по договорам такого вида», или содержать условие об ограничении ответственности, но это само по себе отнюдь не означает, что содержание договора является несправедливым. Нетипичное содержание договорных условий может быть предопределено спецификой соответствующего договора и структурой предусмотренных им прав и обязанностей в целом. Предел возмещения убытков может быть не очень низким, учитывать специфику данного конкретного договора, или ответственность присоединяющейся стороны также может быть ограничена. С учетом этого важно учитывать, что и нетипичное условие договора, и условие об ограничении ответственности признается несправедливым только на основе анализа его содержания в контексте иных положений договора, его природы и целей. Определение несправедливости договорных условий зависит от конкретного контекста фактических обстоятельств и требует вовлечения судебного усмотрения. Одно и то же условие может быть признано несправедливым в контексте одного договора с определенной структурой прав и обязанностей и одновременно вполне справедливым в ином контексте.

Как было отмечено в п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «при рассмотрении споров о защите от несправедливых договорных условий суд должен оценивать спорные условия в совокупности со всеми условиями договора и с учетом всех обстоятельств дела». Суд при оценке спорного условия в качестве несправедливого должен оценивать среди прочего возможные экономические резоны, оправдывающие включение этого условия в договор с точки зрения принятых стандартов честной деловой практики, принципа добросовестности и экономических резонов.

Судам следует ориентироваться на следующее определение несправедливых договорных условий в контексте ст. 428 ГК РФ: «условия, являющиеся явно обременительными для контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон» (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). Можно принять во внимание и то определение, которое дают несправедливым договорным условиям (*unfair contract terms*) Модельные правила европейского частного права (ст. II.-9:405): «условия, применение которых вопреки требованиям добросовестности и честной деловой практики ведет к чрезвычайному отклонению от принятых в коммерческой деятельности стандартов».

В качестве примера такого контекст-ориентированного подхода к применению п. 2 ст. 428 ГК РФ можно привести следующий отрывок из п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16: «При оценке несправедливости договорных условий суд должен оценивать все обстоятельства дела. В частности, при рассмотрении спора о взыскании убытков, причиненных нарушением договора, суд может с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий не применить условие договора об ограничении ответственности должника-предпринимателя только случаями умышленного нарушения договора с его стороны или условие о том, что он не отвечает за неисполнение обязательства вследствие нарушений,

допущенных его контрагентами по иным договорам. Также *с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий в целом* может быть признано несправедливым и неприменено судом условие об обязанности слабой стороны договора, осуществляющей свое право на односторонний отказ от договора, уплатить за это денежную сумму, которая явно несоразмерна потерям другой стороны от досрочного прекращения договора».

2.2. При этом при оценке справедливости договорных условий судам следует дифференцированно относиться к ситуациям, когда за защитой обращается предприниматель, и случаям, когда к ст. 428 ГК РФ апеллирует лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность. Коммерческая деятельность осуществляется, как уже отмечалось, на свой риск, а коммерсанты, за исключением особо вопиющих случаев, не заслуживают патерналистской опеки. Просчеты коммерсантов в оценке адекватности принимаемых условий по общему правилу исправляться судами не должны. Критический уровень аномальности и несбалансированности условий, оправдывающий ограничение свободы договора на основании ст. 428 ГК РФ, может и должен зависеть от того, направлено ли вторжение суда на защиту интересов некоммерческого субъекта оборота (в том числе потребителя), с одной стороны, либо профессионального предпринимателя, как правило, способного адекватно оценить существо добровольно принимаемых им договорных условий, с другой стороны.

2.3. Положения п. 2 ст. 428 ГК РФ рассчитаны прежде всего на судебный контроль справедливости так называемых периферийных условий договора и не должны применяться к оценке справедливости условий о цене и об основном предмете договора. Этому же подходу придерживаются и Модельные правила европейского частного права (п. 2 ст. II.-9:406). Цена и иные параметры предмета договора — это то, что любой даже самый обычный обыватель-потребитель способен оценить на предмет адекватности своим интересам. Соответственно судебский патернализм в отношении таких условий не оправдан. Ценовой контроль или вторжение суда в оценку адекватности самого предмета договора будет явно неконституционным и избыточным вторжением государства в сферу свободной рыночной экономики. Для отдельных радикальных ситуаций несоразмерности цены, возникшей в результате заключения договора в условиях стечения тяжелых обстоятельств, существует норма ст. 179 ГК РФ об оспаривании кабальных сделок.

В то же время судебный контроль условий о предмете договора и цене может быть в исключительных случаях допущен только в отношении потребительских договоров, если соответствующие условия договора изложены крайне запутанно и нетранспарентно, и имеются признаки того, что коммерсант попытался недобросовестно эксплуатировать ограниченную рациональность потребителя, его неопытность в делах и недостаточный профессионализм. В частности, именно поэтому имеются достаточные основания для блокирования условий потребительских договоров кредита, искусственно и без достаточных экономических оснований дробящих возлагаемое на заемщика финансовое бремя за счет введения разнообразных комиссий, или некоторых сложных финансовых инструментов, понимание сути которых для обычного потребителя нередко достаточно затруднено. Если коммерсант, очевидно, злонамеренно пытался ввести потребителя в заблуждение и скрыть от его внимания важные параметры предмета договора, такие параметры могут стать предметом судебного контроля по правилам ст. 428 ГК РФ. Такое исключение, допускающее судебный

контроль справедливости цены и предмета потребительского договора, знакомо, в частности, и Модельным правилам европейского частного права (п. 2 ст. II.-9:406).

2.4. Что касается самого механизма защиты присоединяющейся стороны, то тут п. 2 ст. 428 ГК РФ говорит о праве присоединившейся стороны обратиться в суд с иском о расторжении или изменении договора. Следует заметить, что упомянутое в п. 2 ст. 428 ГК РФ право на расторжение договора является своего рода аномалией. Вряд ли можно предположить, что такой иск будет когда-то подан. Если сторона заключила договор, содержащий несправедливые условия, значит ей данный договор в целом нужен (за вычетом спорного условия). Соответственно куда более адекватна вторая опция – право на иск об изменении договора.

Наиболее адекватным способом изменения договора присоединения в целях защиты от навязывания несправедливого условия является исключение этого условия из договора. Возникающий пробел будет регулироваться диспозитивными положениями законодательства, а при отсутствии таковых – по правилам ст. 6 ГК РФ (аналогия закона, аналогия права, применение принципов разумности, справедливости и добросовестности). Угроза такого развития событий должна стимулировать сильную сторону воздерживаться от включения в свою стандартную договорную форму очевидно несправедливых условий.

При этом, видимо, если это будет оправдано соображениями справедливости и экономической целесообразности, суд может не исключить спорное условие из договора, а изменить его содержание. Это, например, возможно в том случае, когда в договор присоединения было включено условие о крайне высоком и несоразмерном уровне платы, которую заказчику необходимо внести при желании отказаться от договора оказания услуг или выполнения работ. Обязанность внесения такой платы не входит непосредственно в предмет договора и относится к категории «периферийных» условий договора. В такой ситуации суд может снизить размер такой платы до уровня, сопоставимого с уровнем реальных негативных последствий такого немотивированного расторжения договора для заказчика, вместо полного исключения данного условия договора (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 310 ГК РФ).

2.5. При этом возникает проблема следующего свойства. Суд может длиться продолжительное время, а по общим правилам действия решений об изменении договора (преобразовательных решений) договор будет считаться измененным с момента вступления в силу судебного решения. К моменту вынесения решения при этом договор мог быть давно исполнен. В связи с этим в редакцию ст. 428 ГК РФ, вступившую в силу с 1 июня 2015 г., было добавлено указание на то, что при изменении договора по судебному решению он будет считаться измененным с момента заключения договора (т.е. ретроспективно). По сути изменение договора, которое в большинстве случаев проявляется в исключении из договора несправедливого условия, с учетом ретроспективного характера такого изменения мало чем отличается от оспаривания сделки в части соответствующих условий.

2.6. В то же время очевидно, что предусмотренный в п. 2 ст. 428 ГК РФ механизм судебного изменения договора (даже с учетом его ретроспективного действия) не вполне удобен для защиты присоединившейся стороны договора. Этой стороне требуется возбуждать судебный процесс и укладываться в срок исковой давности. В то же время несправедливое условие может касаться какого-то аспекта взаимоотношений, который может себя проявить на поздних этапах договорных отноше-

ний (например, ограничение размера ответственности, условия о дополнительных основаниях освобождения от ответственности, условия о последствиях расторжения договора и т.п.), а при этом договор может быть рассчитан на длительный срок. Реально спорное условие договора может заявить о себе через 3, 4, 5 и более лет после заключения договора. Вынуждать присоединившуюся сторону заранее, предвосхищая столкновение с применением несправедливого условия в будущем и не имея никаких гарантий того, что такое столкновение когда-то в принципе произойдет, превентивно идти в суд с иском об изменении договора из-за риска пропустить срок давности крайне несправедливо и не соответствует принципу процессуальной экономии.

Поэтому важно, чтобы у присоединившейся стороны была и иная возможность защиты: при попытке применения против нее несправедливого условия договора присоединения в суде она должна иметь возможность сослаться на несправедливость условия в формате возражения и попросить суд заблокировать применение такого условия по правилам ст. 10 ГК РФ (отказ в защите права в случае злоупотребления оным на основе возражения присоединившей стороны). И действительно, попытка использовать в суде ссылку на явно несправедливое договорное условие, появившееся в договоре в результате злоупотребления свободой договора, является очевидным злоупотреблением правом и должна влечь отказ в защите права, основанного на таком условии. В этой связи не может не радовать, что на такую возможность прямо указывает п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 («Поскольку согласно пункту 4 статьи 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании статьи 10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по статье 169 ГК РФ»).

Близкий подход отражен и в ст. II.-9:408 Модельных правил европейского частного права: предложенные одной из сторон несправедливые условия просто не обязательны для другой стороны; какая-либо судебная процедура оспаривания или изменения таких условий не предусмотрена. К сожалению, в ст. 428 ГК РФ в рамках реформы ГК РФ, состоявшейся в 2015 г., этот аспект не был отражен. Но с учетом сохранения в силе Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 это крайне полезное и по сути правильное решение проблемы несправедливых условий вполне может использоваться в судебной практике.

2.7. В отношении разъяснения ВАС РФ о возможности заблокировать несправедливое условие в суде на основании либо ст. 169 ГК РФ, либо ст. 10 ГК РФ следует заметить, что, безусловно, имеется определенное отличие между неприменением несправедливого условия судом по правилам ст. 10 ГК РФ и неприменением его в связи с ничтожностью по основанию противоречия основам нравственности и правопорядка по ст. 169 ГК РФ. Оно проявляется в том, что, если считать несправедливые условия, навязанные слабой стороне, ничтожными по ст. 169 ГК РФ, даже добровольное исполнение такого условия слабой стороной, казалось бы, не препятствует ей впоследствии сослаться на ничтожность с вытекающими отсюда последствиями (в том числе реституцией). Если же речь идет об отказе в защите права по ст. 10 ГК РФ, добровольное исполнение, видимо, исключит возможность ставить под сомнение спорное условие договора: ведь, если сильная сторона не идет в суд и не просит применить спорное условие, то и нет оснований для отказа в защите права.

Так что российскому праву следует, видимо, все-таки определиться в отношении правового основания для такой борьбы с несправедливыми условиями (ничтожность по ст. 169 ГК РФ или отказ в защите права по ст. 10 ГК РФ). В то же время, даже если в итоге в практике утвердился вариант с использованием ст. 169 ГК РФ, как минимум при отсутствии признаков принуждения к исполнению несправедливого условия принцип эстоппель теоретически может блокировать право слабой стороны ссылаться на несправедливый характер спорного условия по правилам п. 5 ст. 166 ГК РФ. Впрочем, многое тут зависит от того, как судебная практика будет толковать саму норму п. 5 ст. 166 ГК РФ.

2.8. Применительно к потребительским договорам механизм защиты от навязанных несправедливых условий по правилам п. 2 ст. 428 ГК РФ начинает явным образом конкурировать с механизмом, который многие годы выводился судебной практикой из толкования п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей. Согласно данной норме являются недействительными условия потребительского договора, ограничивающие права потребителя по сравнению с тем, как они определены в нормах потребительского законодательства. В силу буквального значения данной нормы мы имеем не механизм *ex post* контроля свободы договора на основе судебного усмотрения, а положение о том, что все нормы потребительского законодательства императивны в смысле невозможности отступления от них в сторону ухудшения прав потребителя (так называемые полуимперативные нормы). В то же время судебная практика долгое время толковала норму п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей фактически расширительно, видя в ней правовое основание для защиты потребителя от навязывания ему условий, пусть и формально законных, но явно несправедливых (определения КГД ВС РФ от 14 апреля 2015 г. № 78-КГ15-3, от 23 декабря 2014 г. № 80-КГ14-9; п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146; постановления Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2009 г. № 8274/09, от 2 марта 2010 г. № 7171/09, от 14 февраля 2012 г. № 12416/11).

До недавнего времени условия договора с потребителем, нарушающие п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей, считались ничтожными. Но со вступлением в силу 1 сентября 2013 г. новой редакции ст. 168 ГК РФ ситуация стала менее однозначной. Согласно данной статье сделка, противоречащая закону, по общему правилу является оспоримой. Ничтожной же она является, только если одновременно посягает на публичные интересы и интересы третьих лиц. Как в этих условиях относиться к запрету на ухудшение прав потребителя в п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей, стало не совсем понятно. В Постановлении Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 этот вопрос также прямо не разрешен. В п. 75 данного Постановления указано, что сделка, нарушающая прямой законодательный запрет, является ничтожной. Остается вопрос, можно ли считать таким запретом положение п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей о том, что условия, ухудшающие права потребителя, признаются недействительными. Думается, на этот вопрос следует ответить утвердительно и представляется разумным продолжать применять к условиям потребительского договора, нарушающим букву п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей (т.е. условиям, противоречащим потребительскому законодательству), режим ничтожности. Возложение на потребителя бремени возбуждения судебного процесса о превентивном оспаривании того или иного незаконного пункта договора

с риском пропустить короткий годичный срок давности по таким искам неоправданно, особенно в условиях, когда договор может быть долгосрочным (например, ипотека), а спорное условие – регулировать вопросы, актуализация которых может произойти в очень нескором будущем.

Если в итоге судебная практика воспримет именно такой подход в отношении толкования п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей при включении в договор *незаконных* условий, останется ответить на вопрос, целесообразно ли продолжать применять аналогичный режим ничтожности и в отношении формально законных, но *несправедливых* условий потребительского договора, как это было принято ранее. Если судебная практика пойдет в итоге по такому пути, у потребителя, которому навязано формально законное, но несправедливое условие, будет выбор: он может обратиться в суд с иском об изменении договора по ст. 428 ГК РФ или заявить в ходе рассмотрения любого договорного спора, в котором будет поставлен вопрос о применении спорного условия, о его ничтожности.

При этом в принципе такая альтернативность средств защиты потребителя – не вполне удачное решение. Если практика судов общей юрисдикции воспримет подход, закрепленный в п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 и будет допускать ссылку на несправедливость формально законных условий договора присоединения в формате возражения по ст. 10 ГК РФ (т.е. будет снимать бремя подачи иска об изменении договора), то ст. 428 ГК РФ как инструмента защиты потребителя от навязывания ему формально законных, но несправедливых условий будет вполне достаточно. В таком случае вполне можно будет вернуть толкование п. 1 ст. 16 ГК РФ к его буквальному значению и перестать применять его для целей борьбы с формально законными, но явно несправедливыми условиями потребительского договора.

3. Пункт 3 ст. 428 ГК РФ имеет большое практическое значение. Фактически он расширяет сферу применения предусмотренной в п. 2 ст. 428 ГК РФ механики защиты от навязывания несправедливых договорных условий и распространяет ее за рамки договоров присоединения. Согласно данному пункту требовать изменения договора в части несправедливых договорных условий можно и тогда, когда договор не является договором присоединения. Достаточно доказать, что: (а) условия были сформулированы одной из сторон и не были предметом индивидуального согласования, (б) договор заключался в условиях явного неравенства переговорных возможностей, из-за которого (в) одна из сторон была поставлена в положение, затрудняющее ей согласование иного содержания соответствующих условий. Если сравнить критерии применения положений п. 3 ст. 428 ГК РФ с определением договора присоединения, становится очевидным, что основное отличие гипотезы данной нормы от гипотезы п. 1 ст. 428 ГК РФ о договоре присоединения состоит в отсутствии необходимости доказывать стандартизованность предложенной договорной проформы. Сторона, которая была вынуждена принять предложенный другой стороной проект договора и лишена возможности вести по нему полноценные переговоры, может апеллировать к п. 2 ст. 428 ГК РФ и тогда, когда сам проект разработан специально для этой конкретной сделки и не был стандартизован.

3.1. Пункт 3 ст. 428 ГК РФ вряд ли применим к потребительским договорам, так как последние практически всегда являются договорами присоединения (т.е. заклю-

чаются на основании стандартной проформы договора) и в полной мере подпадают под гипотезу п. 1 ст. 428 ГК РФ.

3.2. Согласно норме п. 3 ст. 428 ГК РФ для ее применения требуется доказать наличие «явного неравенства переговорных возможностей». В принципе этот же критерий подразумевается и в п. 1 ст. 428 ГК РФ в отношении договора присоединения, вытекающая из критерия вынужденности принятия предложенных условий. Но в п. 3 ст. 428 ГК РФ он проявляется в явной форме.

На настоящий момент однозначное понимание этого критерия в судебной практике пока не устоялось. На наш взгляд, при оценке неравенства переговорных возможностей в отношении сугубо коммерческих или иных непотребительских договоров следует учитывать (а) возможную существенную асимметрию информированности, проявляющуюся обычно при совершении сделок в отношении сложных технических решений и продуктов, (б) подавляющую рыночную власть одной из сторон и отсутствие или ограниченность конкуренции на рынке, а также (в) чрезвычайность обстоятельств заключения договора, лишавшую одну из сторон возможности реально вести переговоры. При этом сам факт того, что один контрагент представлял собой крупную корпорацию, а другой — небольшую фирму, недостаточен для признания явного неравенства переговорных возможностей, если на рынке наблюдается конкуренция, отсутствует фактор существенной асимметрии информированности и фактор чрезвычайности обстоятельств заключения договора. В равной степени один лишь факт того, что сторона, предложившая проект договора, отказывалась принимать и обсуждать возражения другой стороны и вести полноценные переговоры, также сам по себе не означает, что имеет место явное неравенство переговорных возможностей и в договорных отношениях присутствует слабая сторона.

3.3. При определении оснований для применения п. 3 ст. 428 ГК РФ к сугубо коммерческим или иным непотребительским договорам судам, как представляется, следует исходить из следующего алгоритма анализа: чем более выраженным было неравенство переговорных возможностей, тем меньший порог несправедливости спорного условия требуется для того, чтобы суд вмешался и ограничил свободу договора, и наоборот, чем более равными были переговорные возможности сторон, тем более серьезной должна быть несправедливость и аномальность спорного условия, чтобы оно было заслуженно изменено (заблокировано) судом. Такой гибкий подход, доминирующий в зарубежном праве, позволяет адекватно реагировать на злоупотребления свободой договора, не переходя при этом грань, за которой начинается дестабилизация оборота и существенное поспание конституционного принципа свободы договора.

При этом в отношении п. 3 ст. 428 ГК РФ в полной мере применимо то, что было отмечено выше о необходимости осторожного применения этого инструмента *ex post* ограничения свободы договора в целях защиты предпринимателя. Для оправдания судебного вторжения и ограничения свободы сугубо коммерческого договора при любом соотношении переговорных возможностей несправедливость соответствующего условия должна быть особенно очевидной и не должна оставлять сомнения в отсутствии какого-либо коммерческого и рационального основания для его включения в договор.

3.4. В принципе сама возможность применения ст. 428 ГК РФ к договорам, заключенным на торгах (в частности, в рамках государственных закупок), в судеб-

ной практике признается (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 июля 2014 г. № 5467/14). Хотя, надо признать, в ряде случаев это может породить злоупотребления и нарушение конкурентности торгов. Например, государственный заказчик может приложить к конкурсной документации целый набор явно несправедливых условий, которые отпугнут большинство потенциальных участников кроме одного «смельчака», находящегося в сговоре с заказчиком. Впоследствии сразу же после заключения договора выигравшая торги сторона обжалует все указанные несправедливые условия в суде и при признании иска заказчиком суд аннулирует соответствующие условия. С подобными злоупотреблениями при наличии признаков сговора, видимо, следует бороться за счет общего запрета на злоупотребление правом.

Наиболее типичная ситуация, в которой п. 3 ст. 428 ГК РФ может применяться к таким договорам, возникает при заключении договора государственных закупок в ситуации, когда для принявшего участие в торгах коммерсанта участие в государственных закупках является основным вариантом ведения своей коммерческой деятельности. Коммерсант, заключивший договор государственных закупок в подобной ситуации «жизненной необходимости», может апеллировать к п. 3 ст. 428 ГК РФ, так как здесь сочетается фактор невозможности индивидуального согласования условий договора, которые прилагаются к конкурсной документации, и фактор неравенства переговорных возможностей. Последнее связано с тем, что коммерсант, участвующий в торгах в ситуации ограниченных возможностей ведения бизнеса без участия в государственных закупках, по сути в качестве единственной альтернативы имеет закрытие своего бизнеса.

В то же время далеко не всегда заключение договора с государственным заказчиком на торгах сопровождается явным неравенством переговорных возможностей. В частности, если у коммерсанта имелось множество иных, чисто рыночных вариантов реализации своей продукции, работ или услуг, невозможно признать, что его выбор был ограничен и он был вынужден согласиться на предложенные условия. Он вполне мог избежать их, найдя себе иного, негосударственного контрагента. То же можно сказать и о приобретении имущества на публичных торгах. Хотя здесь ведение переговоров практически заблокировано, но никакого явного неравенства переговорных возможностей нет, так как покупателя ничто не вынуждает приобретать имущество на таких торгах и факторы ограниченной конкуренции, асимметрии информации или чрезвычайности заключения сделки, как правило, отсутствуют.

3.5. В случае заключения договора, не являющегося договором присоединения, но соответствующего критериям, описанным в п. 3 ст. 428 ГК РФ, слабая сторона договора может (так же как и в случае с обычным договором присоединения) вместо подачи иска об изменении договора защищаться против применения несправедливого условия посредством возражения в ходе того или иного судебного процесса со ссылкой на ст. 10 ГК РФ (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

3.6. При этом тот факт, что в силу положений п. 1 и 3 ст. 428 ГК РФ судебный контроль справедливости договорных условий обусловлен квалификацией заключенного договора в качестве договора присоединения или договора, заключенного на индивидуально несогласованных условиях в ситуации неравенства переговорных

возможностей, не означает, что суд не может заблокировать несправедливые условия договора и в иных случаях. Но для того, чтобы суд ограничил свободу договора, заключенного равноправными контрагентами (особенно коммерсантами) при отсутствии каких-либо явных признаков неравенства переговорных возможностей сторон, должны иметься не просто несправедливые, а воистину аномальные условия, не оставляющие никаких сомнений в том, что разумные участники оборота в отсутствие каких-либо пороков воли такие условия никогда бы не приняли. В подобных случаях свобода договора может быть ограничена на основании общих правил ст. 10 ГК РФ (запрет на злоупотребление правом) или ст. 169 ГК РФ (ничтожность сделок, нарушающих основы нравственности). Например, такая реакция судов может легитимно воспоследовать в отношении условия договора, заранее объявляющего правомерными любые формы недобросовестного поведения контрагента при исполнении договора, лишаящего покупателя права требовать расторжения договора (или отказаться от него) при любой по продолжительности просрочке поставщика в поставке товара и т.п.

Статья 429. Предварительный договор

1. По предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором.

2. Предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора, а если форма основного договора не установлена, то в письменной форме. Несоблюдение правил о форме предварительного договора влечет его ничтожность.

3. Предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также условия основного договора, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение при заключении предварительного договора.

4. В предварительном договоре указывается срок, в который стороны обязуются заключить основной договор.

Если такой срок в предварительном договоре не определен, основной договор подлежит заключению в течение года с момента заключения предварительного договора.

5. В случаях, если сторона, заключившая предварительный договор, уклоняется от заключения основного договора, применяются положения, предусмотренные пунктом 4 статьи 445 настоящего Кодекса. Требование о понуждении к заключению основного договора может быть заявлено в течение шести месяцев с момента неисполнения обязательства по заключению договора.

В случае возникновения разногласий сторон относительно условий основного договора такие условия определяются в соответствии с решением суда. Основной договор в этом случае считается заключенным с момента вступления в законную силу решения суда или с момента, указанного в решении суда.

6. Обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны заключить основной договор, он не будет заключен либо одна из сторон не направит другой стороне предложение заключить этот договор.

Комментарий

1. Пункт 1 ст. 429 ГК РФ дает определение предварительного договора. Данное определение является явно неполным и требует расширительного толкования. Согласно букве п. 1 ст. 429 ГК РФ предварительный договор — это договор, по которому стороны обязуются заключить в будущий основной договор на условиях, указанных в предварительном. При этом к возможным вариантам основного договора, заключаемого на основании предварительного, отнесены договоры на передачу имущества, оказание услуг или выполнение работ. В силу принципа свободы договора данный перечень следует толковать как иллюстративный и неисчерпывающий. Палитра договорных моделей не исчерпывается договорами на оказание услуг, выполнение работ или передачу имущества. В обороте встречаются и иные договоры (акционерные соглашения, простое товарищество, соглашения о конфиденциальности, лицензионные договоры, соглашения об установлении сервитута и др.). Конечно же, заключение в будущем и таких договоров может быть включено в предмет предварительного договора. По крайней мере не наблюдается убедительных причин блокировать такую возможность.

1.1. Предварительный договор обычно заключается тогда, когда стороны готовы установить между собой некую правовую связь, но при этом отсутствуют те или иные формальные основания для заключения основного договора.

1.2. Предварительный договор опосредует возникновение обязательств заключить основной договор в будущем. В этом отличие такого договора от опциона на заключение договора, который предусматривает не обязательства заключить в будущем основной договор, а секундарное (преобразовательное) право одной из сторон своим волеизъявлением (акцептом) ввести основной договор в действие (см. комментарий к ст. 429² ГК РФ). Поэтому если в случае с опционом, для того чтобы возник основной договор, достаточно одностороннего заявления соответствующей стороны договора, то в случае с предварительным договором одного лишь волеизъявления стороны, пожелавшей ввести основной договор в действие, недостаточно; требуется согласие другой стороны, а при отсутствии такого согласия вопрос о введении в действие основного договора решается судом (п. 5 ст. 429 ГК РФ).

1.3. С момента появления в ГК РФ конструкции опциона на заключение договора, а также окончательного утверждения в судебной практике возможности заключения основных договоров купли-продажи (п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54) и аренды (п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73, Определение КГД ВС РФ от 27 сентября 2016 г. № 127-КГ16-6) в отношении еще отсутствующих у продавца или арендодателя на момент заключения договора вещей (в том числе недвижимости) возникают сомнения в том, что в сложившихся условиях есть, в принципе, какой-то смысл в заключении предварительного договора. Зачем, например, заключать предварительный договор аренды на стадии строительства объекта, после введения объекта в эксплуатацию долгие месяцы судиться с ответчиком по иску о принуждении к заключению основного договора аренды, а вслед за этим, возможно, еще раз судиться в случае неисполнения основного договора аренды, если можно сразу оформить основной договор аренды в отношении будущей недвижимости, порождающий обязательство сдачи в аренду после окончания строительства, или оформить опцион на заключение основного

договора аренды под условием введения объекта в эксплуатацию и тем самым избежать как минимум первой судебной стадии для фиксации заключенности основного договора? Тем не менее можно допустить, что некоторые участники оборота будут по инерции оформлять отношения, имеющие своим предметом передачу объекта, который еще не создан или не зарегистрирован в качестве недвижимости в реестре на момент заключения договора, через оформление предварительного договора. Так что возникающие в рамках этого института проблемы еще долго будут предметом обсуждения в судах.

1.4. Иногда конструкцию предварительного договора стороны пытаются использовать с целью обойти императивные нормы закона о реальном характере того или иного договора. Некоторые юристы считают, что посредством предусмотренного в рамках конструкции предварительного договора иска о принуждении к заключению основного договора можно фактически заставить сторону (например, займодавца по реальному договору займа) перечислять заем. Эту практику вряд ли можно признать нормальной. Если закон императивно закрепляет реальный характер того или иного договора (т.е. обуславливает вступление договора в силу моментом передачи имущества), вхождение в отношения по такому договору не может быть оформлено через заключение предварительного договора и последующее предъявление требования о заключении основного договора. Для того чтобы такое требование, действительно, привело к признанию реального договора заключенным, оно должно быть направлено на принуждение к передаче имущества. Последнее же в некоторой степени противоречит одной из целей признания тех или иных договоров в качестве реальных (сохранение для одной из сторон свободы от договорной связи вплоть до момента, когда она решится передать указанное в договоре имущество).

В то же время сама императивная, навязанная законом реальность договора, как правило, неоправданна с политико-правовой точки зрения. В частности, нет ни одного убедительного политико-правового резона, который мог бы подкрепить идею о строгой реальности договора займа. Если закон допускает возможность обещать подарить имущество (заключив консенсуальный договор дарения) или обязаться продать свою квартиру, то просто абсолютно нелогично настаивать на том, что любые попытки сторон заключить консенсуальный договор займа должны жестко пресекаться. Соответственно, если все нормы, посредством которых закон по каким-то соображениям предписывает тому или иному договору реальный характер, будут признаны диспозитивными сам вопрос об использовании конструкции предварительного договора с целью обхода этих норм отпадет.

1.5. По общему правилу предварительный договор является двусторонним организационным договором. Обязательства заключить основной договор возникают у каждой из его сторон. В то же время в силу принципа свободы договора нельзя исключать заключение и одностороннего предварительного договора, в котором обязательство заключить основной договор по требованию контрагента возникает лишь у одной из сторон, в то время как контрагент заключать основной договор не обязан, но имеет право требовать от другой стороны заключения такого договора. В таком случае в договоре может появиться условие о вознаграждении обязанной стороны за принятие на себя в одностороннем порядке такого обязательства и предоставление другой стороне права требовать заключения основного договора (наподобие

опционной премии в опционе). В таких случаях односторонний предварительный договор теряет характер сугубо организационного и становится возмездным.

Односторонний предварительный договор очень похож на классический опцион, но не идентичен ему, так как сохраняются принципиальные отличия в структуре порождаемых прав и обязанностей (в предварительном это обязательство заключить основной договор по требованию другой стороны; в опционе — секундарное право одной из сторон ввести основной договор в действие своим произвольным волеизъявлением).

1.6. В силу положений ст. 429 ГК РФ (в частности п. 6 данной статьи) обязательства каждой из сторон заключить основной договор актуализируются (созревают) в случае предъявления другой стороной предложения о заключении основного договора. По сути, речь идет о предложении, которое одновременно выступает и в качестве требования исполнить условия предварительного договора. При этом такое предложение-требование может быть сразу оформлено как оферта по заключению основного договора. Другая сторона, получив такое предложение, обязана заключить основной договор (акцептовать поступившую оферту). Фактически в данном случае речь идет об обязательстве с исполнением до востребования. Если ни одна из сторон в течение срока действия предварительного договора такого требования не предъявляет (исполнение обязательства не будет востребовано), обязательства по заключению основного договора прекращаются.

1.7. В силу п. 4 ст. 380 ГК РФ обязательства, вытекающие из предварительного договора, могут быть обеспечены внесением задатка (подробнее см. комментарий к ст. 380 ГК РФ). Эта норма появилась в ГК РФ с 1 июня 2015 г. и имела целью переломить негативное отношение к включению задатка в предварительный договор, сложившееся в практике ВАС РФ ранее (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 19 января 2010 г. № 13331/09). Такой задаток будет обеспечивать обязательства каждой из сторон заключить основной договор в случае предъявления контрагентом соответствующего требования. В случае уклонения от заключения основного договора стороны, получившей задаток, она обязана будет его вернуть в двойном размере. В случае же уклонения от заключения основного договора стороны, внесшей задаток, она рискует его утратить. При этом платежный эффект задатка носит отложенный характер и реализуется не по предварительному, а по основному договору, когда и если он будет заключен. Иначе говоря, уплаченный по предварительному договору задаток засчитывается в счет платежей по основному договору.

Кроме того, нет препятствий и для обеспечения обязательств по предварительному договору и путем обещания уплатить неустойку (постановления Президиума ВАС РФ от 8 апреля 2014 г. № 16973/13 и от 12 февраля 2013 г. № 13585/12). Такая неустойка может быть выражена в качестве штрафа на случай срыва предварительного договора по вине одной из сторон. Такой штраф может быть взыскан, если сторона, безуспешно попытавшаяся вступить в основной договор, в ответ на нарушение условий предварительного договора расторгнет его. Естественно, взыскание такого штрафа не может совмещаться с требованием о понуждении к заключению основного договора, так как альтернативно сохранению обязательств по предварительному договору.

При этом ничто не мешает сторонам установить в договоре пени за каждый день уклонения от заключения основного договора. Взыскание такой неустойки вполне совместимо с требованием о понуждении к заключению основного договора.

1.8. Согласно судебной практике, если стороны называют свой договор предварительным, но предусматривают внесение на основании такого договора всей или существенной части денежного предоставления по подлежащему заключению в будущем основному договору, такой договор не следует квалифицироваться как предварительный (п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54). Такой договор следует признавать изначально заключенным основным договором, предполагающим внесение предоплаты (аванса) и ставящим исполнение встречных обязательств до востребования. Соответственно, положение такого договора об обязательстве заключить основной договор на основании требования стороны, внесшей такую предоплату, следует толковать как обязательство осуществить встречное исполнение при его востребовании. Из этого вытекает, что на основании договора, названного сторонами предварительным, возникают полноценные договорные права требовать осуществления основного имущественного предоставления. По сути, к такому же выводу приходит и практика ВС РФ: п. 9 и 17 Обзора практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости (утв. Президиумом ВС РФ 4 декабря 2013 г.), Определение КГД ВС РФ от 8 декабря 2015 г. № 5-КГ15-165.

1.9. Так как предварительный договор порождает обязательства заключить основной договор в будущем, а не влечет непосредственно в силу самого факта своего заключения переход прав на имущество (распорядительный эффект), нет необходимости, чтобы соответствующее имущество, распоряжение которым входит в предмет основного договора, было у соответствующей стороны предварительного договора в момент его заключения (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 9798/12). Более того, отсутствие прав на данное имущество к моменту заключения основного договора (в том числе на основании судебного решения) не препятствует заключению даже основного договора, так как закон не запрещает заключение обязательственных договоров (купля-продажа, аренда и т.п.) в отношении отсутствующего у соответствующей стороны на момент заключения договора и подлежащего созданию или приобретению в будущем имущества (п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73; п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54). Применительно к купле-продаже такая возможность прямо предусмотрена в п. 2 ст. 455 ГК РФ. Если после заключения основного договора (в том числе по судебному решению) к соответствующему моменту исполнения обязательства передать такое имущество должник его исполнить не сможет, он будет считаться нарушившим договор и нести договорную ответственность.

1.10. Предварительный договор может содержать отлагательные условия, наступление которых дает одной или обеим сторонам право требовать заключения основного договора. Например, предварительный договор купли-продажи или аренды недвижимости может предусматривать, что право требовать заключения основного договора возникает только при условии регистрации одной из сторон права собственности на соответствующий объект недвижимости. Нет препятствий и к заключению предварительного договора под отменительным условием.

1.11. Предварительный договор может предусматривать ряд дополнительных обязанностей одной из сторон по совершению тех или иных действий организационного характера, обеспечивающих формирование условий для заключения основного договора или его исполнения. Например, предварительный договор может

возложить на одну из сторон обязанность совершить действия по регистрации права собственности на недвижимость, подлежащую отчуждению по основному договору. В таких случаях нарушение данной обязанности будет влечь ответственность за неисполнение обязательства в форме возмещения убытков и давать другой стороне, потерявшей в связи с просрочкой интерес в заключении основного договора, право отказаться от предварительного договора (п. 2 ст. 405, п. 2 ст. 450 ГК РФ).

1.12. Вытекающее из предварительного договора право одной из сторон требовать заключения основного договора не может быть предметом уступки, так как неразрывно связано, как правило, с двусторонней структурой прав и обязанностей по заключаемому основному договору. Если бы такая уступка была возможна, то требование о заключении основного договора к контрагенту могло бы предъявить незнакомое ему лицо, а удовлетворение этого требования судом приводило бы к вступлению основного договора в силу и возникновению у ответчика встречных требований по исполнению этого договора в отношении такого незнакомого лица. Иначе говоря, такая уступка фактически влечет перевод потенциального долга по основному договору. Последнее естественным образом могло бы существенно нарушить права стороны предварительного договора, чье согласие на уступку и замену потенциального должника не было испрашено, примерно в той же степени, в которой нарушает права контрагента перевод уже существующего долга без его согласия. Соответственно, такая уступка без согласия другой стороны предварительного договора должна признаваться ничтожной. Обосновать этот вывод можно, применяя норму п. 2 ст. 391 ГК РФ о ничтожности перевода долга без согласия кредитора.

Соответственно, возможна лишь замена стороны предварительного договора в целом с переходом к третьему лицу и прав, и обязанностей по предварительному договору (ст. 392³ ГК РФ). Такая замена стороны договора (передача договора) возможна с согласия контрагента.

1.13. Так как основной договор заключается во исполнение обязательств по договору предварительному, эти сделки носят взаимосвязанный характер. В то же время эта взаимосвязь не простирается настолько далеко, чтобы у них была общая правовая судьба. Недействительность предварительного договора сама по себе не должна влечь признания недействительным заключенного в результате его исполнения основного договора. Последний может быть признан недействительным, только если порок затрагивал его непосредственно (например, порок воли присутствовал в момент заключения и предварительного, и основного договоров).

В равной степени действительность предварительного договора не ставится под сомнение в связи с признанием недействительным заключенного в рамках его исполнения основного договора. Если основной договор признан недействительным по тем или иным основаниям, но срок действия предварительного договора еще не истек, право заявить повторное требование заключить основной договор сохраняется.

1.14. К отношениям сторон предварительного договора, по условиям которого гражданин фактически выражает намерение на возмездной основе заказать или получить в будущем товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних, бытовых и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, применяется законодательство о защите прав потребителей (п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17).

2. Из смысла п. 2 ст. 429 ГК РФ вытекает, что обязательным требованием к оформлению предварительного договора является соблюдение его письменной формы. Если закон предусматривает для основного договора более строгую форму (например, нотариальное оформление, оформление договора в виде единого документа и т.п.), то и предварительный договор, опосредующий обязательства заключить такой основной договор, должен быть заключен в той же форме. В частности, в силу этого предварительный договор купли-продажи недвижимости должен быть заключен в письменной форме путем составления единого документа, подписываемого сторонами (Определение КГД ВС РФ от 20 июля 2010 г. № 5-В10-42). Нарушение этих требований к форме предварительного договора влечет его ничтожность.

Так как государственная регистрация договора не относится к форме договора, а выступает в качестве элемента порядка его заключения, в тех случаях, когда закон требует государственной регистрации основного договора, предварительный договор государственной регистрации не подлежит (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2012 г. № 6616/12; п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59; Обзор законодательства и судебной практики ВС РФ за третий квартал 2010 г. (утв. Постановлением Президиума ВС РФ от 8 декабря 2010 г.); Определение КГД ВС РФ от 20 июля 2010 г. № 5-В10-42).

3. Норма п. 3 ст. 429 ГК РФ не является в полной мере удачной. Согласно этой норме в предварительном договоре должны быть отражены предмет основного договора и те условия, по которым согласно заявлению одной из сторон должно быть достигнуто согласие при заключении предварительного договора. Первое требование означает, что в предварительном договоре должны быть с достаточной степенью детализации определены основные обязательства, входящие в предмет основного договора. Второе требование предполагает, что любые условия, предложенные к согласованию одной из сторон при заключении предварительного договора, характеризующие параметры как основного договора, так и самого предварительного договора, должны быть согласованы сторонами. При сохранении разногласий между сторонами по таким условиям предварительный договор не может считаться заключенным.

Эти положения закона не вызывают возражений. В то же время в прежней редакции ГК РФ, действовавшей до 1 июня 2015 г., речь шла о том, что в предварительном договоре должны быть согласованы все существенные условия основного договора. Если взглянуть на ст. 432 ГК РФ, определяющую существенные условия договора, и перечень условий, по которым в силу новой редакции п. 3 ст. 429 ГК РФ должны договориться стороны предварительного договора, то становится очевидным, что из правил о порядке заключения предварительного договора выпала необходимость согласования условий, которые являются обязательными (существенными) для основного договора в силу специальных указаний в законе.

В то же время очевидно, что без согласования таких существенных в силу закона условий основного договора заключить его и нормально исполнять обязательства, предусмотренные в предварительном договоре, невозможно. Законодатель решает эту проблему в п. 5 ст. 429 ГК РФ следующим образом: если стороны так и не смогут договориться по таким существенным в силу закона условиям при заключении основного договора, такие условия будут определены по решению суда. По сути,

данная норма перекладывает на плечи суда бремя определения существенных в силу закона условий за стороны. Такое решение может вызвать определенные сомнения. Если условие является существенным в силу прямого указания в законе, следовательно, закон не доверяет определение такого условия судам; иначе не было бы смысла признания такого условия существенным. Видимо, законодатель исходит из идеи о том, что, заключая предварительный договор без фиксации в нем тех или иных обязательных в силу закона для основного договора существенных условий, стороны имплицитно соглашаются на признание за судом компетенции по урегулированию разногласий по таким условиям.

3.1. В предварительном договоре на заключение в будущем основного договора, опосредующего передачу имущества, которое еще отсутствует в момент заключения предварительного договора, данный объект должен быть определен таким способом, чтобы его можно было однозначно идентифицировать к моменту заключения основного договора (Определение КГД ВС РФ от 16 декабря 2014 г. № 9-КГ14-8).

Если оформляется предварительный договор на заключение в будущем основного договора об отчуждении существующего в момент заключения имущества (например, здания, земельного участка и т.п.), в предварительном договоре должны быть обозначены его характеристики, позволяющие его точно идентифицировать (например, границы такого участка; см. Определение КГД ВС РФ от 11 мая 2010 г. № 4-В10-5).

3.2. Если в предварительном договоре не указаны те или иные несущественные для основного договора условия и стороны не смогли договориться о таких условиях при заключении основного договора, то при рассмотрении иска о понуждении к заключению основного договора суд не может определять такие условия по своему усмотрению. Отсутствие в основном договоре тех или иных несущественных условий не мешает ему считаться заключенным (в том числе на основании судебного решения). В то же время если при рассмотрении спора о понуждении к заключению основного договора стороны пришли к согласию по тем или иным несущественным условиям, суд может указать их в решении суда, дополнив тем самым список обязательных к указанию в таком решении существенных условий.

3.3. Если в предварительном договоре стороны указали, что те или иные несущественные условия основного договора (например, о цене) подлежат согласованию при заключении основного договора, но такие условия не были согласованы сторонами, суд должен толковать такое положение предварительного договора как делегацию ему согласно п. 1 ст. 446 ГК РФ по соглашению сторон правомочий по урегулированию разногласий и определению содержания соответствующего спорного условия (п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. № 14). В таком случае суд при вынесении решения о принуждении к заключению договора разрешает разногласие и определяет такие условия за стороны.

4. Согласно п. 4 ст. 429 ГК РФ в предварительном договоре может быть определен срок его действия. При отсутствии в предварительном договоре условия о сроке такой срок равен одному году с момента заключения предварительного договора. Такое решение является вполне логичным и влекущим правовую определенность.

При этом, как уже отмечалось, предварительный договор может ставить обязательства сторон заключить основной договор в будущем под отлагательное или

отменительное условие (ст. 157, 327¹ ГК РФ). При наличии в предварительном договоре отлагательного условия вопрос о соотношении срока и условия требует дополнительных разъяснений. Если стороны включили в предварительный договор отлагательное условие, соотношение этого условия и срока на заключение основного договора может быть определено одним из двух способов. Во-первых, стороны могут указать, что потребовать заключения основного договора можно в течение определенного периода времени с момента заключения договора (или до той или иной календарной даты), но при условии наступления соответствующего отлагательного условия. В этом случае наступление условия является необходимым для реализации права потребовать заключения основного договора, но по истечении указанного срока (а при отсутствии такого срока в предварительном договоре — по истечении годичного срока) право потребовать заключения основного договора в любом случае прекращается.

Во-вторых, стороны могут поставить под отлагательное условие само возникновение права потребовать заключения основного договора. Например, стороны могут заключить предварительный договор аренды, поставив возникновение права требовать заключения основного договора аренды под отлагательное условие введения строящегося и являющегося объектом аренды здания в эксплуатацию и оформления на него права собственности. В этом случае само возникновение права потребовать его заключения происходит лишь в момент наступления указанного в качестве отлагательного условия обстоятельства. По сути, здесь речь идет о конструкции условного обязательства (ст. 327¹ ГК РФ). В этом случае предусмотренный договором срок, в течение которого стороны вправе потребовать заключения основного договора, рассчитывается с момента наступления отлагательного условия (например, три месяца с момента введения здания в эксплуатацию).

Но здесь возникает достаточно сложная проблема, связанная с тем, что установление такой модели (при которой некий срок на заключение основного договора начинает течь с момента наступления отлагательного условия) создает риск «вечной подвешенности» отношений сторон. Это общая проблема заключения сделки или согласования отдельного обязательства под отлагательным условием (подробнее см. комментарий к ст. 327¹ ГК РФ). В нашем конкретном случае условие может наступить через такой длительный промежуток времени, что стороны и забудут о каком-то предварительном договоре (например, здание, чье строительство было в свое время надолго заморожено, может быть достроено по прошествии многих лет после заключения предварительного договора об отчуждении помещения внутри него). Поэтому сторонам лучше прямо оговорить в договоре четкий «горизонт ожидания» (например, установив срок на осуществление права потребовать заключения основного договора в три месяца с момента введения здания в эксплуатацию, но в любом случае не позднее трех лет с момента заключения предварительного договора). Если такой предельный срок не установлен, возникает сложность. С одной стороны, в предварительном договоре срок исполнения обязательства закреплен (это некий период времени с момента наступления отлагательного условия, что допускается в силу п. 1 ст. 314 ГК РФ). Соответственно, достаточно проблематично применять предусмотренное в комментируемом пункте правило, согласно которому в случае отсутствия в предварительном договоре срока право потребовать заключения основного договора прекращается по истечении года с момента заключения предварительного договора. Кроме того,

применение такого срока в ряде случаев явно расходилось бы с подразумеваемой волей сторон. С другой стороны, вечную «подвешенность» в отношениях сторон допускать также нежелательно. Возникающий пробел в законе судам можно было бы восполнить по правилам ст. 6 ГК РФ правилом о том, что предварительный договор (а вместе с ним и состояние «подвешенности») прекращается, если соответствующее отлагательное условие не наступит в течение разумного срока. Такой разумный срок должен определяться в каждом конкретном случае с учетом характера договора и иных обстоятельств. Например, если стороны описанного выше предварительного договора аренды не закрепили в договоре предельный срок ожидания наступления отлагательного условия (окончания строительства и оформления права собственности на объект) и такое условие не наступает в течение многих лет (например, в связи с заморозкой строительства здания), следует исходить из прекращения обязательств по предварительному договору.

5. В силу п. 5 ст. 429 ГК РФ при уклонении одной из сторон от заключения основного договора сторона, потребовавшая заключения основного договора, имеет право обратиться в суд с иском о принуждении к заключению основного договора по правилам ст. 445 ГК РФ. Этот иск является частным случаем иска о принуждении к исполнению обязательства в натуре (ст. 308³ ГК РФ).

5.1. В какой момент можно считать сторону предварительного договора нарушившей свою обязанность заключить основной договор и в какой момент возникают основания для подачи указанного в п. 5 иска о понуждении к заключению основного договора? При ответе на этот вопрос следует учесть, был ли в договоре закреплен срок акцепта поступившей оферты. Если такой срок был закреплен, то обязательство заключить договор следует считать нарушенным, если в течение закрепленного в договоре срока оференту не поступит акцепт. При этом ничто не мешает оференту закрепить в своей оферте более длительный срок на акцепт: в такой ситуации обязательство не будет считаться нарушенным, пока такой удлинненный срок не истечет. В случае же отсутствия в договоре четкого срока выражения согласия на заключение основного договора следует применять разумный срок: соответственно, предварительный договор будет считаться нарушенным, когда согласие на заключение основного договора не поступит в течение разумного срока, если более длительный срок не указан в оферте самим оферентом. По истечении указанных сроков на акцепт можно констатировать, что соответствующая сторона отказалась исполнять свои обязательства по предварительному договору и у контрагента появляется право на подачу иска о принуждении к заключению основного договора. При этом такое нарушение может быть зафиксировано и досрочно, если в ответ на требование заключить основной договор другая сторона ответит прямым и недвусмысленным отказом.

5.2. Требование о понуждении к заключению договора может быть в силу положений п. 5 настоящей статьи заявлено в течение шести месяцев после прямого отказа от заключения основного договора или истечения срока на акцепт оферты. Так как закон говорит о сроке на заявление требования о понуждении, есть основания считать, что здесь речь идет о сроке на защиту нарушенного гражданского права (сроке исковой давности), что влечет применение к такому требованию общих правил ГК РФ об исковой давности.

5.3. При этом, несмотря на то, что формально обозначенный иск выглядит как иск о присуждении, де-факто он является преобразовательным, так как в силу того же п. 5 ст. 429, а также п. 4 ст. 445 ГК РФ в случае удовлетворения иска о принуждении к заключению договора последний «считается заключенным на условиях, указанных в решении суда, с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда». Это означает, что суд выносит по таким искам решение, которое не требует какой-либо процедуры исполнения и заменяет требуемое волеизъявление ответчика (так называемое волезамещающее решение). После вступления в силу судебного решения основной договор считается заключенным, а уклонение от его исполнения будет расцениваться как нарушение уже заключенного договора и влечь применение к должнику обычных санкций за нарушение уже основного договора. Этот вывод в равной степени применим и в отношении тех случаев, когда основной договор подлежит государственной регистрации, так как согласно редакции п. 3 ст. 433 ГК РФ такой договор будет считаться заключенным и в случае, когда он не прошел регистрацию.

5.4. Если в предварительном договоре не были обозначены существенные в силу закона условия и стороны не смогли договориться по ним при заключении основного договора, что повлекло подачу иска о принуждении к заключению основного договора, суд обязан определить такие условия за стороны и указать их в судебном решении. Основной договор будет считаться заключенным с учетом таких условий. В равной степени суд указывает в судебном решении условия, которые стороны в предварительном договоре указали как подлежащие согласованию на стадии заключения основного договора, но не смогли согласовать, тем самым делегировав их определение суду, а также те существенные в силу закона условия основного договора, которые не были определены в предварительном договоре и не были согласованы сторонами в рамках переговоров по заключению основного договора (см. комментарий к п. 3 настоящей статьи).

5.5. Сторона, столкнувшаяся с необоснованным отказом другой стороны в заключении основного договора, вправе потребовать возмещения убытков, вызванных просрочкой в исполнении обязанности по заключению основного договора или уплаты неустойки (например, в виде пени), если таковая была согласована в договоре.

Пострадавшая от нарушения предварительного договора сторона также вместо принуждения нарушившей стороны к заключению основного договора вправе отказаться от предварительного договора в связи с утратой интереса в его заключении (п. 2 ст. 405 ГК РФ) и потребовать возмещения убытков вместо реального исполнения. Расчет таких убытков взамен заключения основного договора должен помещать истца в то положение, которое бы имело место, если бы основной договор был заключен и исполнен. Иначе говоря, расчет убытков за срыв предварительного договора должен быть в общем и целом идентичен расчету убытков, который бы имел место, если бы был заключен и сорван ответчиком основной договор. Кроме того, сторона, столкнувшаяся с неисполнением предварительного договора, вправе при наличии в таком договоре соответствующих условий требовать уплаты договорного штрафа, установленного на случай срыва исполнения предварительного договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 февраля 2013 г. № 13585/12), а также потребовать возврата двойного размера задатка, внесенного в обеспечение обязательств по предварительному договору, или присвоить его (на что теперь прямо указано в п. 4 ст. 380 ГК РФ).

5.6. В предварительном договоре об отчуждении того или иного имущества могут быть предусмотрены негативные обязательства собственника воздержаться от отчуждения соответствующего имущества третьим лицам или обременения его залогом, ипотекой или иными ограниченными вещными правами в течение срока действия предварительного договора. В случае нарушения таких условий другая сторона может вместо предъявления требования о заключении основного договора расторгнуть предварительный договор и потребовать возмещения убытков или уплаты установленной в договоре на этот случай неустойки. Но даже в случае отсутствия в договоре таких условий подобные негативные обязательства могут быть признаны подразумеваемыми и выведены из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ).

Должен ли потенциальный приобретатель имущества по предварительному договору помимо права на расторжение предварительного договора и взыскания убытков (неустойки) иметь и право тем или иным образом аннулировать заключенный собственником договор об отчуждении указанного в предварительном договоре имущества третьему лицу (или обременении данного имущества залогом, ипотекой или иным ограниченным вещным правом)? Этот вопрос пока однозначно не разрешен и является частным примером не разработанной пока в российском праве доктрины вторжения в чужие договорные отношения. Представляется, что такой вариант защиты может обсуждаться, если будет доказано, что такое третье лицо в момент заключения оспариваемого договора действовало явно недобросовестно и при заключении договора знало (или заведомо не могло не знать) о том, что это имущество является объектом заключенного ранее собственником предварительного договора, и вторжение этого третьего лица в чужие договорные отношения неминуемо приведет к нарушению договорных прав другой стороны предварительного договора. Это решение может опираться на положения п. 4 ст. 1 ГК РФ («никто не вправе извлекать преимущества из своего недобросовестного поведения»). Право не может поощрять сговор собственника и третьего лица, направленный на нарушение прав стороны предварительного договора, и недобросовестное вмешательство такого третьего лица в чужие договорные отношения. Впрочем, детали этого института требуют дополнительной проработки и обсуждения. Например, требуют прояснения вопросы о ничтожности или оспоримости сделки недобросовестного «интервента» с одной из сторон предварительного договора; о возможности выведения вместо недействительности сделки «интервента» с одной из сторон предварительного договора права выкупа пострадавшей стороной соответствующего имущества у «интервента» по условиям, закрепленным в предварительном договоре; о необходимой степени упречности поведения «интервента» и т.п. Также может обсуждаться и возможность предъявления стороной предварительного договора, столкнувшейся с нарушением другой стороной своего обязательства по такому договору в связи с недобросовестным вторжением «интервента», деликтного иска к интервенту на основании правил гл. 59 ГК РФ.

6. Редакция п. 6 ст. 429 ГК РФ является не вполне удачной. В ней говорится, что обязательства по предварительному договору прекращаются, если основной договор не будет заключен в течение срока его действия, либо ни одной из сторон в течение этого срока не будет предъявлено предложение о заключении основного договора.

Союз «либо» может создавать видимость того, что обязательства по предварительному договору прекращаются и тогда, когда одна из сторон предъявила требование о заключении основного договора в пределах срока предварительного договора, но другая сторона так и не заключила основной договор. Такая интерпретация приводила бы к абсурдному выводу о том, что иск о принуждении к заключению основного договора должен быть подан и судебное решение о принуждении к заключению вынесено в пределах срока действия предварительного договора. Ведь, действительно, если иск подан после истечения срока действия договора, то какие основания у суда удовлетворять такой иск? Обязательства ведь якобы уже прекращены. Та же ситуация и с удовлетворением иска. Если к моменту вынесения решения обязательства прекращены, то как может суд принудить к его исполнению? Как мы видим, буквальное толкование приводит к крайне нелогичным выводам и крайне затрудняет судебную защиту прав из предварительного договора.

На самом деле, если одна из сторон предъявила требование другой стороне о заключении основного договора в пределах срока действия предварительного договора, вряд ли стоит от нее ожидать немедленного предъявления иска в суд. Она может вести переговоры вплоть до окончания срока действия предварительного договора, и только потом, потеряв надежду на внесудебное урегулирование, предъявить иск в суд.

Соответственно, правила о предварительном договоре следует толковать таким образом, что в течение установленного в ней срока (или годовичного срока, если точный срок стороны не установили) требуется не само заключение основного договора, а лишь предъявление требования о его заключении. Если одна из сторон успела предъявить требование-оферту о заключении основного договора в пределах срока действия предварительного договора, обязательство другой стороны заключить основной договор не прекращается истечением срока предварительного договора, а сам иск можно подать и после истечения срока действия договора. На это косвенно указывает и п. 3 ст. 425 ГК РФ, из смысла которого вытекает, что по общему правилу истечение срока действия договора не прекращает ранее возникшие из него и неисполненные обязательства. Предъявление требования о заключении основного договора приводит к созреванию обязательства другой стороны о заключении договора. Соответственно, в случае предъявления требования о заключении основного договора в пределах указанного в договоре или годовичного срока обязательство из предварительного договора сохраняется до момента фактического исполнения такого обязательства в добровольном порядке или на основании судебного решения.

Статья 429¹. Рамочный договор

1. Рамочным договором (договором с открытыми условиями) признается договор, определяющий общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами путем заключения отдельных договоров, подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора.

2. К отношениям сторон, не урегулированным отдельными договорами, в том числе в случае незаключения сторонами отдельных договоров, подлежат применению общие

условия, содержащиеся в рамочном договоре, если иное не указано в отдельных договорах или не вытекает из существа обязательства.

Комментарий

1. Статья 429¹ ГК РФ является новеллой (вступила в силу 1 июня 2015 г.). Она имела целью ответить на практические проблемы, возникающие при использовании в обороте конструкции рамочного договора.

1.1. Основная проблема п. 1 ст. 429¹ ГК РФ состоит в том, что он смешивает в одном определении договор с открытыми условиями и рамочный договор.

Договор с отдельными открытыми условиями — это, как правило, долгосрочный договор, который содержит все существенные условия, но закрепляет, что стороны в будущем намереваются его конкретизировать путем заключения дополнительных соглашений (см., например, ст. 2.1.14 Принципов УНИДРУА). По сути, если не усматривается воля сторон отложить вступление в силу договора до момента согласования таких условий, это полноценный действующий договор, содержащий элементы соглашения о намерениях в отношении конкретизации ряда дополнительных условий.

Согласно же сложившейся в российском обороте практике словоупотребления рамочный договор характеризуется тем, что имеет строго долгосрочный характер, рассчитан на многократное использование в хозяйственной практике и при этом определяет лишь общие условия обязательственных отношений стороны, но откладывает согласование существенных условий. После заключения рамочного договора стороны обычно начинают периодически подписывать дополнительные соглашения (далее — конкретизирующие соглашения) или иным образом восполняют отсутствующие в рамочном договоре существенные условия. До момента конкретизации существенных условий сам рамочный договор выступает лишь в качестве своего рода юридического «полуфабриката», не порождая полноценный правовой эффект, характерный для соответствующего договорного типа.

Достаточно очевидно, что определение, закрепленное в п. 1 ст. 429¹ ГК РФ, не указывает на эти принципиальные особенности рамочного договора, пытаясь дать общее определение для обеих конструкций и, видимо, не видя между ними разницы. Но при толковании данной статьи судам все-таки стоит эту разницу видеть. Одно дело если в договоре поставки есть все существенные условия, но стороны прописывают, что они в дальнейшем намереваются договориться о способе отгрузки (договор с открытыми условиями), и совсем другое — если в договоре поставки стороны не согласовали наименование и количество отгружаемого товара и решили согласовывать эти условия в дальнейшем (рамочный договор). В первом случае неподписания сторонами соглашения о конкретизации условий договора, намерение подписать которое в будущем они прямо выразили в договоре, суд должен признавать договор действующим, если из соглашения не следует иное, и восполнять пробел за счет диспозитивных норм закона или посредством правил ст. 6 ГК РФ (подробнее см. п. 2.1 комментария к настоящей статье). Во втором же случае отсутствие конкретизирующего соглашения означает, что стороны не договорились по существенным условиям, а это в принципе исключает возможность признать договор заключенным (ст. 432 ГК РФ).

1.2. В принципе, могут быть выделены несколько вариантов порядка конкретизации рамочного договора или договора с отдельными открытыми условиями.

(а) Пункт 1 ст. 429 ГК РФ говорит, что конкретизация существенных условий рамочного договора может осуществляться в форме заключения конкретизирующего соглашения (обычно это бывает дополнительное соглашение, приложение к договору, спецификация и т.п.).

В контексте рамочного договора мы в таком случае имеем следующую ситуацию. Если заключение в будущем таких соглашений находится в сфере доброй воли сторон и в рамочном договоре нет ни одного условия, которое имело бы непосредственный правовой эффект и связывало бы стороны до согласования существенных условий, такой рамочный договор в принципе самостоятельной сделкой быть признан не может. Ведь в силу п. 1 ст. 432 ГК РФ если не согласованы существенные условия, договор в принципе нельзя считать полноценно возникшим. Такой рамочный договор сам по себе никакие правовые последствия не порождает, ни к чему не обязывает и никакие права не создает, а выступает в качестве этапа оформления договора, «хранилища» предварительно согласованных условий, открываемого только в момент согласования сторонами открытых существенных условий. В обороте вступление в договорные отношения через предварительное заключение таких «пустых» рамочных договоров с последующей их конкретизацией в части существенных условий очень распространено, так как упрощает ведение переговоров. Пожалуй, именно такую модель оформления отношений стороны именуют рамочным договором чаще всего.

В то же время иногда в таком рамочном договоре содержатся некоторые организационные условия, которые действуют и до согласования существенных условий. Например, третейская оговорка или оговорка о применимом праве, включенные в рамочный договор, могут оказаться применимыми в отношении ответственности за недобросовестное ведение переговоров по согласованию существенных условий, а также иных споров, возникающих на стадии согласования существенных условий. В равной степени вполне самостоятельное правовое значение могут иметь условия о конфиденциальности или заверения об обстоятельствах. Кроме того, в рамочном договоре могут содержаться условия, которые применяются к порядку согласования существенных условий (например, условие о том, что молчание в ответ на оферту в отношении существенных условий рассматривается в качестве акцепта, порядок ведения переговоров по согласованию существенных условий и т.п.). Во всех подобных случаях в части таких условий рамочный договор следует рассматривать в качестве юридически значимой сделки. Основная часть такого договора, посвященная порядку исполнения обязательств сторон (общим условиям обязательственных взаимоотношений сторон соответствующего договорного типа), вступает в силу только тогда, когда эти условия будут дополнены существенными условиями, необходимыми для вступления в силу договора данного типа, но эти отдельные организационные условия приобретают правовой эффект в момент заключения рамочного договора.

Тот же вариант конкретизации посредством заключения соглашений естественным образом применим и к обычным договорам с открытыми условиями. Но при этом здесь договор считается полноценно действующим и до подписания конкретизирующего соглашения, так как соглашение по всем существенным условиям в таком договоре уже содержится.

(б) Другой вариант конкретизации условий рамочного договора состоит в оформлении односторонних заявок (или иных подобных односторонних волеизъявлений). В рамках такой модели стороны в рамочном договоре не определяют точно существенные условия (например наименование и количество товара), но договариваются о том, что в дальнейшем эти существенные условия будут определяться по воле одной из сторон. Тут мы имеем предоставление рамочным договором одной из сторон секундарного (преобразовательного) права в одностороннем порядке востребовать исполнение и определить отсутствующее в договоре условие (например, сколько товара поставщику предстоит отгрузить). Такое условие считается определенным с момента получения другой стороной заявки с указанием соответствующих параметров исполнения. Подобная заявка выступает в качестве односторонней сделки, и к ней в полной мере применимы положения ст. 165¹ ГК РФ.

Такого рода вариант рамочного договора с исполнением по заявкам может быть одновременно квалифицирован и как особая разновидность опционного договора с расширенным секундарным правом (подробнее см. комментарий к ст. 429³ ГК РФ).

При выборе сторонами варианта конкретизации условий рамочного договора посредством односторонних заявок практически всегда в договоре фиксируются пределы, в рамках которых сторона, имеющая секундарное право на одностороннее восполнение договора, свободна в определении соответствующих условий. Например, в договорах поставки товара по заявкам обычно указывается на то, что затребованный объем товара не должен превышать такой-то лимит, а востребуемый товар должен соответствовать приложенному к рамочному договору ассортименту.

Если в договоре такой лимит не установлен, действует правило о недопустимости злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ) и принцип добросовестности в осуществлении прав и установлении обязательств (п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307 ГК РФ). Управомоченное на восполнение рамочного договора лицо обязано осуществлять свое право разумно и добросовестно, не подрывая разумные ожидания другой стороны. Например, если покупатель в своей заявке определит в качестве объема требуемого ему товара такое количество, которое со всей очевидностью не может быть поставлено поставщиком и выходит за принятые в обороте стандарты, суд может в конкретных обстоятельствах такое поведение покупателя признать злоупотреблением правом. Можно привести в качестве примера такого решения ст. II.-9:105 Модельных правил европейского частного права: «Если цена или иное условие договора должны быть определены одной стороной и условие, определенное этой стороной, является чрезвычайно необоснованным, установленные цена или иное условие заменяются на разумное, несмотря на положения договора об обратном». Аналогичное решение применительно к определению цены договора, оставленной открытой для одностороннего определения по воле одной из сторон, содержится в п. 2 ст. 5.1.7 Принципов УНИДРУА.

В принципе, тот же самый способ конкретизации условий договора посредством одностороннего волеизъявления возможен и применительно к обычным договорам с отдельными открытыми условиями.

(в) Иногда в рамочных договорах стороны указывают на то, что одна из сторон обязуется акцептовывать заявки другой стороны, если зафиксированные в таких заявках существенные условия укладываются в те или иные очерченные в рамочном договоре пределы. По сути, здесь рамочный договор дает одной из сторон право

требовать заключения конкретизирующего соглашения на своих условиях. В принципе, в подобных ситуациях куда удобнее предусмотреть право на одностороннее исполнение рамочного договора посредством односторонних заявок (без необходимости сугубо формального и посему лишнего акцепта другой стороны). Но, если стороны решили оформить свои отношения иным образом и дали одной стороне право требовать акцепта своих заявок, а на другую сторону возложили обязанность акцептовывать такие заявки, праву нет смысла возражать. Последствием уклонения от акцепта заявок в таких случаях может быть иск о возмещении убытков (или уплате неустойки, если такая установлена в договоре), либо иск о принуждении к заключению конкретизирующего соглашения. Судебная практика ВС РФ признает такого рода проявления договорной свободы (см. Определение КЭС ВС РФ от 7 декабря 2015 г. № 305-ЭС15-4533).

Те же выводы применимы и в отношении обычного договора с открытыми условиями.

(г) Стороны могут договориться, что в случае недостижения согласия по некоторым открытым условиям спор об урегулировании разногласий может быть передан в суд (п. 1 ст. 446 ГК РФ). Такая опция однозначно допускается в отношении обычных договоров с открытыми условиями. Более спорный характер имеет возможность включения такого положения об урегулировании преддоговорного спора судом в контексте рамочного договора. Дело в том, что, как было отмечено в комментарии к ст. 446 ГК РФ, допустимость передачи по соглашению сторон преддоговорного спора в отношении существенных условий может вызывать сомнения (пусть на настоящий момент такая возможность и признается в судебной практике). При этом в подавляющем числе рамочных договоров стороны откладывают конкретизацию предмета договора. Что должен делать суд, если покупатель хочет 100 т зерна, а поставщик готов отгрузить только 2 т, и, не найдя консенсуса, они добровольно просят судью разрешить их преддоговорную тяжбу? Имеются основания думать, что разрешение подобных споров не есть задача суда. Если такое толкование ст. 446 ГК РФ будет поддержано в судебной практике, указание в рамочном договоре на возможность урегулирования разногласий, которые могут возникнуть у сторон при конкретизации положений рамочного договора, следует признать незаконным.

1.3. Включение в рамочный договор или договор с открытыми условиями положения о том, что стороны обязуются договариваться по содержанию открытых условий (в случае рамочного договора – существенных), невозможно. Стороны могут договориться о том, что они обязуются заключить в будущем некий договор на заранее определенных условиях (и тогда это будет предварительный договор), они могут дать одной из сторон секундарное право определить отсутствующие в договоре условия или дать стороне право потребовать от другой стороны акцепта своей оферты по части открытых условий, но они не могут обязаться в будущем согласовывать нечто и находить консенсус.

2. В п. 2 ст. 429¹ ГК РФ указывается, что к отношениям сторон в части, не определенной заключенными впоследствии конкретизирующими соглашениями, применяются положения рамочного договора (договора с открытыми условиями).

Это положение вполне логично и в полной мере может быть отнесено как к рамочному договору, так и к договору с открытыми условиями. В частности, рамочный

договор выступает в качестве своего рода «хранилища» согласованных условий, ожидающего, что его откроют путем согласования соответствующих существенных условий. Если такая конкретизация состоялась и «хранилище» открыто, к отношениям сторон начинают применяться положения рамочного договора в дополнение к тому, что стороны смогли включить в конкретизирующее соглашение. При наличии противоречий между условиями, содержащимися в этих двух документах, приоритет имеет более позднее конкретизирующее соглашение. Тезис о приоритете условий конкретизирующего соглашения в равной мере обоснован и в отношении обычного договора с открытыми условиями.

2.1. В норме п. 2 ст. 429¹ ГК РФ также указывается, что положения рамочного договора (договора с открытыми условиями) применяются к отношениям сторон, *даже если конкретизирующие соглашения заключены не будут.*

(а) Это положение п. 2 ст. 429¹ ГК РФ в полной мере соответствует логике регулирования обычных договоров с открытыми условиями. Если стороны заключают договор, закрепляют в нем все существенные условия, но прямо объявляют какое-то несущественное условие открытым для дальнейшей конкретизации, стороны могли иметь в виду несколько разных конструкций. Они могли иметь в виду, во-первых, что договор вовсе не вступает в силу до момента конкретизации; во-вторых, что договор вступает в силу сразу и действует, даже если стороны так и не договорятся о его конкретизации. Конечно же, суд должен толковать положения такого договора и делать выбор между указанными или иными вариантами по правилам ст. 431 ГК РФ о толковании договора. Но было бы разумно, если законодатель закрепил бы какую-то презумпцию. В п. 2 ст. 429¹ ГК РФ, равно как и в ст. 2.1.14 Принципов УНИДРУА, закрепляется такое решение «по умолчанию»: если стороны не могут договориться о конкретизации договора с открытыми условиями, последний продолжает действовать на условиях, в нем закреплённых.

При этом если договор считается заключённым и действует, то возможны два варианта решения проблемы восполнения оставленного в договоре открытым условия. Либо данный пробел восполняется за счет диспозитивных норм или применения правил ст. 6 ГК РФ, либо, в случае неспособности договориться о восполнении открытого условия, спор об урегулировании разногласий может быть передан в суд. Представляется, что первый вариант должен презюмироваться, а второй – выводиться из толкования договора при наличии специального указания в тексте договора на предоставление суду компетенции по урегулированию разногласий. В любом случае положение п. 2 ст. 429¹ ГК РФ в полной мере применимо к договорам с открытыми условиями.

(б) Но применение этого положения п. 2 ст. 429¹ ГК РФ не к обычному договору с открытыми условиями, а к рамочному, т.е. договору, в котором не согласованы существенные условия, требует некоторых прояснений.

Данное положение не может применяться к наиболее распространенному на практике, «пустому» рамочному договору, вовсе не являющемуся сделкой в отсутствие согласия по существенным условиям. Так, например, к отношениям сторон не могут применяться положения рамочного договора поставки, не содержащего ни одного имеющего непосредственное правовое значение условия, если стороны так и не смогли договориться о наименовании и количестве товара в отношении первой партии. Никаких отношений здесь попросту нет, если не считать тщетных пере-

говоров о согласовании данных существенных условий. Соответственно, норма п. 2 ст. 429¹ ГК РФ о применимости к отношениям сторон положений рамочного договора при незаключении конкретизирующего соглашения должна толковаться ограничительно и не может распространяться на «пустые» рамочные договоры, вовсе сделками не являющиеся.

В то же время это положение п. 2 ст. 429¹ ГК РФ применимо к рамочным договорам тогда, когда в нем имеются отдельные условия, правовая сила которых не зависит от согласования существенных условий (условия о конфиденциальности, заверения об обстоятельствах, условия о порядке согласования существенных условий и т.п.). Как уже отмечалось, такие условия по своей природе, будучи включены в рамочный договор, имеют соответствующие правовые последствия и в период до согласования существенных условий. Соответственно, к таким и только таким условиям рамочного договора может быть отнесено указание закона на то, что в случае отсутствия консенсуса в отношении конкретизации рамочного договора к отношениям сторон применяются положения такого договора.

Кроме того, это положение п. 2 ст. 429¹ ГК РФ применимо к рамочным договорам, которые предоставляют одной из сторон секундарное право на исполнение существенных условий, либо возлагают на одну из сторон обязанность акцептовать заявки другой стороны. Такие варианты рамочного договора порождают определенные права и обязанности в момент их заключения, и именно этот правовой эффект может считаться применяемым к отношениям сторон до момента конкретизации существенных условий.

2.2. Нередко в практике встает вопрос, является ли обязательной ссылка в конкретизирующем соглашении на реквизиты рамочного договора. Ответ очевиден: в случае если применение правил толкования договора не оставляет сомнений в том, что стороны имели в виду не оформление самостоятельного договора, а конкретизацию некоего рамочного договора, отсутствие формальной отсылки к такому рамочному договору не имеет принципиального значения (см.: п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165, Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № 3853/14).

Так, например, если между сторонами существует некий рамочный договор поставки, а впоследствии стороны оформляют договор поставки небольшой партии товара в виде отдельного подписанного сторонами договора-документа, не делая никаких отсылок к тексту рамочного договора, логично исходить из того, что они не имели в виду применение правил рамочного договора. Если же стороны оформляют приложение, спецификацию или иной подобный документ, который явным образом является развитием некой прежней договоренности, но почему-то забывают указать прямо ссылку на рамочный договор, разумно предполагать, что стороны имели намерение конкретизировать рамочный договор. В иных, более сомнительных ситуациях все зависит от комплекса обстоятельств и применения правил толкования договора согласно ст. 431 ГК РФ (см. п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165). Если стороны, заключая конкретный договор, осознают риск субсидиарного применения судами условий существующего между ними рамочного договора и не желают такого развития событий, им имеет смысл включить в договор так называемую интеграционную оговорку, установив, что все предшествующие договоренности сторон не могут использоваться для исполнения

условий заключаемого договора (подробнее о такой оговорке см. комментарий к ст. 431 ГК РФ).

2.3. Срок рамочного договора особого значения не имеет, если в нем не содержится ни одного условия, которое было бы юридически действительно до конкретизации договора. Как уже отмечалось, такой «пустой» рамочный договор ни к чему не обязывает и никакие права не создает. Соответственно, наличие в таком рамочном договоре срока его действия бессмысленно. Если стороны начнут активно пользоваться этим рамочным договором и неоднократно его конкретизировать, согласовывая все новые партии или объемы работ, они могут вполне «перевалить» за срок действия договора. Если они при этом продолжают ссылаться в своих конкретизирующих соглашениях на реквизиты рамочного договора, его условия должны применяться в дополнение к условиям соответствующих конкретизирующих соглашений, несмотря на формальное истечение срока, указанного в рамочном договоре (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 января 2010 г. № 11479/09).

В то же время косвенно такой срок может иметь некоторое значение при толковании совершаемых сторонами сделок. Вероятность того, что суд признает конкретную сделку между сторонами конкретизацией условий рамочного договора, а не самостоятельным договором, в некоторой степени может зависеть от того, совершается ли она в пределах срока рамочного договора. Например, если между сторонами существует рамочный договор поставки и срок его «действия» не истек, намного вероятнее, что суд признает акцептованную поставщиком заявку на отгрузку товара, в которой отсутствует прямая ссылка на рамочный договор, в качестве способа конкретизации рамочного договора, а не самостоятельным договором разовой поставки. Если же в описанной ситуации срок «действия» рамочного договора к моменту поступления такой заявки истек, увязывание переписки сторон с положениями рамочного договора становится куда менее вероятным. Хотя, безусловно, все в конечном итоге зависит от толкования соответствующих документов с учетом правил ст. 431 ГК РФ и учета всех релевантных при толковании обстоятельств.

Статья 429². Опцион на заключение договора

1. В силу соглашения о предоставлении опциона на заключение договора (опцион на заключение договора) одна сторона посредством безотзывной оферты предоставляет другой стороне право заключить один или несколько договоров на условиях, предусмотренных опционом. Опцион на заключение договора предоставляется за плату или другое встречное предоставление, если иное не предусмотрено соглашением, в том числе заключенным между коммерческими организациями. Другая сторона вправе заключить договор путем акцепта такой оферты в порядке, в сроки и на условиях, которые предусмотрены опционом.

Опционом на заключение договора может быть предусмотрено, что акцепт возможен только при наступлении определенного таким опционом условия, в том числе зависящего от воли одной из сторон.

2. В случае, когда опционом на заключение договора срок для акцепта безотзывной оферты не установлен, этот срок считается равным одному году, если иное не вытекает из существа договора или обычаев.

3. Если опционом на заключение договора не предусмотрено иное, платеж по нему не засчитывается в счет платежей по договору, заключаемому на основании безотзывной оферты, и не подлежит возврату в случае, когда не будет акцепта.

4. Опцион на заключение договора должен содержать условия, позволяющие определить предмет и другие существенные условия договора, подлежащего заключению.

Предмет договора, подлежащего заключению, может быть описан любым способом, позволяющим его идентифицировать на момент акцепта безотзывной оферты.

5. Опцион на заключение договора заключается в форме, установленной для договора, подлежащего заключению.

6. Опцион на заключение договора может быть включен в другое соглашение, если иное не вытекает из существа такого соглашения.

7. Права по опциону на заключение договора могут быть уступлены другому лицу, если иное не предусмотрено этим соглашением или не вытекает из его существа.

8. Особенности отдельных видов опционов на заключение договора могут быть установлены законом.

Комментарий

1. Опцион на заключение договора — это новая для отечественного законодательства договорная конструкция, появившаяся в ГК РФ с 1 июня 2015 г.

В российской и зарубежной договорной практике опционы используются для целей структурирования отношений по строительству кораблей, поставке самолетов. Без них обходится редкая сделка по созданию совместного предприятия, приобретению акций или доли в ООО или схема венчурного финансирования. Используются опционы и для оформления прав на получение недвижимости в аренду. Активно используются опционы и в качестве сугубо расчетного дериватива, не предполагающего реальный обмен, а являющегося классической «сделкой на разницу».

Такие соглашения нередко становились предметом судебных разбирательств (опцион на строительство и поставку кораблей в Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 1795/11, опцион на продажу доли в ООО в Постановлении Президиума ВАС РФ от 6 марта 2007 г. № 13999/06 и т.п.).

В то же время в судебной практике и научной доктрине до последнего времени не сложилось четкого понимания правовой природы этой конструкции. Не вполне выясненными оставались вопросы о месте таких договоров в систематике российского права, непоименованном их статусе, соотношении с конструкцией предварительного договора и ряд других вопросов. Это создавало для сторон, использующих такие конструкции, серьезные правовые риски. В связи с этим законодатель решил ввести в ГК РФ нормы об опционе.

1.1. Опцион на заключение договора (далее — опцион) — это договор, который оформляет предоставление безотзывной оферты на заключение в будущем любого гражданско-правового договора. Другая сторона получает секундарное право на акцепт: в случае реализации этого секундарного права и предъявления оференту акцепта отраженной в опционе оферты основной договор считается заключенным, и далее отношения сторон регулируются условиями такого договора.

Например, при опционе по модели *put* (*put option*) акцептантом является потенциальный продавец некоего имущества, а оферентом — его приобретатель. Соответ-

ственно, если продавец в пределах установленного срока заявит о своем желании запустить обмен и продать имущество, основной договор купли-продажи считается заключенным, и покупатель обязан выкупить имущество. При опционе по модели *call (call option)* оферентом является покупатель, который в пределах установленного срока вправе акцептовать оферту продавца и после этого потребовать продажи ему некоего имущества.

При этом стоит иметь в виду, что опционные конструкции используются не только в рамках схемы купли-продажи. Они могут структурировать и нередко структурируют отношения по вступлению в основной договор, направленный на предоставление имущества в возмездное владение и пользование или лицензии на исключительное право, выполнение работ или оказание услуг и т.п.

1.2. Почему стороны иногда предпочитают оформить предоставление оферты посредством заключения договора?

Во-первых, здесь действует следующая логика. Безотзывная оферта связывает оферента на весь срок такой оферты. Предоставляя безотзывную оферту, оферент вручает другой стороне секундарное право своим односторонним волеизъявлением (акцептом) ввести договор в действие и сам претерпевает неопределенность в отношении перспектив акцепта в течение всего этого периода. Это положение связанности и очевидная асимметрия прав создают для оферента серьезные риски. За период действия оферты рыночные условия и иные обстоятельства могут измениться, и тогда условия оферты перестанут отражать интересы оферента. Соответственно, оферент может опасаться предоставить оферту на длительный срок. В то же время в деловой практике у участников оборота нередко возникает потребность в получении долгосрочной безотзывной оферты, позволяющей акцептанту в течение этого продолжительного срока иметь возможность произвольно решать вопрос о введении договора в действие. Дабы создать условия для примирения этих интересов, в обороте используется такая конструкция, как внесение акцептантом, желающим получить долгосрочную безотзывную оферту, платы за получение такой оферты и все удобства, с этим связанные. Такая плата (опционная премия) компенсирует оференту риски, связанные с возложением на себя бремени претерпевания неопределенности в течение длительного периода, и стимулирует такие оферты предоставлять. Для того чтобы оформить отношения по предоставлению безотзывной оферты в обмен на такое встречное предоставление в виде опционной премии, стороны должны оформить такую оферту в форме двустороннего договора. По сути, речь идет о покупке оферты.

Классический пример: компания приобретает у производителя два самолета по твердым контрактам купли-продажи, но желает зарезервировать за собой право в течение трех лет при возникновении желания потребовать поставки двух дополнительных самолетов. В этих целях в деловом обороте заключают соответствующую опционную сделку, которая и предоставляет покупателю секундарное право заявить акцепт и потребовать поставки этих двух самолетов на заранее согласованных условиях (включая цену).

Во-вторых, заключение договора для оформления предоставления безотзывной оферты часто нацелено на то, чтобы урегулировать отношения сторон на период до акцепта и предусмотреть, в частности, ряд информационных обязанностей (например, предоставление финансовой отчетности), порядок взаимодействия сторон

на период до акцепта, обязательства воздерживаться от отчуждения соответствующего актива, не голосовать за изменение устава общества, режим конфиденциальности и другие подобные организационные аспекты. Без сопровождения оферты договором такие аспекты было бы невозможно урегулировать.

Если стороны не предусматривают внесение опционной премии и не имеют желания урегулировать свои отношения сторон на период до акцепта, в заключении опциона нет особой нужды, и стороны вполне могут оформить заключение договора посредством традиционной оферты. В то же время ничто не мешает им даже в таких случаях для удобства оформить оферту в качестве документа, подписанного обеими сторонами и назвать этот документ опционом. Представляется, что в таком случае к отношениям сторон также должны применяться положения комментируемой статьи.

1.3. Из описанного выше очевидно и из п. 1 ст. 429² ГК РФ напрямую следует, что опционная премия не является ни квалифицирующим признаком, ни существенным условием опциона. Стороны могут заключить опцион и без условия об опционной премии. Большинство опционов, оформляемых в сфере приобретения акций или доли в ООО, не предполагают внесение опционной премии.

Например, некий предприниматель решает продать полностью принадлежащий ему 100%-ный пакет акций некоего подающего надежды стартапа. Венчурный инвестор соглашается приобрести лишь 34% акций, опасаясь рисковать большими средствами, но при этом готов выкупить остальные 66% акций по требованию продавца, если по прошествии года после вхождения в акционерный капитал ставший миноритарием предприниматель будет продолжать эффективно управлять компанией, постепенно и добросовестно вводить менеджмент покупателя в управление и не материализуются какие-то правовые или финансовые риски, вытекающие из отношений с участием компании в период до продажи первой части акций (например налоговые недоимки). В такого рода случаях обычно стороны соглашаются на опцион пут (*put option*) в отношении 66% акций без внесения какой-либо отдельной платы, так как соответствующая асимметрия прав учитывается в цене самих акций.

Другой пример: стороны акционерного соглашения, владеющие по 50% акций компании, нередко договариваются, что в случае возникновения тупика в управлении компанией и невозможности договориться по жизненно важным для компании вопросам (например об избрании директора) одна из сторон получает право на выкуп у другой стороны 1% или даже всего пакета акций по той или иной заранее определенной или определяемой цене в целях разрешения возникшего тупика. В таких случаях стороны также обычно избегают установления какой-либо платы за приобретение одной из сторон такого вторичного права. Основанием согласия на возникающую асимметрию прав является общая цель на разрешение конфликта в управлении.

В то же время по смыслу п. 1 ст. 429² ГК РФ стороны, желающие установить безвозмездный опцион, для этого должны прямо оговорить безвозмездность в соглашении. При отсутствии в договоре такой оговорки о безвозмездности в силу положений п. 1 ст. 429² ГК РФ, а также нормы п. 3 ст. 423 ГК РФ (презумпция возмездности договора) предполагается возмездность опциона, а размер опционной премии должен определяться по правилам п. 3 ст. 424 ГК РФ (определение цены при ее отсутствии в самом договоре посредством анализа обычно взимаемых цен).

В то же время, исходя из п. 3 ст. 423 ГК РФ, безвозмездность может вытекать не только из условий договора, но и из его существа. Соответственно, даже в тех случаях, когда стороны прямо не обозначили безвозмездность опциона, последняя может быть выведена судом из природы отношений сторон. Так, например, если стороны включили условие об опционе на выкуп акций в акционерное соглашение в качестве инструмента разрешения ситуации тупика в управлении компании, вряд ли разумно предполагать возмездность такого опциона.

В целом фиксация в законе презумпции возмездности опциона вызывает большие сомнения. Было бы разумнее установить уплату опционной премии в качестве случайного условия, о котором стороны при желании вправе договориться, а молчание сторон по данному вопросу рассматривать как указание на безвозмездность опциона. Тем не менее закон решает данный вопрос по-иному.

1.4. Обычно опцион носит односторонний характер в том смысле, что право на акцепт получает только одна из сторон, а другая претерпевает неопределенность, выступая в качестве оферента. В то же время из принципа свободы договора следует, что стороны могут заключить двусторонний опцион, в котором каждая из двух сторон договора одновременно является и оферентом, и потенциальным акцептантом. Соответственно, основной договор вступит в силу, если содержащаяся в опционе двусторонняя оферта будет в установленный в договоре срок акцептована любой из сторон. Такие договоры, как правило, не содержат опционной премии. Более того, было бы логично исходить из того, что в такой ситуации презумпция возмездности, вытекающая из текста п. 1 ст. 429² ГК РФ и п. 3 ст. 423 ГК РФ, не действует. Такая разновидность опциона должна презюмироваться безвозмездной в силу существа такой разновидности опциона.

1.5. Следует обратить внимание на то, что имеется Указание ЦБ РФ от 16 февраля 2015 г. № 3565-У «О видах производных финансовых инструментов», которое в п. 2 дает определение «опционного договора», называя его разновидностью производного финансового инструмента. Под опционным договором данное Указание понимает, во-первых, сугубо расчетный производный финансовый инструмент («договор, предусматривающий обязанность стороны договора в случае предъявления требования другой стороной периодически и (или) единовременно уплачивать денежные суммы в зависимости от изменения цен (значений) базисного актива и (или) наступления обстоятельства, являющегося базисным активом»). Во-вторых, к опционному договору Указание относит так называемый поставочный производный финансовый инструмент (договор, предусматривающий «обязанность стороны договора на условиях, определенных при его заключении, в случае предъявления требования другой стороной купить или продать ценные бумаги, валюту или товар, являющиеся базисным активом, в том числе путем заключения стороной (сторонами) и (или) лицом (лицами), в интересах которого (которых) был заключен опционный договор, договора купли-продажи ценных бумаг, договора купли-продажи иностранной валюты или договора поставки товара», а также договор, предусматривающий «обязанность стороны договора в случае предъявления требования другой стороной заключить договор, являющийся производным финансовым инструментом и составляющий базисный актив»).

Расчетный опционный договор в том его описании, которое приводится в данном Указании, явным образом выходит за рамки предусмотренной в ГК РФ конструк-

ции опциона на заключение договора и является договором особого, алеаторного вида, так называемой сделкой на разницу (п. 2 ст. 1062 ГК РФ). Если же вчитаться в определение поставочного опционного договора, становится очевидным, что в терминологии ГК РФ речь может идти о: (а) одностороннем предварительном договоре (когда по условиям договора одна из сторон вправе требовать заключения основного договора, а другая сторона обязана его заключить при получении такого требования), (б) опционном договоре по смыслу ст. 429³ ГК РФ (когда по требованию одной из сторон договора другая сторона должна осуществить его исполнение), либо (в) опционе на заключение договора (когда такой договор дает одной из сторон опционного договора право заключить основной договор). Вопрос о том, действительно ли любой из указанных трех видов договоров (включая опцион) по определению должен быть отнесен к категории поставочных деривативов и подпадать под существующие или возможные ко введению в будущем общие нормы о внебиржевых деривативах, либо следует выделить какие-либо не учтенные в данном Указании принципиальные содержательные особенности опциона как дериватива, отличающие этот опцион-дериватив от обычного «общегражданского» опциона, пока в российском праве не имеет ясного ответа. Представляется логичным изменить данное Указание, приведя его в соответствие с текстом ГК РФ и исключить квалификацию в качестве дериватива «поставочного» опциона, отнеся к категории деривативов только расчетные опционы.

1.6. Из определения опциона в п. 1 ст. 429² ГК РФ в его сопоставлении с содержанием ст. 429 ГК РФ следует, что опцион отличается от предварительного договора в первую очередь следующим. Предварительный договор опосредует возникновение обязательств заключить в будущем основной договор. Если по требованию одной из сторон, пожелавшей заключить основной договор, другая сторона уклонится от его заключения, первая сторона должна обратиться в суд с иском о понуждении к заключению договора. В то же время опцион устанавливает не обязательство заключить основной договор по требованию одной из сторон, а секундарное право одной из сторон своим односторонним волеизъявлением ввести основной договор в действие. Каких-либо судебных разбирательств по вопросу о принуждении к заключению договора не требуется, так как основной договор будет считаться заключенным в момент доставки акцепта оференту (п. 1 ст. 433 ГК РФ). В этом состоит существенное преимущество опциона перед предварительным договором. Остальные отличия между двумя этими конструкциями носят несущественный характер, так как (а) опцион может быть двусторонним (как и предварительный договор по общему правилу), а предварительный договор — односторонним (как и стандартная модель опциона), а также (б) ничто не мешает сторонам одностороннего предварительного договора согласовать плату за право востребовать заключение основного договора по своему усмотрению.

1.7. Опцион на заключение договора следует также отличать от непоименованного договора, устанавливающего преимущественное право на приобретение того или иного имущества (*right of first refusal, preemption right*). Собственник некоего имущества (акций, недвижимости и т.п.) может заключить договор, посредством которого контрагент получает преимущественное право на приобретение данного имущества в случае возникновения в будущем у собственника желания продать данное имущество. Согласно условиям договора об установлении преимуществен-

ного права собственник обязуется, прежде чем заключить с третьим лицом договор на продажу соответствующего имущества, выставить обладателю преимущественного права оферту на отчуждение этого имущества на условиях не хуже тех, по которым он намеревается продать имущество третьему лицу. Предоставление такого преимущественного права может осуществляться на возмездных или безвозмездных началах. Если в течение указанного в договоре срока собственник нарушает преимущественное право и отчуждает имущество третьему лицу, не выставив предварительно соответствующую оферту обладателю преимущественного права, последний вправе требовать от бывшего собственника возмещения убытков или уплаты установленной в договоре неустойки.

Отличие такого договора об установлении преимущественного права от опциона состоит в том, что первый создает обязательство одной из сторон выставить в будущем оферту, в то время как второй сопровождает уже выставленную оферту и дает другой стороне секундарное право на ее акцепт.

Спорным является вопрос о том, имеет ли обладатель преимущественного права право предъявить к третьему лицу иск и потребовать перевода на себя прав и обязанностей по заключенному бывшим собственником с таким третьим лицом договору, если будет доказано, что третье лицо было недобросовестно, осознано вторглось в чужие договорные отношения, зная или, возможно, даже имея все основания знать при заключении договора о предоставленном истцу преимущественном праве и нарушении этого права собственником. Мы склоняемся к тому, чтобы такой способ защиты против недобросовестной «интервенции» третьего лица был доступен. Нормативное обоснование для такой формы защиты установленного договором преимущественного права может быть найдено в п. 4 ст. 1 ГК РФ (никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения), а также в применении по аналогии норм п. 4 ст. 21 Закона об ООО (установленное в законе преимущественное право участников ООО на приобретение доли, планируемой к отчуждению одним из участников) или ст. 250 ГК РФ (установленное в законе преимущественное право сосособственников на покупку доли в праве общей собственности, отчуждаемой одним из сосособственников). Впрочем, детали функционирования этого способа защиты требуют дополнительной проработки (в первую очередь вопрос о необходимой степени упречности поведения «интервента» и т.п.). Также, видимо, должна быть признана возможность предъявления к недобросовестному «интервенту» деликтного иска вместо перевода права на имущество. В силу прямого указания в п. 1 ст. 429² ГК РФ опцион может быть заключен под отлагательным или отменительным условием. В этом случае под условие ставится секундарное право акцептанта. Если опцион заключен под отлагательным условием, право на акцепт и введение в действие основного договора возникает только при наступлении такого условия. Если опцион заключен под отменительным условием, право на акцепт, ранее не реализованное акцептантом, прекращается до истечения указанного в опционе срока на акцепт при наступлении условия.

При этом в силу прямого указания в п. 1 ст. 429¹ ГК РФ отлагательное или отменительное условия, включенные в опцион, могут зависеть от воли одной из сторон договора. Иначе говоря, условие может быть потестативным или смешанным (см. комментарий к ст. 327¹ ГК РФ). В частности, между акционерами может быть оформлен опцион на заключение договора купли-продажи акций, поставленный

под условие продажи одним из акционеров части своих акций третьим лицам. Условием может быть также реорганизация одной из сторон, возникновение непогашенных долгов перед банками, публичное размещение компанией своих акций, привлечение банковского кредита, возникновение ситуации тупика в управлении компанией и т.п.

1.8. В определении опциона согласно п. 1 ст. 429² ГК РФ указывается на то, что он оформляет предоставление безотзывной оферты. В то же время в силу принципа свободы договора, а также положений ст. 310 и ст. 450¹ ГК РФ не исключен и вариант, при котором сторона опциона, предоставившая оферту, выговорит себе право отказаться в одностороннем порядке от договора. Единственное ограничение допустимости такого условия, вытекающее из п. 2 ст. 310 ГК РФ, состоит в том, что оно не может быть включено в договор в пользу лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, если другой стороной опциона является лицо, не осуществляющее такую деятельность. Отказ от опциона, по сути, будет приводить к прекращению оферты. При этом, если иное не предусмотрено в опционе, отказ от договора со стороны лица, предоставившего оферту, должен возлагать на это лицо обязанность вернуть опционную премию в случае, когда таковая была предусмотрена договором и получена оферентом. При этом опцион может предусматривать как безусловное право на отказ от договора, так и право на отказ, обусловленное наступлением тех или иных обстоятельств.

1.9. В опционе на заключение договора об отчуждении того или иного имущества могут быть предусмотрены негативные обязательства собственника воздержаться от отчуждения соответствующего имущества третьим лицам или обременения его залогом, ипотекой или иными ограниченными вещными правами, либо правами аренды или лицензиями в течение всего срока действия опциона. В случае нарушения таких условий другая сторона может вместо акцепта сопровождающей опцион безотзывной оферты расторгнуть договор опциона и потребовать возмещения убытков или уплаты установленной в договоре на этот случай неустойки. Но даже в случае отсутствия в договоре таких условий подобные негативные обязательства могут быть признаны подразумеваемыми и выведены из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ). Как минимум, обязанность продавца, являющегося стороной опциона *call*, воздерживаться от отчуждения соответствующего имущества или обременения его залогом вполне может считаться вытекающей из принципа добросовестности.

Помимо права на расторжение договора опциона и взыскания убытков (неустойки) потенциальный приобретатель имущества по опциону должен иметь право аннулировать заключенный собственником договор об отчуждении указанного в опционе имущества третьему лицу (или обременении данного имущества залогом, ипотекой, иным ограниченным вещным правом, правом аренды), если будет доказано, что такое третье лицо («интервент») в момент заключения договора было недобросовестно и знало или, возможно, заведомо не могло не знать о том, что это имущество является объектом заключенного ранее собственником опциона, и, соответственно, заключение такого договора с собственником нарушает принятые им на себя в опционе негативные обязательства. Такой способ защиты может опираться на положения п. 4 ст. 1 («никто не вправе извлекать преимущества из своего недобросовестного поведения»), а также ст. 10 ГК РФ. Право не может поощрять

очевидно злонамеренный сговор собственника и третьего лица, направленный на нарушение прав потенциального акцептанта по опциону и на недобросовестное вмешательство такого третьего лица в чужие договорные отношения. При этом детали функционирования такого способа защиты требуют дополнительной проработки (в частности, вопросы о необходимой степени упречности поведения «интервента», о ничтожности или оспоримости такого договора и др.).

Кроме того, есть, видимо, все основания для допущения деликтного иска стороны опциона к недобросовестному «интервенту».

1.10. В то же время так как право на возмещение убытков или неустойки в российских реалиях оказывается не в полной мере эффективным с учетом рисков снижения неустойки судом и сложностей доказывания убытков, а также принимая во внимание очевидные трудности в доказывании недобросовестности третьего лица, купившего у собственника соответствующее имущество, указанное в опционе, стороны опциона нередко пытаются договориться о том или ином способе блокирования распоряжения таким имуществом.

Применительно к акциям о возможности ограничения распоряжения ими говорит п. 3 ст. 149 ГК РФ, но ясности в вопросе о том, может ли такое блокирование быть установлено в договоре (в том числе в опционе), на настоящий момент нет. Теоретически фиксация ограничения распоряжения акциями на соответствующих лицевых счетах (счетах депо) возможно в силу положений п. 11 ст. 8.2 Закона о рынке ценных бумаг, п. 3.83–3.85 Приказа Федеральной службы по финансовым рынкам от 30 июля 2013 г. № 13-65/пз-н, а также п. 8.1–8.6 и 9.1–9.4 Положения ЦБ РФ от 13 ноября 2015 г. № 503-П. Но каких-либо четких норм, указывающих на то, что эти нормативные правовые акты имеют в виду, в том числе и ограничение распоряжения, введенное договором владельца акций с третьим лицом, не существует. В равной степени нет в нормативных правовых актах и указания на то, что снятие такой «блокировки» возможно только с согласия лица, в пользу которого она установлена. А без этого никакого эффективного ограничения распоряжения акциями установить невозможно. Применительно к доле в ООО или недвижимости в нормативных правовых актах нет даже намека на возможность блокирования распоряжения в обеспечение обязательств по передаче этого имущества в будущем.

Соответственно, в настоящий момент, пожалуй, имеются лишь два способа реализовать задачу эффективного блокирования распоряжения имуществом в целях обеспечения исполнения негативных обязательств воздержаться от отчуждения указанного в опционе имущества. Во-первых, это использование конструкции залога, внесение в соответствующие реестры акционеров, ЕГРЮЛ или ЕГРП записей о залоге соответственно акций, доли в ООО или недвижимости эффективно ограничит возможности собственника распорядиться этим имуществом в нарушение своих обязательств по опциону. Залог может обеспечивать закрепленные в опционе негативные обязательства собственника по воздержанию от отчуждения данного имущества или денежные обязательства по возмещению убытков или штрафа в случае нарушения данных обязательств. В то же время очевидно, что использование в этих целях конструкции залога явным образом является искусственным, неоптимальным и в каком-то смысле противоречащим самой природе договора залога.

Во-вторых, это заключение непоименованного договора условного депонирования (эскроу), в рамках которого соответствующее имущество передается в собствен-

ность третьему лицу, пользующемуся доверием обеих сторон опциона и обязанному в рамках исполнения договора эскроу передать имущество держателю опциона в случае вступления в силу основного договора.

1.11. В силу того что опцион оформляет предоставление оферты, а недействительность оферты неминуемо влечет недействительность договора, заключенного в результате ее акцепта, следует признать, что недействительность опциона приводит к недействительности основного договора, заключенного на его основании.

2. Согласно п. 2 ст. 429² ГК РФ стороны могут согласовать в договоре срок действия опциона (срок на акцепт). Данный срок должен соответствовать общим правилам ГК РФ о сроках (ст. 190 ГК РФ). В коммерческой практике опционы, в которых право на акцепт может быть реализовано в любой момент в течение определенного периода времени, называются обычно «американскими опционами», а опционы, акцепт которых возможен строго в определенную календарную дату, обычно именуют «европейскими опционами».

Если опцион не содержит четко зафиксированного срока на акцепт, такой срок считается равным году, если иное не следует из существа договора или обычаев.

При отсутствии в опционе отлагательного условия предусмотренный в договоре (или годичный) срок на акцепт следует рассчитывать с момента оформления опциона.

При наличии в договоре отлагательного условия вопрос о соотношении срока и условия требует дополнительных разъяснений. Если стороны включили в опцион отлагательное условие, соотношение этого условия и срока на акцепт может быть построено одним из двух путей. Во-первых, стороны могут указать, что акцепт должен поступить в течение определенного периода времени с момента заключения договора при условии наступления соответствующего отлагательного условия. В этом случае наступление условия является необходимым для реализации права на акцепт, но по истечении указанного в договоре срока (а при отсутствии такого срока в договоре — по истечении годичного срока) после заключения договора право на акцепт в любом случае прекращается.

Во-вторых, они могут договориться о том, что право на акцепт должно быть реализовано в течение определенного срока после наступления отлагательного условия. В такой ситуации акцепт может быть осуществлен в течение указанного в договоре срока после наступления отлагательного условия (а при отсутствии в договоре такого срока — в течение года после наступления условия). При этом в случае, когда стороны обусловили само возникновение права на акцепт, им стоит задуматься над установлением в договоре предельного срока ожидания наступления отлагательного условия во избежание возникновения ситуации вечной неопределенности и вечной связанности оферента. Если стороны такой предельный срок не предусмотрели (например, не указали, что право на акцепт может быть реализовано в течение такого-то срока после наступления указанного условия, но в любом случае не позднее такого-то срока после оформления опциона), суд во избежание возникновения ситуации «вечной подвешенности» и неопределенности должен, восполняя пробел в договоре по правилам ст. 6 ГК РФ, установить, что опцион (а вместе с ним и состояние «подвешенности») прекращается, если отлагательное условие не наступило в течение разумного срока. Конечно, расчет этого разумного

срока должен определяться с учетом характера договора и иных обстоятельств. Во избежание такого рода неопределенности сторонам условного опциона рекомендуется предусматривать предельный привязанный к моменту заключения договора срок, по истечении которого права по опциону прекращаются.

3. Опционная премия имеет самостоятельное основание (каузу), являясь встречным предоставлением за выдачу безотзывной оферты и приобретение акцептантом вторичного права на акцепт. Соответственно, вполне логично, что в силу п. 3 ст. 429² ГК РФ опционная премия по общему правилу не возвращается, если право на акцепт так и не было реализовано в течение установленного срока, и не идет в счет оплаты по основному договору, если акцепт был произведен и такой договор вступил в силу. Иное может быть предусмотрено в самом опционе. В частности, стороны поставленного под отлагательное условие опциона могут договориться о том, что опционная премия подлежит возврату полностью или в определенной части, если отлагательное условие так и не наступит.

4. Согласно п. 4 ст. 429² ГК РФ опцион должен содержать все существенные условия основного договора. Это в полной мере согласуется с положением п. 1 ст. 435 ГК РФ, который требует указания в оферте всех существенных условий заключаемого договора. Согласно опциону предоставляется вторичное право на акцепт, который будет производиться посредством одностороннего волеизъявления. Соответственно, возможность дополнительного согласования каких-то условий уже не подразумевается. Стороны должны договориться обо всех параметрах основного договора уже при заключении опциона (например, включив текст основного договора в качестве приложения к опциону). В этом наблюдается принципиальное отличие от норм ГК РФ о предварительном договоре (ст. 429 ГК РФ), согласно которым в предварительном договоре можно не указывать условия основного договора, являющиеся существенными в силу закона (за исключением предмета основного договора).

При этом, как указано в п. 4 ст. 429² ГК РФ, необходимо, чтобы предмет основного договора был определен в опционе таким образом, чтобы он мог быть четко идентифицирован на момент акцепта. Соответственно, нет возражений против того, чтобы существенные условия были не определенными, а определимыми. В последнем случае в опционе стороны предусматривают некий четкий механизм определения существенного условия, который позволит бесспорно определить содержание такого условия к моменту акцепта (например, формулу определения цены недвижимости).

4.1. Иногда в обороте стороны договора опциона не только предусматривают право акцептанта акцептовать соответствующую оферту, но и дают ему возможность в одностороннем порядке определить содержание тех или иных условий заключаемого посредством акцепта основного договора по своему усмотрению. При этом, как правило, в опционе устанавливается соответствующее «меню» опций, из которого акцептанту разрешается выбирать, либо фиксируются некие рамки дискреции акцептанта. Например, опцион на покупку акций по модели *call* может устанавливать, что покупатель вправе, принимая решение о выкупе акций, одновременно определить количество акций, выкуп которых он акцептует. При получении такого

акцепта offerentом основной договор будет считаться заключенным с учетом этого выбора акцептанта. В силу принципа свободы договора нет серьезных возражений против возможности структурирования опциона по такой модели. В конечном счете, стороны могли бы добиться того же результата путем выставления множества оферт с указанием в каждой из которых соответствующего количества акций (например, опцион на покупку 100 акций, опцион на покупку 101 акции и т.д.) и предоставлением акцептанту права акцепта любой из таких отдельных оферт, реализация которого отменяет действие остальных неакцептованных оферт. В этом контексте нет никакой логики в блокировании возможности достичь той же цели более простым путем: за счет выдачи опциона с предоставлением акцептанту права в момент акцепта определить соответствующие характеристики предмета договора в закрепленных в опционе пределах или выбрать из допущенных в опционе вариантов таких характеристик.

5. Согласно п. 5 ст. 429² ГК РФ форма опциона должна следовать установленной в законе форме заключаемого основного договора. Соответственно, если основной договор должен быть заключен в письменной форме или удостоверяться нотариально, опцион также должен быть оформлен письменно или удостоверяться нотариально. Так как государственная регистрация договора не является элементом его формы, опцион на заключение договора, подлежащего государственной регистрации, сам по себе регистрации не подлежит.

5.1. Здесь только следует обратить внимание на особенность оформления опциона на заключение основного договора, в отношении которого закон устанавливает требование его оформления в виде единого документа, подписанного сторонами (например, купля-продажа недвижимости или аренда недвижимости). Если соответствующие нормы устанавливают такое требование к оформлению договора без указания на ничтожность договора, несоблюдение этого требования при заключении договора путем акцепта по опциону не будет влечь ничтожность такого договора. В этом случае будут применяться последствия, предусмотренные ст. 162 ГК РФ, что в контексте ситуации с несоблюдением требования составления единого документа будет абсолютно нечувствительным последствием. Ведь свидетели сторонам для доказывания акцепта по опциону (т.е. факта заключения договора) будут и не нужны в условиях наличия письменных доказательств, подтверждающих акцепт. Но если закон устанавливает соответствующее требование к оформлению договора под страхом ничтожности, возникает некоторое видимое трение с самой моделью вступления в такой договор посредством акцепта по опциону. Ведь в традиционном понимании акцепт — это отдельное волеизъявление. Но из этого положения есть достаточно простой выход. Тот факт, что акцепт — это отдельное волеизъявление, не равнозначен тому, что акцепт всегда оформляется в отдельном документе. Более того, на практике в большинстве случаев акцепт выражается в форме подписания проекта договора, ранее подписанного другой стороной. Соответственно, в тех случаях, когда в силу закона заключение договора возможно лишь в виде подписания сторонами единого документа, к опциону следует прилагать оферту в виде двух подписанных offerentом экземпляров основного договора с тем, чтобы акцепт такой оферты осуществлялся путем подписания и возвращения offerentu одного из экземпляров. При таком условии требование об оформлении

основного договора в виде единого документа, подписанного сторонами, будет соблюдено.

5.2. В случае оформления опциона на заключение договора об отчуждении доли в ООО следует учитывать следующее. Согласно п. 11 ст. 21 Закона об ООО сделка, влекущая отчуждение доли, подлежит нотариальному удостоверению. При этом под такой подлежащей нотариальному удостоверению сделкой Закон об ООО понимает распорядительное волеизъявление сторон, непосредственно переносящее право на долю на приобретателя. Если такое распоряжение содержится непосредственно в договоре купли-продажи, мены, дарения и т.п., нотариальному удостоверению подлежит сам такой договор. Если же в договоре предусматривается лишь обязательство распорядиться долей в будущем при наступлении того или иного срока или отлагательного условия, такой договор не предполагает непосредственный распорядительный эффект и в терминологии п. 11 ст. 21 Закона об ООО не является «сделкой, направленной на отчуждение доли». Это недвусмысленно следует из редакции абз. 3 п. 11 ст. 21 Закона об ООО, который четко разделяет договор, создающий обязательства распорядиться долей, и сделку, направленную на отчуждение доли.

Поэтому если по условиям основного договора (купли-продажи, мены и т.п.), указанным в опционе (приложенных к нему), права на долю переходят непосредственно в момент заключения основного договора, договор опциона подлежит нотариальному удостоверению. При этом акцепт такой оферты согласно прямому указанию в п. 11 ст. 21 Закона об ООО в редакции Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 391-ФЗ может нотариально удостоверяться отдельно. В таком случае «безотзывная оферта считается акцептованной с момента нотариального удостоверения акцепта», и «после нотариального удостоверения акцепта нотариус обязан в течение двух рабочих дней со дня удостоверения акцепта направить оференту извещение о состоявшемся акцепте». При этом согласно п. 11 ст. 21 Закона об ООО, если безотзывная оферта, содержащаяся в таком удостоверенном опционе, выдана под отменительным или отлагательным условием, «акцептант представляет нотариусу, удостоверяющему акцепт, доказательства, подтверждающие ненаступление или наступление соответствующего условия». По смыслу данной нормы прежде, чем удостоверить акцепт, нотариус должен проверить наступление или ненаступление соответствующих условий.

Если по условиям приложенной к опциону оферты акцепт будет влечь заключение основного договора, не предполагающего непосредственный распорядительный эффект (переход прав на долю), а лишь создающего обязательства распорядиться долей в будущем после заключения договора посредством отдельного распорядительного волеизъявления сторон, то нормы п. 11 ст. 21 Закона об ООО об удостоверении сделки об отчуждении доли к заключению такого договора не применяются. Соответственно, и опцион на заключение такого договора нотариально может не удостоверяться. Вхождение сторон в основной договор в таком случае будет осуществляться без участия нотариуса, но для исполнения обязательств по отчуждению доли на основании заключенного договора купли-продажи (мены и т.п.) сторонам придется идти к нотариусу и нотариально удостоверить распорядительную сделку по переводу прав на доли. В случае уклонения одной из сторон от удостоверения такой распорядительной сделки права на доли могут быть переведены на приобретателя по судебному решению (абз. 3 п. 11 ст. 21 Закона об ООО).

6. Пункт 5 ст. 429² ГК РФ предусматривает и без того очевидную возможность включения опциона в качестве положения в некий иной договор. Например, как уже отмечалось, нередко опцион на выкуп акций (доли) при определенных условиях согласовывается сторонами акционерного соглашения или соглашения участников ООО в качестве инструмента выхода из тупика в управлении.

Также опцион на выкуп или продажу акций (доли) нередко включается в акционерное соглашение или соглашение участников ООО или договор купли-продажи доли или акций в качестве своего рода санкции за нарушение стороной такого соглашения своих обязательств (например, по голосованию на общем собрании акционеров): цена выкупа (продажи) в инкорпорированном в такой договор опционе в такой ситуации нередко устанавливается с учетом «штрафной» скидки (или премии). Так, например, договор купли-продажи контрольного пакета акций может предусматривать, что в случае, если продавец нарушает свои обязательства воздерживаться от открытия аналогичного конкурирующего бизнеса в том же регионе в течение определенного срока, покупатель вправе выкупить у продавца оставшийся пакет его акций с дисконтом к рыночной (или согласованной в договоре купли-продажи) цене или наоборот продать нарушителю ранее купленный у него пакет с премией к такой цене. Спорным в данном случае будет вопрос о применении по аналогии ст. 333 ГК РФ в случае явной несоразмерности установленного дисконта (или премии) последствиям нарушения указанных обязательств.

Ко всем подобным случаям в полной мере применимы нормы ГК РФ о смешанных договорах (ст. 421 ГК РФ).

7. Пункт 7 ст. 429² ГК РФ предусматривает оборотоспособность прав по опциону (т.е. права акцепта). Акцептант, указанный в опционе, после оформления опциона по общему правилу может уступить свое право третьему лицу на основании возмездного или безвозмездного договора уступки опциона. В таком случае при получении оферентом акцепта от такого третьего лица основной договор будет считаться заключенным между оферентом и таким третьим лицом.

Оборотоспособность секундарного права на акцепт принципиально вполне возможна, так как закон прямо предусматривает возможность выдачи публичных оферт (п. 2 ст. 437 ГК РФ), тем самым демонстрируя, что нет ничего невероятного в том, что конкретному оференту может быть безразлична фигура возможного контрагента. В то же время вызывает сомнения решение законодателя установить возможность уступки в качестве общего правила. Более логичным было бы правило, согласно которому такая уступка возможна только в случаях, когда на такую возможность прямо указано в опционе. Дело в том, что уступка права акцепта фактически приводит к тому, что оферент окажется связанным договором с лицом, которое ему неизвестно, а в большинстве случаев заключенный основной договор будет двусторонним и будет возлагать обязанности в том числе и на ту сторону, которая осуществит право акцепта. Соответственно, уступка права акцепта будет создавать для оферента труднопрогнозируемые риски оказаться связанным основным договором с лицом, не способным исполнять свои обязательства. В таких условиях очевидно, что в большинстве случаев возможность уступки будет противоречить воле оферента и вовсе сторонами не подразумевается. При этом, как известно, право должно устанавливать диспозитивные нормы, определяя их содержание

в соответствии с наиболее типичной и вероятной подразумеваемой волей сторон. В данном случае закон нарушает данный принцип.

7.1. Интересный вопрос встает в отношении правового режима уступки опциона. Дело в том, что в данном случае уступается секундарное право, а не требование кредитора по обязательству, в то время как нормы [гл. 24 ГК РФ](#) об уступке требований напрямую распространяются лишь на уступку обязательственных прав (п. 1 ст. [382 ГК РФ](#)). В то же время очевидно, что в отсутствие иных применимых к уступке секундарного права на акцепт норм многие положения об уступке обязательственных прав могут применяться по аналогии закона. В частности, к такой уступке могут применяться некоторые положения ст. [385 ГК РФ](#) об уведомлении должника при уступке. Очевидно, что в случае уступки прав по опциону offerent должен быть уведомлен об этом либо самим изначальным акцептантом, либо лицом, получившим право на акцепт в силу уступки, если последний представил offerentu доказательства приобретения опциона.

7.2. При этом в силу прямого указания в п. 7 ст. [429² ГК РФ](#) стороны опциона могут запретить такую уступку, прописав условие о таком запрете в договоре. Последствия нарушения такого договорного запрета в законе не прописаны. В таком случае возникает необходимость выбора между применением по аналогии: (а) положения п. 2 ст. [382 ГК РФ](#) о том, что уступка права из обязательства может быть оспорена, если будет доказано, что приобретатель права знал или должен был знать о договорном запрете, и (б) нормы п. 2 ст. [391 ГК РФ](#) о том, что перевод долга без согласия кредитора считается ничтожным. При принятии варианта «а» оспаривание сделки уступки в подавляющем числе случаев не составит труда, так как приобретатель опциона не мог не читать текст опциона и не видеть там данного запрета, но вызывает большие сомнения справедливость возложения на offerenta, в чьих интересах был согласован запрет на уступку прав по опциону, бремени возбуждения судебного спора об оспаривании такой уступки. Несколько более логичным является применение по аналогии нормы п. 2 ст. [391 ГК РФ](#). Ведь де-факто уступка прав по опциону приводит к тому, что offerent может оказаться связанным договором с неизвестным ему лицом, а так как в подавляющем числе случаев речь идет о двустороннем договоре, такой offerent может оказаться кредитором совсем не того лица, с которым он оформил опцион, т.е. имеет место ситуация, близкая к той, которая возникает при переводе долга.

7.3. Как минимум теоретически можно себе помыслить и залог секундарного права акцепта по опциону. Впрочем, детали такой конструкции заслуживают отдельного анализа.

7.4. Очень интересный вопрос возникает в отношении возможности обращения взыскания на предусмотренное в опционе право на заключение договора в порядке, предусмотренном законодательством о банкротстве или исполнительном производстве. Если такое секундарное (преобразовательное) право может быть уступлено (т.е. является предметом оборота), есть основания предполагать, что на него может быть и обращено взыскание. В конечном счете, есть все основания относить право по опциону на заключение договора разновидностью имущества в форме особого имущественного права (ст. [128 ГК РФ](#)).

Но что если опцион запрещает уступку права акцепта? В такой ситуации обращение взыскания на право акцепта допускаться, казалось бы, не должно. Положение

п. 2 ст. 382 ГК РФ, предусматривающее возможность обращения взыскания на обязательственное право даже при наличии договорного запрета на уступку, применяться по аналогии к указанной ситуации не может. Это связано с тем, что существо отношений при уступке обязательственного права, как правило не сильно затрагивающей интересы должника, с одной стороны, и существо отношений при уступке права акцепта по опциону, как правило влекущей для оферента серьезные риски (по сути идентичные тем, которые возникают при переводе долга), принципиально различаются. В то же время теоретически можно обсуждать возможность в порядке исключения обращения взыскания и на такой опцион, если интерес оферента сохранить закрытый характер своей оферты явным образом несоразмерен интересам кредиторов акцептанта. Допустим, имеется выданный несколько лет назад опцион на продажу недвижимости по цене в 10 млн руб. с еще не наступившим сроком на акцепт, а текущая рыночная цена на этот объект составляет 14 млн руб. Далее допустим, что акцептант по такому опциону (потенциальный покупатель) впадает в банкротство. Неужели разумно лишать кредиторов такого лица возможности пополнить конкурсную массу за счет продажи такого потенциально очень выгодного опциона с торгов в условиях, когда оферент (потенциальный продавец) сталкивается в такой ситуации с минимальными рисками с учетом того, что по условиям оферты после заключения основного договора купли-продажи предполагается 100%-ная предоплата? Этот вопрос заслуживает дальнейшей доктринальной проработки.

7.5. Сложный вопрос возникает в отношении возможности перехода права акцепта по опциону в порядке универсального правопреемства. Проблема перехода вторичных прав в целом и права на акцепт в частности в формате универсального правопреемства не имеет однозначного решения в российском праве (см. также п. 1 ст. 438 ГК РФ). В принципе, если мы признаем право акцепта по опциону имущественным правом, логично предположить, что оно переходит в порядке универсального правопреемства. Но данный вопрос требует дополнительного изучения. С одной стороны, реорганизация акцептанта (например, в форме слияния или присоединения) вряд ли должна влечь автоматическое прекращение опциона. С другой стороны, переход права акцепта по наследству представляется несколько более спорным тогда, когда обязательства по основному договору, заключение которого предполагается на основании опциона, тесно связаны с личностью изначального акцептанта.

Определенные вопросы возникают и в случае смерти или реорганизации оферента. Можно уверенно утверждать, что реорганизация оферента вряд ли должна прекращать опцион. Но ситуация со смертью оферента не столь очевидна. Здесь заявляет о себе более общая и пока не решенная в российском праве проблема судьбы обычной оферты в случае смерти оферента до ее акцепта (см. также п. 2 ст. 435 ГК РФ).

8. В п. 8 предусматривается, что положения ст. 429² ГК РФ носят общий характер, и допускается установление особенностей тех или иных типов опционов на уровне других федеральных законов. Соответственно, в принципе, законодательство о рынке ценных бумаг или иные законы могут вводить особенности регулирования отдельных видов опционов (в частности, как производных финансовых инструментов).

8.1. Но что если специальное регулирование появляется на уровне подзаконных нормативных актов? В таком случае возникнет очевидное трение с редакцией п. 8 ст. 429² ГК РФ, согласно которой особенности отдельных видов опционов могут предусматриваться именно в законах. В силу п. 5 ст. 3 ГК РФ подзаконные нормативные правовые акты не применяются в части, противоречащей Кодексу, если сами нормы Кодекса не устанавливают возможность такой девиации. В то же время вполне возможно, что такие специальные нормы подзаконных актов (например актов ЦБ РФ) будут не противоречить положениям данной статьи, но лишь дополнять их особенностями отдельных видов опционов.

8.2. В ст. 2 Закона о рынке ценных бумаг дается определение такой именной ценной бумаги, как опцион эмитента. Под этим названием скрывается «эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее владельца на покупку в предусмотренный в ней срок и/или при наступлении указанных в ней обстоятельств определенного количества акций эмитента такого опциона по цене, определенной в опционе эмитента». В данной статье указывается следующее: «Опцион эмитента является именной ценной бумагой. Принятие решения о размещении опционов эмитента и их размещение осуществляются в соответствии с установленными федеральными законами правилами размещения ценных бумаг, конвертируемых в акции. При этом цена размещения акций во исполнение требований по опционам эмитента определяется в соответствии с ценой, определенной в таком опционе». В ряде других статей данного закона правовой режим такой ценной бумаги уточняется (например, ст. 27¹ Закона предусматривает особенности эмиссии опционов эмитента). Представляется, что к опциону эмитента, являющемуся бездокументарной именной эмиссионной ценной бумагой, нормы ст. 429² ГК РФ неприменимы. При этом следует отметить, что такие ценные бумаги в обороте распространения не получили.

Статья 429³. Опционный договор

1. По опционному договору одна сторона на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий (в том числе уплатить денежные средства, передать или принять имущество), и при этом, если управомоченная сторона не заявит требование в указанный срок, опционный договор прекращается. Опционным договором может быть предусмотрено, что требование по опционному договору считается заявленным при наступлении определенных таким договором обстоятельств.

2. За право заявить требование по опционному договору сторона уплачивает предусмотренную таким договором денежную сумму, за исключением случаев, если опционным договором, в том числе заключенным между коммерческими организациями, предусмотрена его безвозмездность либо если заключение такого договора обусловлено иным обязательством или иным охраняемым законом интересом, которые вытекают из отношений сторон.

3. При прекращении опционного договора платеж, предусмотренный пунктом 2 настоящей статьи, возврату не подлежит, если иное не предусмотрено опционным договором.

4. Особенности отдельных видов опционных договоров могут быть установлены законом или в установленном им порядке.

Комментарий

1. Опционный договор, урегулированный в ст. 429³ ГК РФ с 1 июня 2015 г., представляет собой договор, в силу которого одна из сторон обязуется исполнять свои обязательства (платить деньги, передать или принять имущество и т.п.) при условии предъявления другой стороной требования (т.е. востребования исполнения по договору).

1.1. Основное отличие опционного договора от опциона на заключение договора состоит в том, что опцион на заключение договора является отдельным договором, из которого при поступлении от одной из сторон акцепта на свет появляется некий основной договор. Иначе говоря, опцион – это особая договорная конструкция: договор, который опосредует предоставление оферты. В то же время опционный договор не является самостоятельным договорным типом. Это любой договор (купли-продажи, мены, аренды и т.п.), в котором исполнение основных обязательств обеих сторон договора ставится до востребования (п. 2 ст. 314 ГК РФ). В момент востребования не возникает некий новый договор, а созревает основание для исполнения тех основных обязательств, которые входят в предмет опционного договора. Опционный договор порождает не секундарное право односторонним волеизъявлением ввести в действие новый, основной договор, а секундарное право востребовать исполнение по уже заключенному договору. То есть вместо двух договоров мы имеем единый договор с исполнением, поставленным до востребования. По сути, это альтернативная модель структурирования схемы, при которой актуализация трансакции зависит от произвольного усмотрения одной из сторон, а отличие от опциона проявляется в виде разной структуры прав и обязанностей. По большому счету, одну и ту же идею (например, куплю-продажу под условием выражения волеизъявления на то одной из сторон) можно реализовать как посредством оформления опциона, так и за счет опционного договора.

Отличие опционного договора от обычного, в котором исполнение обязательства одной из сторон поставлено до востребования (например, вклад до востребования) из текста комментируемой нормы выводится с трудом. Но в принципе логично, видимо, исходить из того, что опционный договор не только ставит до востребования исполнение обязательства одной из сторон, но и ставит под условие такого востребования и исполнение встречных обязательств управомоченной на востребование стороны. Если, например, договор купли-продажи предполагает передачу покупателю товара в собственность, но ставит оплату за данный товар до востребования по правилам п. 2 ст. 314 ГК РФ – это не опционный договор. Но если в таком договоре продавцу принадлежит право востребовать внесение предоплаты, и до такого востребования не предполагается исполнение и его встречного обязательства по передаче товара, стороны ставят под условие востребования весь «пучок» основных встречных обязательств (т.е. де-факто реализацию самого обмена), и здесь мы и имеем тот самый опционный договор.

Этот вывод следует не из определения опционного договора (крайне неудачного), закрепленного в п. 1 комментируемой статьи, а из анализа того правового режима, который законодатель установил в отношении договора, квалифицируемого как опционный. Те факты, что по общему правилу по опционному договору уплачивается опционная премия (п. 2 ст. 429³ ГК РФ), а также то, что по прошествии ука-

занного срока на востребование при отсутствии последнего договор прекращается (п. 1 ст. 429³ ГК РФ), недвусмысленно указывают, что законодатель не мог иметь в виду применение таких правил к обычному вкладу до востребования или иному возмездному синаллагматическому договору, в рамках которого под условие востребования ставится лишь встречное исполнение за уже предоставленное другой стороной исполнение. В то же время применение таких правил к договору, в которой до востребования поставлены оба взаимных предоставления (т.е. реализация предмета договора в целом), выглядит куда более объяснимым.

1.2. Из смысла ст. 429³ ГК РФ в системном единстве с положениями ст. 432 ГК РФ вытекает, что по общему правилу опционный договор должен содержать положения, конкретизирующие предмет договора, а также все существенные условия, обязательные для договора данного типа. В частности, в опционном договоре купли-продажи должны быть согласованы наименование и количество товара. От стороны, управомоченной на востребование исполнения, требуется лишь реализовать свое секундарное право, направив другой стороне соответствующее уведомление о востребовании: каких-либо дополнительных согласований параметров востребованного исполнения не требуется.

В то же время нет принципиальных возражений против того, чтобы предмет опционного договора был не определенным, а определенным, т.е. договор содержал четкий алгоритм конкретизации предмета исполнения к моменту востребования.

1.3. Также в силу принципа свободы договора заключенный сторонами договор может содержать «усиленное» секундарное право, предполагающее, что управомоченная сторона может не только востребовать исполнение по своему усмотрению, но еще и в одностороннем порядке определить объем востребуемого исполнения, как правило, в пределах установленных в опционном договоре лимитов. Так, например, стороны договора поставки могут договориться о том, что поставщик обязуется отгружать покупателю тот объем товара, который покупатель вправе ежемесячно в одностороннем порядке определять в заявках. Это проявление принципа свободы договора признается в российской судебной практике (Определение КЭС ВС РФ от 7 декабря 2015 г. № 305-ЭС15-4533). К этой же категории следует отнести и договор кредитной линии, согласно которому заемщик приобретает право при возникновении потребности затребовать у банка необходимую ему сумму кредитного финансирования в пределах установленного в договоре лимита кредитной линии, а банк обязуется выдать соответствующие кредитные транши в ответ на поступление таких заявок.

О такой конструкции можно говорить как об особенной «усиленной» модификации опционного договора (опционный договор с исполнением по заявкам). Но с равным успехом можно использовать в отношении такой конструкции и иной понятийный аппарат. Дело в том, что п. 1 ст. 429¹ ГК РФ допускает возможность заключения рамочного договора, в котором конкретизация отсутствующих в нем существенных условий будет производиться в односторонних заявках (см. комментарий к ст. 429¹ ГК РФ). Соответственно, эту конструкцию можно обозначать и как особую разновидность опционного договора, и как особую разновидность рамочного договора. Этот договор рамочный в том смысле, что существенные условия в нем прямо не согласованы и подлежат конкретизации в дальнейшем, но он одновременно и опционный, так как само определение таких условий поставлено в полную власть одной из сторон.

Вопрос о возможности квалификации такой конструкции договора с исполнением по заявкам в качестве опционного имеет практическое значение. В случае признания судами указанной квалификации к таким договорам начнет применяться, в частности, п. 2 ст. 429³ ГК РФ о презумпции возмездности предоставления секундарного права востребования. Представляется, что в условиях действующего законодательного регулирования нет иного выхода, кроме как признать, что такой договор является опционным и применять к нему правила ст. 429³ ГК РФ. Соответственно, при желании исключить в таком договоре начисление какой-либо платы за получение секундарного права востребования исполнения об этом стоит прямо сказать в договоре.

В случае желания включить такую плату в договор и компенсировать соответствующей стороне бремя претерпевания асимметрии прав ее разумно установить в виде либо фиксированного единовременного платежа при заключении договора, либо ежемесячного начисления (наподобие банковской комиссии за поддержание кредитной линии). В любом случае с учетом сложностей в определении рыночного уровня такой платы за приобретение секундарного права по правилам ст. 424 ГК РФ сторонам желательно не оставлять в договоре пробел в отношении вопроса о возмездности (безвозмездности).

Остается лишь отметить, что, в случае если стороны дополнили эту конструкцию опционного (рамочного) договора с исполнением по заявкам условием об уплате периодических фиксированных платежей в качестве абонентской платы, такой договор должен быть квалифицирован как абонентский (ст. 429⁴ ГК РФ). В данном случае абонентская плата, уплачиваемая за право востребовать исполнение при первой необходимости по своему усмотрению и в желаемом объеме, является одновременно и встречным предоставлением за тот объем исполнения, который был реально востребован, и платой за получение секундарного права. В отличие от опционного (рамочного) договора с исполнением по заявкам, в котором, независимо от наличия или отсутствия какой-либо отдельной платы (комиссии) за асимметрию прав всегда предполагается оплата за тот объем исполнения, который был реально востребован управомоченной стороной в соответствующей заявке, в случае с абонентским договором ничего, кроме фиксированной абонентской платы, платить не требуется, независимо от того, какой объем реального исполнения был востребован и был ли он востребован в принципе. Подробнее см. комментарий к ст. 429⁴ ГК РФ.

1.4. Норма п. 1 ст. 429³ ГК РФ говорит о праве востребовать исполнение договорного обязательства, но умалчивает о статусе встречного обязательства управомоченной на востребование стороны. Как уже отмечалось выше, в силу природы опционного договора данное встречное обязательство чаще всего будет обусловлено востребованием и до последнего не осуществляется. Но далее у сторон возникает выбор. Они могут обусловить исполнение встречного обязательства управомоченной на востребование стороны исполнением обязательства, поставленного до востребования, и тогда срок исполнения встречного обязательства будет созревать не ранее, чем произойдет востребование исполнения и последнее будет осуществлено. Но можно представить и такой вариант договоренности сторон, при котором встречное исполнение управомоченной на востребование стороны будет осуществляться при условии и после востребования, но ранее осуществления востребованного исполнения.

1.5. По прямому указанию в п. 1 ст. 429³ ГК РФ, если востребование исполнения не произойдет в предусмотренный в таком договоре срок, опционный договор

прекращается. Соответственно, отпадает и встречное обязательство, если оно должно было быть произведено после исполнения обязательства, поставленного до востребования.

1.6. В данной норме не указывается, что делать, если в опционном договоре не предусмотрен срок востребования. Очевидно, должно применяться по аналогии закона положение п. 2 ст. 429² ГК РФ о том, что такой срок в таком случае будет равен году.

1.7. Также очевидно, что в силу ст. 157 и ст. 327¹ ГК РФ право востребования исполнения может быть поставлено под отлагательное или отменительное условие, в том числе зависящее от воли одной из сторон договора.

1.8. В силу прямого указания в п. 1 ст. 429³ ГК РФ в договоре может быть предусмотрено, что востребование будет считаться осуществленным автоматически при наступлении указанных в договоре условий. В этом случае договор не предусматривает секундарное право востребования, а ставит созревание обязательств под отлагательное условие. Очевидно, что такое проявление свободы договора вполне возможно, но имеются определенные сомнения в оправданности отнесения законом такого договора к опционному, т.е. зависящему от выбора одной из сторон (*option* (англ.) – выбор).

1.9. Статья 429³ ГК РФ умалчивает об обороте прав по опционному договору. Тем не менее нет сомнений в том, что право востребовать исполнение может быть по общему правилу уступлено третьему лицу. При этом, так как секундарное право востребовать исполнение вытекает из права требования кредитора по обязательству и неразрывно с ним связано, уступка такого права возможна только с одновременной уступкой самого права по обязательству. Такая уступка будет в полной мере подчиняться правилам ГК РФ о цессии (гл. 24 ГК РФ). В то же время уступка третьему лицу права востребовать исполнение не означает перевод на это лицо встречных обязанностей уступающей стороны по опционному договору. При желании перенести на третье лицо как право востребовать исполнение, так и встречные обязанности (т.е., по сути, заменить сторону договора по правилам ст. 392³ ГК РФ) требуется заручиться согласием другой стороны. В то же время ничто не препятствует возможности установить в опционном договоре заранее данное согласие на передачу прав и обязанностей по опционному договору третьему лицу. В последнем случае лицо, имеющее право востребовать исполнение договора, может комплексно передать третьему лицу все права и обязанности по опционному договору. В этом видится определенное отличие опционного договора от опциона на заключение договора. Как мы видим, в случае с опционом оборотоспособность опционных прав презюмируется, если в договоре она не ограничена; в случае же с опционным договором реальная возможность передать третьему лицу место управомоченной на востребование стороны опционного договора появляется только тогда, когда в договоре выражено согласие другой стороны на такую замену стороны договора.

2. Согласно п. 2 ст. 429³ ГК РФ секундарное право востребования исполнения может оплачиваться опционной премией ровно так же, как оплачивается секундарное право акцепта в модели опциона. Экономическая функция такого платежа состоит в компенсации неудобств, которые принимает на себя сторона, согласившаяся претерпевать произвольный выбор управомоченной на востребование стороны и неопределенность. Такая плата, равно как и опционная премия в опционе на заключение договора, служит предоставлением, за счет которого одна сторона

выкупает согласие другой на асимметрию правомочий, имманентно присущую любой из этих опционных конструкций.

2.1. При этом согласно данному пункту (как представляется, не вполне удачному) наличие опционной премии предполагается. Из этого следует, что при отсутствии условия об опционной премии и ее размере предоставление права востребования должно оплачиваться, а размер такой платы определяться по правилам п. 4 ст. 424 ГК РФ. При этом безвозмездность предоставления права востребования исполнения возможна, но только если на это прямо указано в договоре, либо такая безвозмездность обусловлена иным обязательством или иным охраняемым законом интересом, которые вытекают из отношений сторон. Например, в ситуации, когда договор купли-продажи предоставляет обеим сторонам право востребования исполнения, возмездность не должна предполагаться и умолчание сторон об опционной премии не должно означать, что она должна в том или ином размере вноситься.

В целом было бы разумнее, если бы закон установил внесение опционной премии по таким договорам в качестве случайного условия, о котором стороны могут при желании договориться. В этом случае безвозмездность предоставления секундарного права презюмировалась бы, и молчание сторон по вопросу о плате за асимметрию прав исключало бы возможность восполнять пробел путем применения правил п. 4 ст. 424 ГК РФ о рыночных ценах. Но закон решает данный вопрос по-иному.

3. Согласно прямому указанию в п. 3 ст. 429³ ГК РФ опционная премия не подлежит возврату в случае невостребования исполнения в пределах установленного срока, если иное не предусмотрено в договоре.

В п. 2 ст. 429³ ГК РФ не указано прямо, но из смысла конструкции и применения по аналогии закона п. 3 ст. 429² ГК РФ следует, что опционная премия не засчитывается в счет платежей по договору в случае востребования исполнения, если иное не предусмотрено в договоре.

4. Согласно п. 4 ст. 429³ ГК РФ особенности отдельных видов опционных договоров могут быть предусмотрены в других законах или в установленном им порядке. Последнее означает, что такие особенности могут быть установлены и на уровне подзаконных нормативных правовых актов, принятых соответствующими органами исполнительной власти при реализации ими компетенции, закрепленной на уровне федеральных законов. В частности, те или иные особенности заключения, исполнения или прекращения опционного договора, выступающего в качестве дериватива (производного финансового инструмента), могут быть установлены на уровне нормативных правовых актов, издаваемых ЦБ РФ.

Статья 429⁴. Договор с исполнением по требованию (абонентский договор)

1. Договором с исполнением по требованию (абонентским договором) признается договор, предусматривающий внесение одной из сторон (абонентом) определенных, в том числе периодических, платежей или иного предоставления за право требовать от другой стороны (исполнителя) предоставления предусмотренного договором исполнения в затребованном количестве или объеме либо на иных условиях, определяемых абонентом.

2. Абонент обязан вносить платежи или предоставлять иное исполнение по абонентскому договору независимо от того, было ли затребовано им соответствующее исполнение от исполнителя, если иное не предусмотрено законом или договором.

Комментарий

1. Абонентский договор – это не некий поименованный договорный тип наряду с куплей-продажей, подрядом, арендой и т.п. Это договорная конструкция, в которую можно облечь, по сути, почти любой возмездный поименованный или непоименованный договор. Может быть абонентский договор оказания услуг, абонентский договор подряда и т.п. Наиболее распространен на практике абонентский договор оказания услуг. Посредством конструкции абонентского договора оформляются на практике техобслуживание оборудования и транспорта на случай поломок, техподдержка сайтов, оказание медицинских услуг, аутсорсинг юридической поддержки, абонементы в бассейн и фитнес, услуги круглосуточной помощи на дорогах, услуги сотовой связи или иные телекоммуникационные услуги.

Абонентский договор отличается от других договоров двумя ключевыми признаками.

Во-первых, в рамках такого договора одна из сторон (абонент) получает право в течение срока действия договора требовать от другой стороны исполнения в тот момент, в который ей это будет нужно, и в том объеме, который ей будет нужен. Чаще всего это усмотрение абонента ограничено лимитами, но встречаются и безлимитные абонентские договоры, ограниченные лишь объективными параметрами (вроде количества часов в сутках). Востребование исполнения может осуществляться как в форме предварительного заказа, который другая сторона должна немедленно исполнить (например, абонентское техобслуживание техники в случае поломки, оперативное устранение сбоев в работе сайта, оказание медицинских услуг при необходимости и т.п.), так и в форме молчаливого, не требующего предварительного востребования использования предоставленной технической возможности получить исполнение при возникновении потребности и желания (например, звонок по телефону или выход в Интернет). Для абонента преимущество такой договорной конструкции состоит в том, что ему гарантировано предоставление некоего экономического блага в нужном абоненту объеме при возникновении необходимости. В этом проявляется сходство абонентского договора с опционным (рамочным) договором с исполнением, определяемым по заявкам одной из сторон (см. комментарии к п. 1 ст. 429¹ и ст. 429³ ГК РФ).

Во-вторых, специфика абонентского договора, отличающая его от договора с исполнением по заявкам (вроде договора кредитной линии или договора поставки товара по заявкам), проявляется в порядке фиксации цены. В рамках абонентского договора абонент платит фиксированную плату (обычно в виде периодических платежей), не зависящую от объема затребованного и осуществленного в соответствующий период исполнения. Гарантирующая сторона получает от абонента фиксированную абонентскую плату за право требовать (получать) исполнение в нужном объеме при возникновении потребности. В какой-то месяц абонент может затребовать и получить исполнение номиналом больше, чем его абонентская плата, но в другой все может быть наоборот. Такая конструкция гарантирует контрагенту абонента получение определенного стабильного финансирования.

1.1. Природа абонентской платы смешанная. Отчасти она является встречным предоставлением за то, что абонент получает в качестве исполнения от гарантирующей стороны, а отчасти платой за предоставление абоненту секундарного права востребовать исполнение при первой необходимости в нужном объеме и компенсацией за поддержание гарантирующей стороной своей готовности осуществлять такое исполнение по первому требованию.

1.2. Ряд подзаконных актов прямо допускают возможность оформления тех или иных договоров возмездного оказания услуг по абонентской модели. См., например, п. 35 Правил оказания услуг связи по передаче данных (Постановление Правительства РФ от 23 января 2006 г. № 32), п. 31 Правил оказания услуг телефонной связи (Постановление Правительства РФ от 9 декабря 2014 г. № 1342). Появление в ГК РФ комментируемой статьи окончательно закрепляет возможность аналогичного структурирования отношений сторон по любым иным видам договора возмездного оказания услуг, а также иным договорам.

2. Пункт 2 настоящей статьи проясняет природу абонентского платежа. Абонентская плата вносится независимо от того, затребовал ли абонент исполнение и воспользовался ли он им. Следовательно, абонент обязан вносить абонентскую плату, даже если у него в соответствующий период не возникла потребность в получении исполнения. Таким образом, отсутствие доказательств фактического оказания услуг в соответствующий отчетный период (например, месяц) не является препятствием к удовлетворению иска о взыскании абонентской платы за данный период, если за этот период абонент не затребовал исполнения.

Также вполне естественно, что возврат уплаченной абонентской платы в случае невостребования исполнения в соответствующий период невозможен. Данная плата вносится не за услуги или работы непосредственно, а за право их затребовать в необходимом абоненту объеме. Так как в отчетный период такое право у абонента было, уплаченная за этот период абонентская плата идет в счет оплаты этого права.

2.1. Положение п. 2 настоящей статьи допускает установление в договоре иной судьбы абонентского платежа при отсутствии востребования. Например, в договоре может быть предусмотрен возврат части абонентского платежа при невостребовании исполнения. В то же время если договор предусматривает возврат всей уплаченной абонентской платы, перенос ее на следующие периоды или отсутствие необходимости ее вносить в случае невостребования, возникают сомнения в возможности квалификации такого договора в качестве абонентского. В таком случае правильнее говорить о том, что стороны заключили обычный рамочный (опционный) договор с исполнением по заявкам.

Статья 430. Договор в пользу третьего лица

1. Договором в пользу третьего лица признается договор, в котором стороны установили, что должник обязан произвести исполнение не кредитору, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу.

2. Если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, с момента выражения третьим лицом должнику намерения воспользоваться своим правом по договору стороны не могут расторгать или изменять заключенный ими договор без согласия третьего лица.

3. Должник в договоре вправе выдвигать против требования третьего лица возражения, которые он мог бы выдвинуть против кредитора.

4. В случае, когда третье лицо отказалось от права, предоставленного ему по договору, кредитор может воспользоваться этим правом, если это не противоречит закону, иным правовым актам и договору.

Комментарий

1. По общему правилу договор создает обязательства лишь для его сторон и не распространяет свое действие на третьих лиц. В качестве исключения законом, иными правовыми актами или договором может быть предусмотрено возникновение прав у третьих лиц из соглашений, в заключении которых они не принимали участие (п. 1 ст. 308 ГК РФ). К таким исключениям относится договор в пользу третьего лица.

При отношениях из договора в пользу третьего лица третье лицо принято называть дестинатарием (или бенефициаром, выгодоприобретателем в зависимости от типа договора). Должника в рамках договора в пользу третьего лица в цивилистике именуют промитентом, но мы далее будем для простоты придерживаться более ясного термина «должник». Контрагента такого должника по договору в пользу третьего лица в науке принято обозначать как промиссара.

1.1. Пункт 1 ст. 430 ГК РФ содержит определение договора в пользу третьего лица. Договором в пользу третьего лица считается соглашение, согласно которому:

- предполагается исполнение обязательства (предоставление);
- должник обязан исполнить обязательство в пользу третьего лица (дестинатария), а не непосредственного контрагента (промиссара);
- третье лицо имеет право требовать исполнения обязательства от должника.

1.2. Как правило, целью заключения договоров в пользу третьих лиц является сокращение числа сделок, опосредующих отношения сторон договора и третьего лица и, как следствие, сокращение издержек, что имеет большое значение для гражданского оборота. Договор в пользу третьего лица не является договорным типом, а представляет собой особую договорную конструкцию, посредством которой может быть теоретически оформлен практически любой поименованный или непоименованный договор, влекущий возникновение гражданско-правового обязательства. В частности, по модели договора в пользу третьего лица могут заключаться договоры страхования, банковского вклада, перевозки, аренды и т.п.

1.3. В рамках договора в пользу третьего лица принято различать три вида отношений.

(а) *Отношения покрытия.* Отношения покрытия связывают контрагентов, т.е. промиссара и должника, который, в свою очередь, обещает произвести исполнение третьему лицу. Покрытие в данном контексте опосредует основание, из которого возникает обязанность должника исполнить обязательство третьему лицу. Таким основанием, как правило, является осуществление промиссаром встречного исполнения в пользу должника, и поэтому договор в таких случаях носит

возмездный характер. Хотя теоретически мыслимо заключение и консенсуального договора дарения, по которому должник по просьбе промиссара обязуется одарить третье лицо.

(б) *Отношения валюты.* Промиссара и третье лицо связывает так называемое отношение валюты. Данное отношение устанавливает основание наделения правом третьего лица, раскрывает причину заключения договора в пользу третьего лица промиссаром, поскольку, по общему правилу, граждане и юридические лица осуществляют права в своем интересе. Данная связь может быть, в частности, вызвана намерением промиссара одарить третье лицо, долгом промиссара по отношению к третьему лицу из договора или иного правового основания, корпоративными связями промиссара и третьего лица или их родственными отношениями. В качестве примера можно привести ситуацию, когда поставщик (промиссар), имея заключенный с покупателем (третьим лицом) договор поставки и вытекающее из него обязательство по поставке, заключает с производителем (должником) договор в пользу такого покупателя.

(в) *Квазидоговорное отношение между должником и третьим лицом.* Между должником и третьим лицом в момент заключения договора нет полноценных договорных отношений, поскольку третье лицо не формирует содержание договора и не является стороной договора в пользу третьего лица, обязательство должника возникает не из договора с третьим лицом, но из договора с промиссаром. Между тем третье лицо и должника с момента выражения третьим лицом согласия вступить в права по договору связывает обязательственное правоотношение, а именно — отношение по исполнению договора или охранительные отношения, если имеет место неисполнение или ненадлежащее исполнение договора должником.

Каждое из трех отношений играет самостоятельную роль в договоре в пользу третьего лица. Так, отношения валюты самостоятельны и не связаны с отношениями покрытия (действует принцип относительности обязательства). Принцип относительности обязательства в этом контексте имеет следующее действие: должник не вправе отказаться от исполнения на том основании, что между промиссаром и третьим лицом отсутствует обязательство, в том числе если сделка, которая связывает промиссара и третье лицо и обуславливает заключение промиссаром договора в пользу третьего лица, является недействительной. Не имеет должник и иных возражений против требования третьего лица, вытекающих из отношений валюты.

1.4. Ничто не препятствует тому, чтобы договор, заключенный в пользу третьего лица, предусматривал ряд обязанностей должника, которые он должен исполнять только и исключительно в пользу промиссара (например обязанность информировать).

1.5. Право требовать исполнения, которое возникает у третьего лица, если оно решает воспользоваться предоставленным ему договором правом, включает в себя право не только требовать исполнения обязательства в натуре по суду, но и применять к должнику все меры ответственности, связанные с неисполнением (взыскание убытков, процентов годовых по ст. 395 ГК РФ, неустойки при ее наличии и т.п.). Третье лицо может также использовать это свое требование к должнику в рамках зачета, зачтя его к своему встречному долгу в отношении должника.

1.6. Одной из особенностей конструкции договора в пользу третьего лица в российском праве является то, что п. 1 ст. 430 ГК РФ говорит о возможности предо-

ставления третьему лицу лишь права требовать исполнения обязательства, но не иные выгоды.

О предоставлении третьему лицу прав говорит и ст. 5.2.1 Принципов УНИДРУА. В то же время Модельные правила европейского частного права говорят, что по договору в пользу третьего лица последний приобретает права *или иные выгоды* (ст. II.-9:301). Мотивы, по которым выбрана данная формулировка, состоят в том, что понятие права требования имеет четкое содержание (требование в обязательственном правоотношении) и не включает некоторые отношения, приносящие определенного рода правовые преимущества (например прощение долга).

1.7. Договор в пользу третьего лица, как он определен в ст. 430 ГК РФ, следует отличать от договора об исполнении третьему лицу. Здесь третье лицо не получает право требовать исполнения обязательства в свою пользу и, как следствие, норма ст. 430 ГК РФ не применяется. Кредитором по обязательству остается контрагент. Тем не менее, как и при подлинном договоре в пользу третьего лица, здесь должник также обязан исполнить обязательство третьему лицу, именно такое исполнение договора будет считаться надлежащим и прекращать обязательство должника по отношению к кредитору. Иными словами, в рамках договора с исполнением третьему лицу кредитор назначает лицо, которое уполномочено на принятие исполнения, при этом такое лицо не будет являться ни стороной договора, ни стороной в обязательстве. Основанием для заключения договора с исполнением третьему лицу (т.е. указания в договоре третьего лица в качестве адресата исполнения) служит норма п. 1 ст. 312 ГК РФ. Договором об исполнении третьему лицу будет, например, соглашение отца и продавца книг, согласно которому отец, оплатив книгу, просит направить ее в адрес своего сына. В этом смысле сын будет лишь уполномочен на приемку книги, но не вправе от своего имени требовать передачи ему книги в судебном порядке.

Нередко в практике встают вопросы о квалификации договора либо в качестве договора в пользу третьего лица (дающего третьему лицу право на иск к должнику), либо в качестве договора об исполнении третьему лицу (не дающего третьему лицу такого права). Суды часто исходят из того, что воля сторон считать себя связанным именно договором в пользу третьего лица и, в частности, воля кредитора не признавать за собой право на иск к должнику и закрепить его за указанным третьим лицом должны быть прямо обозначены в договоре. При отсутствии такого прямо выраженного условия указание в договоре на третье лицо, которому должно быть осуществлено исполнение, квалифицируется в качестве указания на наличие у сторон воли заключить договор с исполнением третьему лицу (постановления Президиума ВАС РФ от 29 июня 2010 г. № 2410/10, от 19 января 2010 г. № 12320/09, от 1 декабря 2009 г. № 11320/09).

1.8. Договор в пользу третьего лица следует также отличать от ситуации, когда нарушение договора одной из сторон может причинить убытки не непосредственному контрагенту, а неким не указанным в договоре прямо третьим лицам; данное третье лицо не имеет обязательственного притязания по договору к должнику, но может пострадать от нарушения договора должником и попытаться взыскать убытки с должника.

Примером такого возможного эффекта договора может выступить следующая ситуация. Компания А делает предложение о поглощении компании В. Компания В

заключает договор с оценщиком, который должен произвести оценку стоимости компании В, чтобы акционеры компании В могли оценить перспективность предложения компании А и целесообразность голосования за такое поглощение. Отчет был сделан оценщиком недостаточно профессионально. В результате акционеры компании В проголосовали против поглощения. При обнаружении ошибки оценщика у акционеров возникнут чистые экономические убытки. Чистые экономические убытки акционеров, не являвшихся стороной договора об оценке, не покрываются понятием требования из договора, но являются спроецированным на акционеров результатом его ненадлежащего исполнения. В литературе нередко предлагается считать, что было бы логично дать акционерам компании В право требования компенсации убытков к оценщику.

Другой пример: аудиторская компания по заказу некоего публичного акционерного общества готовит аудиторское заключение, которое заказчик доводит до сведения потенциальных инвесторов. Последние, полагаясь на добросовестность аудиторской компании, приобретают акции публичного общества, а впоследствии выясняют, что аудиторы сфальсифицировали те или иные данные, и акции общества оказались сильно переоценены. В такой ситуации инвесторы могут попробовать взыскать убытки с аудиторов, несмотря на то, что между ними отсутствуют прямые договорные отношения.

Еще один классический пример: продажа дефектной продукции, причинившей вред не самому покупателю, а членам его семьи. В ряде стран допускаются иски таких жертв к непосредственному продавцу, несмотря на то, что между лицом, которому причинен вред, и таким продавцом договорных отношений нет.

В некоторых правовых порядках такое требование третьих лиц допускается и квалифицируется как деликтное. В ряде же других правовых порядков в этих целях такой договор квалифицируется в качестве договора с защитным эффектом в отношении третьих лиц, а соответствующий иск считается иском о взыскании договорных убытков.

Разница в контексте российского права может проявиться в том, что договорная ответственность коммерсанта не зависит от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ), в то время как деликтная ответственность основана на началах вины.

В российском праве однозначно вопрос о допустимости возмещения убытков, причиненных не участвующим в заключении договора третьим лицам, в такого рода случаях в общем виде пока не решен. Во-первых, нет ясности в вопросе о том, должна ли в принципе признаваться такая ответственность должника по договору перед третьими лицами, имеется ли здесь отступление от принципа относительности обязательственной связи и есть ли серьезные политико-правовые основания для такого шага. С одной стороны, во многих случаях такая ответственность кажется справедливой. С другой стороны, есть угроза безмерного и непредсказуемого расширения рисков контрагентов на практике. Во-вторых, требует разрешения вопрос о деликтной или договорной природе такого иска третьих лиц.

В то же время в ряде случаев российский закон данные вопросы проясняет. Так, например, в силу прямого указания в законе (ст. 1095 ГК РФ) лицо, даже не состоящее в договорных отношениях с продавцом или изготовителем товара, лицом, оказывающим услуги или выполняющим работы, вправе требовать от них возмещения вреда жизни, здоровью или имуществу, причиненного недостатками

товара, услуг или работ, и такой иск прямо обозначен как деликтный, хотя и выведен в соответствии со ст. 1098 ГК РФ из-под действия принципа вины. Такой иск третьего лица возможен, если товар, работы или услуги приобретались или заказывались в потребительских целях (абз. 2 ст. 1095 ГК РФ). Иначе говоря, одно и то же деяние (исполнение договора с недостатками) может согласно российскому праву влечь как договорную ответственность нарушителя перед непосредственным контрагентом, так и деликтную ответственность перед пострадавшими от таких дефектов третьими лицами.

1.9. Что касается сферы применения п. 1 ст. 430 ГК РФ, необходимо отметить, что договор в пользу третьего лица может использоваться лишь для оформления обязательственных отношений, и распорядительные (вещные) сделки, своим непосредственным правовым эффектом имеющие отчуждение некоего вещного, обязательственного или иного имущественного права в сам момент их совершения, не могут быть сконструированы как договор в пользу третьего лица. Такое положение связано с тем, что распорядительная сделка производит непосредственный эффект в правовой сфере сторон, а навязывание распорядительного правового эффекта некоему лицу, на то не соглашавшемуся, противоречит принципу автономии воли. Навязать кому-то право собственности или имущественное право невозможно.

1.10. Норма п. 1 ст. 430 ГК РФ не требует, чтобы третье лицо было указано в договоре. Но третье лицо должно быть определимо исходя из контекста отношений сторон, в противном случае нельзя считать, что воля сторон на заключение договора в пользу третьего лица согласована. Если наименование третьего лица не указано в самом договоре, стороны могут предусмотреть порядок определения третьего лица в последующем, или же порядок установления третьего лица может определяться на основании предшествующих отношений сторон.

Например, указание в договоре на то, что третьим лицом является сын кредитора, будет недостаточно для определения третьего лица, если у кредитора несколько сыновей (при этом возможно представить себе договор в пользу любого из сыновей, который первым пожелает воспользоваться правом требования по такому договору). Если в договоре арендодателя с подрядчиком указано, что ремонтные работы осуществляются в пользу того арендатора, который будет занимать соответствующее ремонтируемое помещение на момент выполнения работы, следует исходить из того, что стороны предусмотрели достаточно ясный механизм определения третьего лица.

1.11. Норма п. 1 ст. 430 ГК РФ не регулирует вопрос, должно ли третье лицо существовать к моменту заключения договора в пользу третьего лица, ведь теоретически возможны сделки в пользу не родившихся детей или не зарегистрированных компаний. Вместе с тем думается, что соглашения в пользу третьего лица, которое к моменту заключения договора не существует, должны допускаться. Этому подходу придерживаются международные акты унификации частного права (ст. II.-9:302 Модельных правил европейского частного права). При этом рождение физического лица или создание компании можно квалифицировать как отлагательное условие такой сделки.

1.12. Необходимо отличать действие договора в пользу третьего лица от рефлексивного действия права. В отличие от договора в пользу третьего лица при рефлексивном действии права распространение эффекта договора на третьих лиц не является целью контрагентов. Рефлексивное действие может стать следствием фактических

или правовых отношений и не находится в причинно-следственной связи с волей сторон. Так, например, не будет договором в пользу третьего лица соглашение заказчика и подрядчика на озеленение общественной территории, несмотря на то что его исполнение может также принести пользу третьим лицам. Соответственно, третьи лица в такой ситуации не имеют обязательственных требований к подрядчику, хотя и извлекают некоторую пользу из факта исполнения такого договора.

2. Пункт 2 ст. 430 ГК РФ содержит диспозитивную норму, которая устанавливает, что с момента выражения третьим лицом своей воли вступить в права по договору, заключенному в его пользу, стороны договора лишаются права без его согласия изменять или расторгать договор. Иное может быть предусмотрено законом или самим договором.

Из этого положения можно вывести то, что по общему правилу обязательственное право требовать исполнения у третьего лица возникает с момента выражения им намерения воспользоваться своим правом должнику.

2.1. Считается, что до момента выражения согласия третье лицо является лишь потенциальным участником правоотношения. После выражения согласия на вступление в права по договору третье лицо приобретает самостоятельное право требования. При этом его намерение воспользоваться правами из договора должно приобретать обратную силу так, как если бы его согласие было выражено в момент заключения договора в его пользу. Так, при заключении договора банковского вклада в пользу третьего лица, очевидно, что третье лицо будет иметь право на начисление процентов на сумму вклада с момента заключения договора кредитором и банком, а не с момента выражения своего согласия воспользоваться правом требования.

2.2. Законодатель не предусматривает механизм уведомления третьего лица о том, что в его пользу заключен договор.

С одной стороны, разумно предположить, что по общему правилу обязанность по уведомлению третьего лица должна возлагаться на должника, поскольку норма п. 2 ст. 430 ГК РФ требует, чтобы третье лицо сообщило о своем намерении воспользоваться правом требования именно должнику. С другой стороны, на решение третьего лица о принятии права требования из договора влияют в том числе «отношения валюты» с промиссаром, а значит, и у промиссара существует интерес в уведомлении третьего лица о заключении договора в его пользу. В отсутствие единообразной судебной практики и ясного регулирования данной проблемы законом, представляется, что вопрос о том, на ком из сторон договора лежит обязанность уведомить третье лицо о заключении договора в его пользу, может решаться исходя из характера заключенного договора.

Оптимальным является разрешение этого вопроса в договоре в пользу третьего лица.

2.2. Так как в силу п. 2 ст. 430 ГК РФ с момента выражения третьим лицом своей воли воспользоваться договорным правом стороны договора (должник и промиссар) не вправе изменять или расторгать договор без согласия третьего лица, логично исходить из того, что до этого момента стороны вольны расторгнуть или изменить договор своим соглашением, не спрашивая согласия указанного в договоре третьего лица.

Международные акты унификации частного права решают эту проблему несколько по-иному. Статья 5.2.5 Принципов УНИДРУА предлагает связывать запрет

на изменение или отмену права третьего лица с моментом, когда третье лицо приняло предоставленные ему договором права или разумным образом совершило действия, полагаясь на их наличие. Статья же II:9:303 Модельных правил европейского частного права допускает такое изменение или отмену прав третьего лица только в случае, если это будет сделано прежде, чем одна из сторон договора уведомит третье лицо о том, что ему предоставлены право или иная выгода. При этом отмена или изменение прав третьего лица возможны и после этого момента, если на эту возможность указано в договоре.

2.3. Направляемое третьим лицом уведомление о своем намерении воспользоваться правом является односторонней сделкой. При этом нет причин, в силу которых такая сделка не может быть совершена конклюдентно, т.е. посредством совершения третьим лицом каких-либо действий, которые разумно и объективно могут свидетельствовать о намерении третьего лица воспользоваться правом требования.

2.4. Как уже отмечалось, третье лицо после изъявления своей воли получает право на исполнение и на такие средства правовой защиты на случай нарушения обязательства должником, как требование исполнения обязательства в натуре, взыскание убытков, неустойки или процентов годовых (т.е. приобретает набор прав, сходный с тем, что имеет обычный кредитор в обязательстве). В науке иногда возникает спор в отношении того, является ли с этого момента третье лицо полноценным кредитором в обязательстве или нет, но пока не очевидны аргументы в пользу того, чтобы статус кредитора у такого третьего лица оказывался бы каким-то усеченным.

При этом вступившее в права третье лицо и промиссар не становятся солидарными кредиторами. Промиссар в принципе кредитором в момент заключения договора не становится. Он лишь предлагает третьему лицу согласиться вступить в договорные права. В то же время промиссар может вступить в такие права, если третье лицо откажется от принятия предложенных ему прав по такому обязательству (см. комментарий к п. 4 настоящей статьи). Иначе говоря, промиссар выступает в своеобразной роли резервного кредитора.

2.5. При этом, судя по всему, нельзя считать, что промиссар такие права приобретает непосредственно из договора и только затем их уступает третьему лицу. При заключении договора в пользу третьего лица соответствующих правомочий по обязательству у промиссара нет. До момента изъявления третьим лицом своей воли вступить в права таких правомочий нет и у третьего лица. Соответственно, до этого момента обязательство находится в состоянии ожидания разрешения отлагательного условия и определения одного из двух управомоченных на получение исполнения лиц: либо третьего лица, либо промиссара в ситуации отказа третьего лица.

2.6. Однако важно, что третье лицо после выражения своего согласия воспользоваться правом требования хотя и приобретает право требовать исполнения обязательства, но не заступает на место стороны договора. Участие промиссара в договоре в пользу третьего лица не прекращается с момента выражения согласия третьим лицом на вступление в права. Вследствие этого третье лицо, вступая в права по обязательству, не заступает на место стороны договора и не приобретает преобразовательные права из договора: право на изменение договора, право на отказ от договора (если только это не предусмотрено самим договором или законом), право требовать расторжения договора по суду и т.п. Такое положение сохраняется и в том случае, если речь идет о нарушении обязательства должником, и отказ от договора (или су-

дебное расторжение) выступает наиболее разумным способом защиты. Права на изменение или на расторжение договора как права, принадлежащие стороне договора (а не стороне обязательства), по-прежнему принадлежат промиссару и должнику, однако они могут реализовать эти права (если это допускается по условиям договора или в силу закона) лишь с согласия третьего лица.

В тех случаях, когда договор между промиссаром и должником имеет синаллагматическую природу, промиссар имеет право приостановить исполнение своего встречного обязательства по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ перед должником на том основании, что он не исполнил обязательство или исполнил его ненадлежащим образом по отношению к третьему лицу.

2.7. В договоре в пользу третьего лица стороны могут предусмотреть, что право третьего лица носит отзывный характер и может быть аннулировано даже после выражения третьим лицом своего намерения воспользоваться правами по соглашению между промиссаром и должником или даже в силу одностороннего заявления одного из них. К таким условиям договора следует относиться как к условиям о праве на односторонний отказ или изменение договора и применять в отношении них те ограничения, которые содержатся в п. 2 ст. 310 ГК РФ.

2.8. Интерес представляет также вопрос о динамике обязательственного правоотношения с момента после заключения договора в пользу третьего лица. Как было выше указано, после заключения такого договора позиция кредитора, который уполномочен требовать исполнения обязательства, остается не занятой до момента вступления третьего лица в права или отказа от них. В случае вступления третьего лица в права, право требования по договору приобретает третье лицо (и в этом смысле оно становится кредитором), а в случае отказа от него – промиссар (п. 4 комментируемой статьи). При этом логично исходить из того, что в обоих случаях вступление в права носит ретроспективный характер, а соответствующее лицо было кредитором изначально, с момента заключения договора. Но что происходит с самим обязательством в период до этой кристаллизации вопроса о личности кредитора? Следует исходить из того, что обязательство существует, пусть и в пользу временно неопределенного кредитора. Соответственно, в этот период сроки исполнения обязательства текут.

Но что если до прояснения вопроса о личности кредитора сроки исполнения наступают и наступает момент, когда должник должен учинить исполнение? В такой ситуации, видимо, следует исходить из того, что должник не попадает в просрочку по причине просрочки кредитора и не несет ответственность за нарушение обязательства (п. 3 ст. 405 и ст. 406 ГК РФ). Если обязательство должника состоит в уплате денег или ценных бумаг, должник может внести их в депозит нотариуса по правилам ст. 327 ГК РФ, так как «отсутствует определенность по поводу того, кто является кредитором по обязательству». При этом даже в случае таких объектов обязательственного предоставления должник не обязан вносить их в депозит нотариуса и может не осуществлять исполнение, не страшась ответственности, так как внесение денег или ценных бумаг при просрочке кредитора в депозит нотариуса не есть обязанность должника (подробнее см. комментарий к ст. 327 ГК РФ).

3. Поскольку считается, что третье лицо приобретает свои права в том объеме, в котором они возникли бы у промиссара, и так, как если бы сам промиссар был кре-

дитором, должник вправе выдвигать против третьего лица все и любые возражения, которые он мог бы выдвинуть против промиссара. Например, должник может приостановить исполнение в пользу третьего лица в ответ на неисполнение встречного обязательства промиссара перед должником по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ и выдвинуть это право на приостановление исполнения в качестве возражения на иск третьего лица. Иное может быть предусмотрено законом и, как представляется, соглашением сторон. Аналогичное правило содержится в ст. II.-9:302 Модельных правил европейского частного права, а также в ст. 5.2.4 Принципов УНИДРУА.

3.1. Вопрос о зачете в законе прямо не решен. Не вызывает особых сомнений то, что должник вправе также заявить зачет, предъявив к зачету свои требования к третьему лицу, если последнее согласилось вступить в права по договору. Ведь кредитором должника с этого момента, по сути, является третье лицо, и необходимая для зачета встречность требований будет налично.

Возможность заявления должником зачета своих притязаний к промиссару против требования третьего лица в законе не предусмотрена и вызывает сомнения в силу нарушения одного из условий допустимости зачета – встречности требований. Нарушение встречности требований выражается в том, что с момента выражения третьим лицом своей воли вступить в права по договорному обязательству кредитором должника де-факто является третье лицо, а не промиссар.

4. Пункт 4 ст. 430 ГК РФ содержит общее правило, согласно которому промиссар вправе воспользоваться правом требования из договора (если иное не противоречит закону или договору) в случае, если третье лицо от права отказалось.

4.1. Данная норма поднимает вопрос, каким образом должен быть оформлен отказ третьего лица от права по договору. Представляется, что такой отказ следует считать односторонней сделкой с применением всех правил ГК РФ о форме сделки. Этот отказ может быть адресован обеим сторонам договора: должнику этот отказ сообщит о том, что теперь он должен осуществить исполнение промиссару, а промиссар из него узнает, что у него возникло обязательственное притязание к должнику.

4.2. Можно ли считать молчание третьего лица и воздержание от выражения своей воли вступить в права по договору отказом от права? Из буквы закона вытекает скорее отрицательный ответ, так как в силу п. 3 ст. 158 ГК РФ молчание свидетельствует о выражении воли только тогда, когда на это прямо указано в законе или договоре. Но нередко справедливость требует наделения правом, которым упорно не желает пользоваться третье лицо, самого промиссара и в ситуации, когда третье лицо прямо от своего права не отказывается, а просто бездействует в течение длительного срока. Возможно, примирить это противоречие может п. 3 ст. 1 или п. 1 ст. 10 ГК РФ, на основании которых попытка должника отвергнуть притязания промиссара может быть заблокирована в ситуации, когда указанное в договоре третье лицо бездействует и не проявляет свою волю в течение крайне длительного срока.

С тем чтобы минимизировать риск отказа промиссару в требовании из договора в такой ситуации, сторонам разумно предусмотреть решение данного вопроса в самом договоре.

4.3. Ситуацию, когда промиссар требует исполнения договора в свою пользу, следует отличать от требования промиссара исполнить договор в пользу третьего лица. В литературе нет единства мнений о допустимости иска промиссара об исполнении

договора третьему лицу, в некоторых иностранных правовых порядках такой иск допускается. Необходимость защиты интересов промиссара в данном случае может быть связана с тем, что третье лицо и промиссара связывают отношения валюты, а значит, в зависимости от исполнения обязанностей должником по договору в пользу третьего лица также может быть поставлено прекращение обязательств промиссара перед третьим лицом в рамках отношений валюты. Также при пассивном поведении третьего лица, принявшего права по договору, но не желающего самостоятельно заявлять требования к должнику в суд, может истечь исковая давность, и кредитор претерпит убытки, если договор в пользу третьего лица был возмездным. В то же время процессуальные аспекты предъявления такого иска не вполне ясны: истец в такой ситуации не будет являться взыскателем, в пользу которого осуществляется присуждение, что не вполне характерно для традиционного процесса по искам о присуждении. Кроме того, присуждение к исполнению в натуре в пользу третьего лица по иску промиссара будет навязывать получение третьим лицом исполнения помимо его воли, что не вполне соответствует общим принципам гражданского права.

Статья 431. Толкование договора

При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Если правила, содержащиеся в части первой настоящей статьи, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи, последующее поведение сторон.

Комментарий

(а) Статья 431 ГК РФ посвящена принципам толкования договора, устанавливая определенную методологию, которую суд должен применять при решении этой задачи.

Потребность в толковании договора существует всегда. Любой текст, при помощи которого некое лицо (или лица) закрепляет свою волю, требует интерпретации, т.е. процесса вычленения смысла из использованных при отражении этой воли слов и выражений. От того, как построена система такой интерпретации, насколько предсказуемо и четко она работает, во многом зависит качественное отправление правосудия по спорам, связанным с договорными отношениями. При этом наличие относительно четкой и последовательной системы правил толкования договора имеет важное значение и для сторон договора, так как позволяет им предсказать то толкование, которое придаст договору суд при возникновении спора, и соответствующим образом выстраивать и координировать свое поведение. Определенное значение эта система имеет и в плане защиты ожиданий третьих лиц,

которым могут быть тем или иным образом противопоставлены условия договора (например, при уступке, переводе долга, универсальном правопреемстве, залоге прав по договорному обязательству и т.п.).

(б) Суть закрепленной в ст. 431 ГК РФ методологии выражена в виде, на первый взгляд, ясного алгоритма в виде иерархии методов толкования. Суд вправе переходить к методу толкования, стоящему ниже в иерархии, только если он не смог определить смысл спорных условий при помощи метода, стоящего выше в этой иерархии.

Приоритетным методом толкования (своего рода «царицей» методов толкования) является уяснение смысла договора на основании буквального значения слов и выражений, использованных сторонами для фиксации своих договоренностей. Если текст договорного условия становится очевидным на основе его анализа с точки зрения правил русского (или иного) языка, на этом процесс толкования должен заканчиваться, и суд применяет условие договора в такой его интерпретации. При этом буквальное толкование означает, что суд оценивает текст договора с позиции объективного стороннего наблюдателя с учетом конвенциональной (общепринятой) семантики слов и выражений, оцениваемых в соответствующем текстуальном контексте.

Учет конвенциональной семантики означает, что суд должен определять смысл текста с опорой на устоявшийся в деловом обороте (или определенном секторе рынка) смысл соответствующих слов и выражений. Например, если в обороте принято под односторонним расторжением договора понимать односторонний внесудебный отказ от договора, то при толковании условия договора о праве одной из сторон на одностороннее расторжение суды должны учитывать сложившуюся в обороте практику словоупотребления и придавать данной фразе именно такой смысл (пусть с догматической точки зрения такое словоупотребление и не вполне корректно).

Учет текстуального контекста означает, что суд должен осознавать, что выявление смысла любого фрагмента некоего единого текста возможно только за счет помещения данного фрагмента в контекст всего текста в целом. Так, например, иногда для уяснения смысла того или иного понятия, использованного сторонами в договоре, необходимо проанализировать контекст использования данного понятия на страницах договора. При наличии в договоре глоссария суд должен определять смысл соответствующего термина с учетом смысла, раскрытого в данном глоссарии.

Если стороны под использованными в тексте словами и выражениями имели в виду нечто, что не может выявиться из буквального прочтения текста разумное третье лицо (в том числе суд) и что не соответствует общепринятому смыслу использованных слов и выражений, эти скрытые смыслы при возникновении между сторонами спора в отношении толкования соответствующего условия не имеют значения. Суд *при ясности и однозначности текста* должен опираться на буквальное его значение и не должен пытаться отступить от такого буквального смысла в угоду предположений об ином смысле, которые вкладывали в текст стороны.

У такого решения российского законодателя, сделавшего выбор в пользу примата буквального толкования, имеется ряд очевидных преимуществ.

Во-первых, это снижает издержки на разрешение споров, предоставляя судам четкий и простой алгоритм поведения при возникновении у сторон спора по поводу содержания договора. Исключение для сторон возможности апеллировать к некоему

скрытому смыслу и к тому, что текст не отражает истинную волю сторон, предотвращает множество споров. Это, пусть и достаточно грубое, решение снижает уровень судебного усмотрения при определении воли сторон. Дело в том, что, если спор возник, значит, у каждой из сторон будет свое видение того, что они имели в виду, прописывая в договоре то или иное условие. В таких условиях выявить истинный смысл крайне сложно. Кроме того, вполне возможно, что никакой общей воли у сторон в принципе не было, так как одна из сторон не читала спорное условие, не обратила на него внимание, а также в силу того, что каждая из сторон могла толковать его при заключении договора по-своему. Соответственно, предоставление судам права игнорировать буквальное значение текста во имя спекуляций в отношении возможной истинной воли сторон было бы крайне неразумным (особенно в российских условиях перегрузки судебной системы и отсутствия у многих судей собственного опыта работы в бизнес-среде, столь важного для понимания того, что участники оборота действительно могли иметь в виду). Безусловно, буквальное толкование может стоить сторонам, не позаботившимся о четком отражении своей воли в тексте договора, дорого, так как суд будет признавать договор в том виде, который воспринимается объективно, а значит, возможно, и вопреки их реальной воле. Но вероятность ошибки и признания юридической силы за текстом, который не отражает истинную волю сторон, куда меньше, чем вероятность ошибки в форме отступления от буквального текста и попытки угадать истинную волю сторон в ситуации несогласия сторон по данному вопросу. Иначе говоря, игнорирование истинной воли сторон возможно в обеих ситуациях: как в случае буквального толкования, так и при попытке отступить от буквального смысла во имя определения истинной воли сторон. И чем меньше правовая система уверена в способности судов осуществлять такие сложные реконструкции, чем более загружена судебная система, чем ниже уровень юридической этики и выше готовность сторон недобросовестно заявлять о несоответствии текста истинной воле и провоцировать споры в ситуации, в которой никакого несоответствия воли на самом деле не было, тем больше у правовой системы основания для утверждения примата буквального толкования.

Во-вторых, такое решение позволяет обеспечить большую предсказуемость и определенность в отношениях сторон, а следовательно и лучшую координацию их поведения. При примате буквального толкования сторонам намного проще предугадать, как то или иное условие будет истолковано судом, и соответствующим образом координировать свое поведение. Если бы суды могли легко отступать от буквального толкования и воспринимать аргументы одной из сторон о несоответствии текста истинной воле, с учетом российских реалий предугадать исход подобных споров было бы крайне сложно, что снижало бы способность сторон *ex ante* координировать свое поведение и провоцировало бы конфликты на стадии исполнения договора. Наконец, в-третьих, примат буквального толкования особенно важен с учетом того, что права и обязанности по договору часто должны оценивать третьи лица (например, органы государственной регистрации, осуществляющие государственную регистрацию договора; нотариус, удостоверяющий договор; лица, которым уступаются права по договору или к которым права переходят в силу закона; лица, на которых переводятся в силу универсального и сингулярного правопреемства долги; приобретатели недвижимости, к которым переходят права и обязанности арендодателя по ранее заключенным прежним собственником договорам аренды;

залогодержатели, принимающие права из договора в залог, и т.п.). Если при интерпретации текста суд должен был бы игнорировать буквальное значение слов и выражений и отдавать приоритет каким-то образом выявленным в суде субъективным намерениям конкретных контрагентов, положение таких третьих лиц становилось бы крайне уязвимым, так как они в большинстве случаев не могут проникнуть в сознание сторон, а разрешение договорных споров становилось бы крайне сложным и непредсказуемым.

Принципы толкования договора должны стимулировать стороны отражать свою волю максимально четко, а не поощрять невнимательность и двусмысленность. В этом плане приоритет буквального, опирающегося на объективное восприятие текста разумным третьим лицом толкования следует признать удачным решением.

Следует отметить, что в ряде зарубежных правопорядков более традиционным считается приоритет выявленной истинной воли сторон над буквальным значением договорного текста. Так, например, согласно ст. II.-8:101 Модельных правил европейского частного права «договор должен быть истолкован в соответствии с общим намерением сторон, даже если оно отлично от буквального значения слов», и при этом «если одна из сторон имела намерение придать договору либо условию или использованному в нем выражению определенное значение, о чем во время заключения договора другая сторона знала или, как можно разумно предполагать, могла знать, договор должен толковаться в том смысле, который имела в виду первая сторона».

Подход российского ГК РФ явным образом отличается, так как провозглашает «царицей» методов толкования буквальное значение текста и допускает обращение к спекулятивной реконструкции истинных субъективных намерений сторон только в случае неясности или противоречивости текста. Это решение российского законодателя следует поддержать в силу причин, указанных выше.

(в) В то же время, хотя это и прямо не отражено в ст. 431 ГК РФ, подход, фиксирующий приоритет буквального толкования, следует все-таки несколько смягчить. Суд должен иметь право отступить от описанной иерархии и перейти к иным методам толкования, находящимся ниже в иерархии, даже тогда, когда на основе буквального толкования смысл условия вполне определен, но при этом носит очевидно абсурдный характер (принцип абсурдности). Если буквальный смысл договора делает волю сторон абсурдной, и абсолютно очевидно, что участники оборота не могли этого иметь в виду, суд вправе проигнорировать буквальный смысл текста. Такую уступку субъективному методу можно допустить, так как в ситуации «абсурдности» при применении буквального подхода вероятность ошибки и юридического признания того, что стороны на самом деле не имели в виду, приближается к 100%.

Классический пример использования судами такого исключения из указанной в ст. 431 ГК РФ иерархии см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70 (если в договоре написано прямо, что по нему подлежит оплате иностранная валюта, но валютное законодательство расчеты в валюте для этих сторон запрещает, судам рекомендовано перетолковывать данное условие и считать, что стороны имели в виду закрепление в валюте лишь цены, а оплату предполагали в рублях по курсу Банка России).

Но такой прием оправдан только в случае очевидной абсурдности текста и отсутствия сомнений в том, что стороны не могли иметь в виду то, что буквально отражено в тексте спорного условия. В случае если выявленное на основе буквального толкования содержание условия просто не очень разумно или справедливо, суд не вправе подменять четкое волеизъявление на спекулятивные реконструкции истинной воли.

(г) Тем не менее часто буквальный метод толкования при всех его преимуществах не может быть реализован. Во-первых, нередко буквальное толкование не срабатывает из-за объективной неясности и многозначности текста соответствующего условия (проблема неясности условий). Во-вторых, в силу того что договор представляет собой целый набор условий, возникает риск их несогласованности и внутренней противоречивости текста (проблема противоречивости условий). При возникновении таких ситуаций, когда буквальное толкование не позволяет определить смысл договорных условий, суд в силу ст. 431 ГК РФ имеет право перейти к следующему по иерархии методу толкования, который можно условно обозначить как системное толкование. Согласно вполне разумному положению ст. II.-8:105 Модельных правил европейского частного права условия «толкуются в свете договора как единого целого». Аналогичное правило содержится в ст. 4.4 Принципов УНИДРУА.

Суть этого метода состоит в уяснении смысла спорного условия в системном единстве с другими условиями договора и его природой в целом. Здесь суд вступает на почву догадок. Он пытается реконструировать наиболее вероятную волю сторон, но при этом оставаясь как бы внутри конкретного договора, не прибегая к оценкам внешних по отношению к тексту договора источников информации. Суд оценивает спорные (неясные или противоречивые) условия с позиции разумного стороннего наблюдателя и пытается определить тот смысл, который такое разумное лицо вывело бы из анализа всего договора в целом и его природы.

Например, если стороны предусмотрели в договоре неустойку за реализацию арендодателем предоставленного ему договором права на немотивированный отказ от договора аренды, суд сталкивается с явным противоречием. С одной стороны, стороны указали на неустойку, т.е. санкцию за неисполнение обязательства. С другой стороны, они предоставили арендодателю право на отказ от договора, реализация которого никак нарушением договора быть признана не может. Иначе говоря, условия договора оказываются противоречивыми. В такой ситуации суд, оценивая эти условия договора о неустойке и о праве на отказ от договора в совокупности, может прийти к выводу о том, что на самом деле стороны, вероятнее всего, имели в виду, что арендодатель действительно управомочен на отказ, а под неустойкой за реализацию такого права стороны подразумевали плату за осуществление одностороннего отказа от исполнения договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ). Именно к такому толкованию этих противоречивых положений договора, скорее всего, пришло бы разумное третье лицо, изучающее текст договора. Соответственно, именно такое толкование и было дано аналогичному спорному условию договора аренды в Определении КЭС ВС РФ от 3 ноября 2015 г. № 305-ЭС15-6784.

Логичный прием системного толкования закреплен в ст. 4.5 Принципов УНИДРУА: «Условия договора должны толковаться таким образом, чтобы всем им

было придано значение, а не лишены силы какие-либо из них». Его, видимо, не следует абсолютизировать, так как в некоторых ситуациях прямого и непримиримого конфликта двух условий договора нередко не остается ничего иного, как выбрать одно из условий и просто игнорировать другое. Но в целом стремиться к тому, чтобы в результате толкования текст договора выглядел системно согласованным, а соответствующим спорным фразам договора подыскивался какой-то смысл, видимо, вполне разумно. Суд должен исходить из презумпции «неслучайности» появления в тексте той или иной фразы.

(д) Если и этот метод не приносит успеха, суд вправе перейти к следующему по иерархии методу, который можно условно обозначить как субъективное толкование. Таким методом является реконструкция истинной воли сторон конкретного договора с опорой на анализ всех возможных обстоятельств, в том числе внешних по отношению к тексту договора источников информации (обычаев оборота, преддоговорной переписки и переговоров, сложившейся практики взаимоотношений сторон, последующего поведения сторон и т.п.). Все эти обстоятельства, оцениваемые с учетом целей конкретного договора, могут позволить суду реконструировать наиболее вероятную истинную волю сторон.

Например, если одно условие допускает двоякое толкование или в договоре содержатся два противоречивых условия, и при этом одно из двух толкований или одно из двух конфликтующих условий является незаконным, суд должен выбрать то толкование или отдать приоритет тому из конфликтующих условий, которые исключают трение с законом. Этот прием толкования принято называть *favor contractus*, он хорошо известен зарубежному праву (ст. II.-8:106 Модельных правил европейского частного права) и активно применяется в российской судебной практике (постановления Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2011 г. № 13970/10 и от 5 ноября 2013 г. № 9457/13). Логика такого приема вполне очевидна. Трудно предположить, что разумные контрагенты могли иметь в виду заключение незаконного договора. Соответственно, реконструируя смысл спорного условия на основе таких субъективных предположений, легко прийти к правильному толкованию, которое с наибольшей вероятностью соответствует истинной воле сторон.

Другой прием реконструкции истинной воли сторон отражен в ст. II.-8:107 Модельных правил европейского частного права: «В случае если текст договора составлен на двух и более языках и не указано, какой из вариантов имеет преимущество, при несоответствии между ними предпочтение отдается толкованию, основанному на том варианте, на языке которого договор был составлен изначально». Аналогичное правило содержится и в ст. 4.7 Принципов УНИДРУА. Очевидно, что истинная воля сторон будет соответствовать тому тексту, который отражен в исходном тексте проекта договора, куда чаще, чем производному тексту, полученному в результате перевода.

Еще один прием, который может использовать суд при реконструкции истинной воли сторон, состоит в том, что при наличии противоречий между отдельными условиями договора, одно из которых закреплено в стандартной проформе, а другое в виде индивидуально согласованного условия, эту проформу дополняющего, предпочтение отдается последнему (ст. II.-8:104 Модельных правил европейского частного права, ст. 2.1.21 Принципов УНИДРУА).

(е) Несмотря на применение всех указанных в ст. 431 ГК РФ методов толкования, в ряде случаев неясность или противоречивость текста договора оказывается не устраненной. В такой ситуации суд вправе прибегнуть к толкованию *contra proferentem*. По сути, это не столько метод толкования (т.е. способ уяснения смысла текста), сколько карательный механизм устранения неясности (противоречий). Суть данного метода состоит в том, что суд выбирает то из нескольких толкований неясного условия или отдает предпочтение тому из противоречащих друг другу условий, которые в большей степени отвечают интересам стороны, принявшей предложенной другой стороной текст таких условий. Иначе говоря, спорное условие толкуется против стороны, разработавшей проект или предложившей спорное условие, и в пользу контрагента такой стороны. Данный метод справедливо карает виновника неясности или противоречий в тексте и стимулирует ту сторону, которая отвечает за разработку проекта договора или конкретного условия, выражаться яснее и не допускать внутренних противоречий в тексте.

Если установить авторство спорного условия затруднительно, презюмируется, если не доказано иное, что автором текста является сторона, выступающая в качестве профессионала в соответствующей сфере, в которой заключен договор (страховщик – по договору страхования, банк – по договору кредита, лизингодатель – по договору лизинга и т.п.). В подавляющем числе случаев именно эта сторона и составляла проект договора. Обратное может быть доказано такой стороной.

Этот метод толкования недавно стал активно применяться в судебной практике. См.: п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, постановления Президиума ВАС РФ от 2 октября 2012 г. № 6040/12 и от 10 июня 2014 г. № 2504/14, определения КЭС ВС РФ от 20 мая 2015 г. № 307-ЭС14-4641 и от 22 июня 2015 г. № 305-ЭС15-2155.

При этом важно обратить внимание на то, что использование принципа *contra proferentem* допускается только тогда, когда стандартные методы толкования, указанные в ст. 431 ГК РФ, не привели к определению смысла спорного условия. Суды не должны торопиться применять этот карательный механизм при буквальной неясности или противоречивости текста, не прибегнув предварительно к системному, а затем и субъективному толкованию.

(ж) От толкования договора следует отличать восполнение пробелов в договоре. Стороны не в состоянии согласовать в договоре условия на все возможные случаи. При этом далеко не всегда положения в отношении вопросов, которые могут возникнуть в рамках исполнения договора, могут быть найдены в законах, иных правовых актах или устоявшихся обычаях. В такого рода случаях ГК РФ предписывает судам восполнять пробелы в договоре за счет применения аналогии закона, а при невозможности отыскания подходящей для применения по аналогии нормы закона – за счет применения аналогии права (общих начал и смысла гражданского права), а также принципов разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ). Последнее означает, что суд вправе восполнить пробел договора путем применения к отношениям сторон правила, которое сам суд ретроспективно формирует с учетом характера договора, обстоятельств дела, вероятных намерений сторон (пусть и не отраженных в тексте договора), сложившейся практики их взаимоотношений, соображений честной деловой практики и добросовестности, разумности и справед-

ливости. По сути, к аналогичному результату приводит и применение положений п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ, устанавливающих общий принцип добросовестности при осуществлении прав и исполнении обязанностей.

При этом суд вправе исполнить договор и тогда, когда разрешение спора без учета этого условия возможно, но будет приводить к нарушению принципов добросовестности, разумности и справедливости. В качестве примера можно привести следующую ситуацию. Российское право в отличие от многих правовых систем и актов унификации договорного права (ст. 5.1.8 Принципов УНИДРУА) не предусматривает правила о том, что при заключении договора на неопределенный срок каждая из сторон вправе отказаться от договора, предварительно предупредив другую в разумный срок. Достаточно очевидно, что это же правило может и даже должно быть выведено российскими судами на основе применения общих начал гражданского права, принципов разумности, справедливости и добросовестности и применено в рамках разрешения конкретного спора. Аналогичная ситуация имеет место и, например, тогда, когда суд выводит из принципа добросовестности необходимость поставки товара не в ночное, а в рабочее время, обязательность уведомления кредитора о наступлении обстоятельств непреодолимой силы, некий разумный срок на реализацию права на отказ от договора после вскрытия ненадлежащего характера предоставленного исполнения и т.п.

Безусловно, граница между толкованием договора и исполнением пробелов в нем очень тонкая и зачастую не осознается судами и юристами. Так, в целом ряде стран исполнение договора рассматривается как метод толкования (так называемое «восполняющее толкование»). В то же время разницу между этими правовыми феноменами игнорировать вовсе, видимо, не стоит.

Международные акты унификации договорного права также разделяют толкование договора и исполнение пробелов в нем. Так, согласно ст. 4.8 Принципов УНИДРУА «если стороны договора не согласовали условие, являющееся важным для определения их прав и обязанностей, то договор исполняется условием, представляющимся соответствующим при данных обстоятельствах»; при этом суды должны «помимо прочих факторов» принять во внимание намерение сторон, характер и цель договора, требования добросовестности и честной деловой практики, а также разумность. Примерно аналогичные правила содержатся и в ст. 5.1.2 Принципов УНИДРУА, согласно которой те же самые факторы могут предопределять выведение судом подразумеваемых обязанностей, не зафиксированных прямо в договоре.

Аналогичным образом допускает исполнение судом пробелов договора и выведение непрописанных в договоре правил и ст. II.-9:101 Модельных правил европейского частного права. При этом здесь оговаривается, что выводимые судом правила «должны, если это возможно, быть такими, чтобы создавать последствия, с которыми стороны, предусмотрели они условие в договоре, вероятно, согласились бы», а также то, что суд не вправе исполнять пробел, «если стороны намеренно оставили вопрос неразрешенным, принимая последствия такого решения».

(з) Очень спорным и малоизученным в российском праве является вопрос о том, действует ли принцип свободы договора в отношении правил толкования договора и исполнения пробелов в нем. Могут ли стороны предусмотреть в договоре конкретные правила толкования (исполнения пробелов), отличные от тех, которые

вытекают из положений закона? Ни ст. 6 ГК РФ, ни ст. 431 ГК РФ не содержат оговорки о праве сторон согласовать иное. Сложность вопроса состоит в том, что, формально говоря, положения ст. 431 ГК РФ (равно как и положения ст. 6 ГК РФ о восполнении пробелов в договоре) адресованы судам, т.е. регулируют порядок разрешения споров, а не определяют права и обязанности сторон договора. Соответственно, положения п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, из которых вытекает опровержимая презумпция диспозитивности норм договорного права (даже тех, в которых нет оговорки о праве сторон согласовать иное), к данным нормам ст. 6 и 431 ГК РФ напрямую неприменимы, так как согласно этим разъяснениям ВАС РФ презумпция диспозитивности применяется в отношении норм, определяющих права и обязанности сторон договора.

Следует ли из этого, что стороны в принципе не могут для своего договора установить какие-то особенности толкования или восполнения пробелов? Представляется, что торопиться с таким жестким выводом не следует. Некоторые варианты договорного регулирования вопросов толкования и восполнения договора выглядят вполне приемлемо. Так, например, в практике заключения внешнеэкономических договоров, текст которых часто составлен одновременно на двух языках, часто встречается условие о том, какой из текстов имеет приоритет при возникновении смысловых разночтений. Нет особых оснований блокировать такие условия договора. Признают законность таких условий и Модельные правила европейского частного права (ст. II.-8:107).

Другой пример представляет собой распространенная в практике интеграционная оговорка (*integration clause* или *merger clause*), которой является условие договора о том, что текст договора-документа исчерпывающим образом включает в себя все условия договора, а любые предшествовавшие заявления, переписка, обещания и договоренности сторон, которые не отражены в указанном договоре, «теряют свою силу» и не могут быть использованы для целей восполнения воли сторон или толкования договора. Законность такой оговорки в части блокирования использования соответствующих источников восполнения пробелов признают Модельные правила европейского частного права (ст. II.-4:104). Видимо, есть основания признавать такую возможность и в контексте российского права.

Несколько более спорной является возможность заблокировать использование предшествующей заключению договора переписки, сложившейся практики и реального поведения сторон после заключения договора в целях толкования спорных условий договора (т.е. заблокировать применение метода толкования, прямо предусмотренного в ст. 431 ГК РФ). Модельные правила европейского частного права в ст. II.-4:104 допускают такую возможность только для случаев, когда такое условие индивидуально согласовано и не является частью стандартной проформы договора.

Еще более спорной представляется попытка сторон установить условие о том, что при толковании конкретного договора приоритет должен отдаваться не буквальному смыслу слов и выражений, а истинной воле сторон, и, соответственно, при конфликте текста и доказанных намерений приоритет будут иметь последние. У нас имеются сомнения в том, что такого рода проявление свободы договора может быть допущено. Такое условие грубо вторгается в установленный законом порядок толкования и при этом кардинально меняет задачи суда, перекладывая на него бремя спекулятивных реконструкций субъективных намерений сторон, в то

время как закон попытался эту нагрузку с судов снять за счет установления примата буквального толкования.

При этом абсолютно никаких сомнений не вызывает то, что стороны не могут своим договором исключить применение принципа толкования *contra proferentem*, как минимум, если речь идет о попытке установить такое условие в стандартной проформе договора присоединения или договоре, текст которого составляет сильная сторона договора. Иначе весь стимулирующий эффект этого института улетучивался бы, так как сильные контрагенты в своих стандартных проформах просто поголовно исключали бы его применение.

Как мы видим, вопрос о пределах свободы договора в вопросах толкования договора крайне интересен и требует серьезной проработки в контексте российского права.

Статья 431¹. Недействительность договора

1. Положения настоящего Кодекса о недействительности сделок (параграф 2 главы 9) применяются к договорам, если иное не установлено правилами об отдельных видах договоров и настоящей статьей.

2. Сторона, которая приняла от контрагента исполнение по договору, связанному с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, и при этом полностью или частично не исполнила свое обязательство, не вправе требовать признания договора недействительным, за исключением случаев признания договора недействительным по основаниям, предусмотренным статьями 173, 178 и 179 настоящего Кодекса, а также если предоставленное другой стороной исполнение связано с заведомо недобросовестными действиями этой стороны.

3. В случае признания недействительным по требованию одной из сторон договора, который является оспоримой сделкой и исполнение которого связано с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, общие последствия недействительности сделки (статья 167) применяются, если иные последствия недействительности договора не предусмотрены соглашением сторон, заключенным после признания договора недействительным и не затрагивающим интересов третьих лиц, а также не нарушающим публичных интересов.

Комментарий

1. Пункт 1 комментируемой статьи напоминает о действии принципа *lex specialis derogat generali* и, по сути, дублирует положение п. 2 ст. 420 ГК РФ, согласно которому все правила о сделках, содержащиеся в гл. 9 ГК РФ (а значит и правила о недействительности сделок), применяются к договорам, если иное не следует из ГК РФ. Комментируемая же норма указывает на то, что общие правила о недействительности сделок применяются к договорам, если иное не следует из положений п. 2–3 данной статьи и законодательных норм об отдельных видах договоров. В целом, как представляется, ничего нового норма п. 1 данной статьи в право не привносит, разве что подчеркивает возможность отступления от общих норм о недействительности сделок не только на уровне специальных норм об отдельных видах договора,

закрепленных в ГК РФ, но и на уровне специальных норм, содержащихся в иных законодательных актах (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 420 ГК РФ).

2. Положение п. 2 комментируемой статьи вызывает массу вопросов. Эта появившаяся в ГК РФ 1 июня 2015 г. норма устанавливает, что, если сторона приняла исполнение от другой стороны и, не желая осуществлять свое встречное исполнение в целом или в части, пытается оспорить договор, ей должно быть отказано в иске об оспаривании договора. У нас нет сомнений в том, что в целом ряде случаев такое поведение лица, получившего исполнение и оспаривающего договор, недобросовестно и носит непоследовательный и противоречивый характер. В нашем праве пока не вполне прояснено, является ли эта утрата права на оспаривание результатом применения доктрины эстоппель (запрета на противоречивое и непоследовательное поведение, *venire contra factum proprium*) как частного случая запрета на злоупотребление правом, либо право на оспаривание в такой ситуации утрачивается в связи с совершением односторонней сделки ратификации оспоримой сделки и с принципом добросовестности блокирование права на оспаривание не связано. Ни та, ни другая доктрины в российском праве не разработаны сами по себе, что затрудняет прояснение и указанного вопроса о квалификации указанной нормы.

Как бы то ни было, сама идея блокирования права на оспаривание оспоримой сделки в случае ее ратификации представляется разумной. Проблема заключается в том, что запрет на оспаривание после ратификации оспоримой сделки с 2013 г. установлен в п. 2 ст. 166 ГК РФ («Сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли»). Это закрепленное в п. 2 ст. 166 ГК РФ положение соответствует общепринятому в европейском праве подходу, согласно которому оспаривание сделки (в том числе договора) блокируется, если, после того как возникли основания для оспаривания и начал течь срок давности на оспаривание, управомоченная на оспаривание сторона, которая знала или должна была знать об основаниях оспаривания, прямо или косвенно подтверждает (ратифицирует) действительность сделки (ст. 3.2.9 Принципов УНИДРУА, ст. II.-7:211 Модельных правил европейского частного права).

Пункт 2 ст. 431¹ ГК РФ зачем-то выделяет лишь один частный случай общего правила об утрате права на оспаривание договора после ратификации. В чем логика такого шага? Думается, что положение п. 2 ст. 431¹ ГК РФ никак не может заблокировать применение той же идеи ратификации в том широком виде, в каком она прописана в п. 2 ст. 166 ГК РФ, т.е. в отношении других форм ратификации, прямо не предусмотренных в п. 2 ст. 431¹ ГК РФ. Например, если ратификация происходила не в форме принятия исполнения от контрагента, а в форме осуществления собственного полного или частичного исполнения или в форме той или иной переписки, подтверждающей признание договора действующим, такая ратификация влечет утрату права на оспаривание по правилам п. 2 ст. 166 ГК РФ. Толкование нормы п. 2 ст. 431¹ ГК РФ как исключяющей в принципе применение более общей нормы п. 2 ст. 166 ГК РФ и блокирующей возможность ратификации оспоримого договора иными способами, нежели принятие исполнения, выглядит со всей очевидностью абсурдным. Но тогда как же следует толковать положение п. 2 ст. 431¹ ГК РФ?

2.1. Возможно, смысл нового положения п. 2 ст. 431¹ ГК РФ состоит в том, чтобы просто конкретизировать действие общего правила о ратификации оспоримой сделки, указав на одну из типичных ситуаций его применения (недобросовестное оспаривание договора ответчиком, получившим исполнение от другой стороны без каких-либо возражений, с целью избежать ответственности за его неисполнение). Если так, то следует отметить, что законодатель посчитал нужным не просто привести в нормах о договорах один из частных случаев применения общей нормы о сделках, а установить целый ряд специальных условий применения этого общего правила, которые отсутствуют в общем правиле и отдельные из которых достаточно сомнительны.

2.2. Необходимо начать со следующего: п. 2 ст. 431¹ ГК РФ говорит о том, что оспаривание договора блокируется в описанной в этой норме ситуации только тогда, когда договор связан с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности. Не вполне понятно, почему то же ограничение на оспаривание не может применяться тогда, когда договор заключен между предпринимателем и непредпринимателем, и при этом договор пытается оспорить именно предприниматель. Соответственно, оправдана такая телеологическая интерпретация комментируемой нормы, при которой она будет касаться только случаев оспаривания договора предпринимателем, независимо от того, с кем такой договор заключен.

Но разумно ли, что закон позволяет себя вести непоследовательно (заключать договор, принимать исполнение по нему от контрагента без возражений, а потом оспаривать договор из-за нежелания осуществлять свое встречное исполнение) непредпринимателю? Такого ограничения общего правила о ратификации при оспаривании п. 2 ст. 166 ГК РФ не содержит. В итоге получается, что если ратификация оспоримого договора происходит в форме добровольного принятия исполнения, то блокирование права на оспаривание в силу п. 2 ст. 431¹ ГК РФ происходит, только если договор оспаривает предприниматель; если же ратификация происходит в форме осуществления своего полного или частичного исполнения, подписания тех или иных дополнительных соглашений к спорному договору или иным образом, то блокирование права на оспаривание в силу п. 2 ст. 166 ГК РФ происходит, независимо от статуса сторон договора.

В принципе, при желании найти определенные аргументы в пользу такой дифференциации можно. Возможно, законодатель решил дифференцированно отнестись к различным формам ратификации, посчитав ратификацию в форме принятия исполнения наименее сильной и очевидной и решив, что такая слабая форма ратификации недостаточна, чтобы заблокировать право оспаривания договора непредпринимателя. И действительно, в ситуации, когда сторона договора исполняет свои обязательства по договору или иным образом эксплицитно манифестирует свою волю считать договор действующим, не возникает никаких сомнений в воле этой стороны ратифицировать договор и отказаться от своего права оспаривания. В то же время в ситуации принятия исполнения могут в ряде случаев иметься определенные сомнения в воле лица отказаться от своего права оспаривания (например, родственник стороны оспоримого договора, осуществляя полномочия в силу обстановки, мог принять пришедший товар, не разобравшись в вопросе о действительности договора). Иначе говоря, возможно, законодатель исходил из того, что для ратификации договоров непредпринимателем требуется более однозначное и недвусмысленное

поведение стороны (например, исполнение собственных обязательств по договору); молчаливого же принятия исполнения еще недостаточно, чтобы можно было констатировать ратификацию и блокировать право оспаривания.

Вопрос о том, насколько разумно поступил законодатель, положив в основу такой дифференциации правил о ратификации в зависимости от формы ратификации вышеуказанную логику, требует дополнительного анализа.

2.3. В п. 2 ст. 431¹ ГК РФ в отличие от общего правила п. 2 ст. 166 ГК РФ указывается на то, что блокирование права на оспаривание при ратификации в форме принятия исполнения не работает, если речь идет о таких составах недействительности, как совершение сделки юридическим лицом в противоречие с целями его деятельности (ст. 173 ГК РФ), заблуждение (ст. 178 ГК РФ), а также обман, насилие, угроза или кабальность (ст. 179 ГК РФ). Соответственно, тут возникает множество проблем с системным толкованием данных норм.

Первый вариант интерпретации таков: при недействительности сделки по основаниям, указанным в ст. 173, 178 и 179 ГК РФ, правило о ратификации в принципе не работает, независимо от формы ратификации. Его следует сходу отменить. Абсолютно непонятно, почему это правило не может применяться, например, в ситуации, когда лицо, впоследствии узнав о своем заблуждении, имевшем место при заключении договора, подтверждает действие договора, осуществляя свое исполнение, подписывая акт сверки или ратифицируя договор иным недвусмысленным образом.

Второй вариант интерпретации: при ратификации оспоримого договора посредством принятия исполнения эффект блокирования права на оспаривание договора по указанным составам недействительности все равно будет иметь место. Он будет опираться не на п. 2 ст. 431¹ ГК РФ, а на п. 2 ст. 166 ГК РФ. Такая интерпретация также должна быть отвергнута по догматическим соображениям, так как со всей очевидностью будет иметь характер *contra legem* (т.е. идти против буквы закона) и нарушать принцип *lex specialis derogat generali*.

Третий вариант интерпретации: если речь идет об указанных составах недействительности, ратификация оспоримого договора в форме принятия исполнения в силу специальной оговорки в п. 2 ст. 431¹ ГК РФ не блокирует право на оспаривание, в то время как иная форма ратификации оспоримого договора блокирует право на оспаривание и по таким составам недействительности в силу общего правила п. 2 ст. 166 ГК РФ. Иначе говоря, при такой интерпретации последовательно проводится в жизнь принцип *lex specialis*.

Применительно к этому варианту интерпретации могут быть высказаны сомнения в логичности исключения применения правила о ратификации в отношении как минимум ряда из указанных составов недействительности. Если, например, сторона заключала договор в состоянии заблуждения (ст. 178 ГК РФ) или столкнулась с тем, что другая сторона не раскрыла ей ту или иную информацию, раскрытие которой требовалось согласно принципу добросовестности (п. 2 ст. 179 ГК РФ), осознала наличие этих пороков воли и уже после этого ратифицировала договор, без оговорок добровольно приняв исполнение, а потом пытается оспорить договор, ее поведение непоследовательно в не меньшей мере, чем если бы она ратифицировала договор иным образом (например, исполнив свое встречное обязательство по договору).

В то же время можно допустить и иную логику рассуждений. Возможно, законодатель решил (так же как и в случае с вопросом, указанным в п. 2.2 комментария

к настоящей статье) дифференцированно отнестись к различным формам ратификации, посчитав ратификацию в форме принятия исполнения менее «сильной» и очевидной и решив, что такая слабая форма ратификации недостаточна, чтобы заблокировать право оспаривания договора по столь серьезным основаниям, как заблуждение, обман, насилие и т.п. Иначе говоря, возможно, законодатель исходил из того, что для ратификации договоров, подпадающих под указанные специальные составы недействительности, требуется более однозначное и недвусмысленное поведение стороны (например, исполнение собственных обязательств по договору), а самого молчаливого принятия исполнения еще не достаточно, чтобы по указанным серьезным составам недействительности можно было констатировать ратификацию и заблокировать право оспаривания.

Как бы то ни было в заданных условиях, *de lege lata*, независимо от того, обосновано ли проведение такой дифференциации действия правила о ратификации в зависимости от формы ратификации, разумнее придерживаться именно этой, третьей модели интерпретации данной нормы.

2.4. Ратификация договора (в том числе в форме принятия исполнения по такому договору) влечет блокирование права на оспаривание договора только тогда, когда поведение стороны эксплицитно или имплицитно манифестирует волю стороны подтвердить действие договора и отказаться от его оспаривания. Из этого следует несколько важных выводов.

Во-первых, такая ратификация отсутствует, если соответствующее волеизъявление лица поражено пороком воли. Например, если принятие исполнения осуществлялось под давлением угроз или насилия, принятие исполнения не будет блокировать право на оспаривание договора. В связи с этим следует отметить, что согласно п. 2 ст. 431¹ ГК РФ, если принятое исполнение связано с заведомо недобросовестными действиями стороны, предоставившей исполнение, утрата права на оспаривание в связи с принятием исполнения не происходит. Видимо, речь здесь идет о ситуациях, когда сторона каким-то злонамеренным образом предоставила исполнение и добилась его принятия другой стороной, чтобы лишиться последнюю права на последующее оспаривание договора. Этого ограничения нет в общей норме п. 2 ст. 166 ГК РФ, но оно может быть выведено из общих принципов права в отношении любых форм ратификации.

Во-вторых, право на оспаривание договора блокируется только тогда, когда ратификация (в том числе в форме принятия исполнения) происходила после того, как лицо узнало или должно было узнать о наличии оснований для оспаривания, а в случаях с пороками воли — исчезли те обстоятельства, которые исказили волю на момент заключения договора. Например, если договор был заключен под влиянием заблуждения и на момент принятия исполнения заблуждение не было идентифицировано и не могло быть идентифицировано заблуждавшимся лицом, принятие исполнения не блокирует право оспаривания договора. Та же ситуация и со случаем обмана. Если договор заключался под влиянием насилия или угроз и это давление сохранялось и к моменту принятия исполнения, право оспаривания также не блокируется самим фактом принятия исполнения. Наконец, если договор носил характер кабальной сделки и стечение тяжелых обстоятельств продолжалось к моменту принятия исполнения, право на оспаривание также не блокируется одним лишь фактом принятия. Эти выводы в равной степени актуальны и в отношении иных форм ратификации.

В-третьих, не всегда оспаривание договора после принятия исполнения от другой стороны является непоследовательным и противоречивым поведением, а такое принятие исполнения – ратификацией, лишаящей права на оспаривание. Дело в том, что во многих случаях принятие исполнения происходит независимо от изъявления воли соответствующей стороны в момент принятия исполнения. Например, безналичные средства зачисляются на счет кредитора помимо его воли. В подобных случаях сам факт принятия исполнения не может запускать в действие правило об утрате права на оспаривание после ратификации, будь то по п. 2 ст. 431¹ ГК РФ или по п. 2 ст. 166 ГК РФ. Следует распространять п. 2 ст. 431¹ ГК РФ (равно как и аналогичную общую норму в п. 2 ст. 166 ГК РФ) только на те ситуации, когда соответствующая ратификация в той или иной форме носит осознанный и волевой характер.

2.5. Формулировка п. 2 ст. 431¹ ГК РФ говорит явным образом об утрате права на оспаривание договора, принадлежащего его стороне. Соответственно, принятие стороной исполнения не может блокировать право на оспаривание договора третьими лицами (например акционерами соответствующей стороны). Но тут возникает известная проблема в отношении косвенных исков об оспаривании сделки по ст. 174 ГК РФ, а также по правилам о крупных сделках и сделках с заинтересованностью, подаваемых участниками корпорации. Формально говоря, косвенные иски об оспаривании сделки подаются акционерами (участниками) также от имени общества (п. 1 ст. 65² ГК РФ), но распространение правила о ратификации и на ситуацию оспаривания сделки участниками корпорации выглядело бы абсолютно нелогичным, так как де-факто блокировало бы защиту прав участников от злоупотреблений руководителей корпорации. В принципе, те же выводы применимы и в отношении оспаривания сделок по указанным основаниям членами совета директоров (п. 4 ст. 65³ ГК РФ). Поэтому, например, если единоличный исполнительный орган общества совершил не согласованную с соответствующими органами управления своего общества сделку с заинтересованностью, а затем принял исполнение по ней, предоставленное другой стороной, то это не ограничивает право на оспаривание такой сделки от имени общества участниками корпорации или членами совета директоров.

Более спорный вопрос возникает тогда, когда иск об оспаривании сделки от имени общества подает новый директор, выявивший злоупотребления прежнего руководства, но такой иск наталкивается на возражение другой стороны сделки о том, что прежнее руководство истца не только подписало такую сделку, но и приняло исполнение по ней. Возможно, положения как комментируемой статьи, так и п. 2 ст. 166 ГК РФ о последствиях ратификации оспоримой сделки в принципе не должны распространяться на случаи оспаривания сделок по корпоративным основаниям, связанным со злоупотреблениями руководства общества, если соответствующая ратификация была произведена в период, когда обществом продолжало руководить то же лицо, которое и заключило спорный договор. И здесь не важно, кто формально подает иск от имени общества: новое руководство, акционеры (участники) или члены совета директоров. Единственным исключением, возможно, следует признать ситуацию, когда такой иск подается тем же самым директором, чье злоупотребление и является основанием для оспаривания сделки.

2.6. Отдельная проблема возникает в случае, когда речь идет об оспоримости не всего договора в целом, а отдельных его условий (ст. 180 ГК РФ). Подобная ситу-

ация может возникать в свете неудачной редакции ст. 168 ГК РФ, согласно которой противоречие сделки закону по общему правилу влечет оспоримость такой сделки. В большинстве случаев противоречат закону не договор в целом, а отдельные его условия. В такой ситуации очевидно, что принятие исполнения по договору не может оцениваться как ратификация действительности спорных условий и влечь утрату права на их оспаривание, если только поведение соответствующего управомоченного на оспаривание договора по принятию исполнения не свидетельствует об одобрении именно тех условий, оспаривание которых стоит на повестке. В принципе, то же касается и иных форм ратификации (например осуществления собственного исполнения) по п. 2 ст. 166 ГК РФ. Если соответствующее поведение контрагента подтверждает действительность договора, но само по себе не свидетельствует о подтверждении действительности непосредственно оспоримых условий договора, то такое поведение не блокирует право на оспаривание таких условий.

2.7. В принципе, мы считаем ошибочным появление в ГК РФ п. 2 ст. 431¹ ГК РФ при наличии п. 2 ст. 166 ГК РФ. Ряд особенностей п. 2 ст. 431¹ ГК РФ либо вовсе не оправдан, либо в равной степени может применяться и ко многим односторонним сделкам, и к ратификации сделки (договора) не посредством принятия исполнения, а иным путем. Иначе говоря, нюансы в применении правила о ратификации при оспаривании договора следовало бы учесть в рамках редакции п. 2 ст. 166 ГК РФ либо проработать на уровне судебной практики путем толкования этой общей нормы с учетом конкретных обстоятельств и применения принципа добросовестности.

3. Пункт 3 допускает заключение сторонами договора, признанного судом недействительным, соглашения об установлении иных последствий недействительности вместо тех, которые предусмотрены в общих правилах ГК РФ о недействительности сделки, если такое соглашение (а) заключено после признания сделки недействительной, (б) между сторонами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, а также (в) не затрагивает интересы третьих лиц или публичные интересы.

3.1. Следует обратить внимание на то, что закон говорит именно о ситуации признанной судом недействительной оспоримой сделки. Возможность заключения таких соглашений сторонами ничтожного договора не упоминается. Имеются определенные сомнения в том, что эту норму следует толковать от обратного и признавать априори незаконными такие соглашения и в случае с ничтожностью договоров (как минимум, по целому ряду составов такой ничтожности). Представляется, что стороны (особенно предприниматели), выяснив, что их договор по какой-то причине ничтожен, вполне могут также заключить соглашение о порядке реституции (в том числе двусторонней), если это не затрагивает публичные интересы и интересы третьих лиц.

3.2. В подавляющем числе случаев признание договора недействительным судом сопровождается вынесением решения о применении последствий недействительности сделки (а именно реституции, при необходимости двусторонней). Соответственно, в комментируемой норме речь идет о соглашении, которое стороны заключают уже после того, как суд присудил реституцию. С учетом этого, такое соглашение должно оформляться в виде мирового соглашения и утверждаться в установленном порядке судом. В частности, в таком мировом соглашении стороны могут установить

очередность осуществления возврата имущества при двусторонней реституции, договориться вовсе не осуществлять двустороннюю реституцию и оставить все «как есть», прекратить обязанность по реституции полученного по признанной недействительной сделке посредством передачи отступного (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102), новации, прощения долга или его части и т.п. С учетом того что в силу п. 3 ст. 307¹ ГК РФ к реституции по общему правилу применяются правила об обязательствах, такие проявления автономии воли вполне допустимы. При этом все подобные проявления свободы договора допустимы только в той степени, в которой это не нарушает права третьих лиц или публичные интересы. Соответственно, суд, утверждая мировое соглашение, должен эти обстоятельства проверить.

3.3. Как минимум спорным является сужение сферы действия данной нормы до договоров, связанных с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности. Не вполне понятно, почему законодатель исключает возможность заключить такое мировое соглашение сторонами признанного судом недействительным договора тогда, когда одной или даже обеими сторонами такого договора не являются предприниматели. Почему предприниматель, например, не может в рамках мирового соглашения согласиться на то, что возврат ему квартиры, приобретенной у него непредпринимателем по признанной впоследствии недействительной сделке, будет осуществляться в каком-то особом порядке (например с отсрочкой)? Такое грубое ограничение автономии воли сторон в ситуациях, когда такое соглашение не создавало бы угрозу публичным интересам или интересам третьих лиц, требует какого-то убедительного обоснования, наличие которого неочевидно.

Статья 431². Заверения об обстоятельствах

1. Сторона, которая при заключении договора либо до или после его заключения дала другой стороне недостоверные заверения об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения (в том числе относящихся к предмету договора, полномочиям на его заключение, соответствию договора применимому к нему праву, наличию необходимых лицензий и разрешений, своему финансовому состоянию либо относящихся к третьему лицу), обязана возместить другой стороне по ее требованию убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку.

Признание договора незаключенным или недействительным само по себе не препятствует наступлению последствий, предусмотренных абзацем первым настоящего пункта.

Предусмотренная настоящей статьей ответственность наступает, если сторона, предоставившая недостоверные заверения, исходила из того, что другая сторона будет полагаться на них, или имела разумные основания исходить из такого предположения.

2. Сторона, полагавшаяся на недостоверные заверения контрагента, имеющие для нее существенное значение, наряду с требованием о возмещении убытков или взыскании неустойки также вправе отказаться от договора, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

3. Сторона, заключившая договор под влиянием обмана или существенного заблуждения, вызванного недостоверными заверениями, данными другой стороной, вправе

вместо отказа от договора (пункт 2 настоящей статьи) требовать признания договора недействительным (статьи 179 и 178).

4. Последствия, предусмотренные пунктами 1 и 2 настоящей статьи, применяются к стороне, давшей недостоверные заверения при осуществлении предпринимательской деятельности, а равно и в связи с корпоративным договором либо договором об отчуждении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества, независимо от того, было ли ей известно о недостоверности таких заверений, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

В случаях, предусмотренных абзацем первым настоящего пункта, предполагается, что сторона, предоставившая недостоверные заверения, знала, что другая сторона будет полагаться на такие заверения.

Комментарий

1. Статья 431² ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., посвящена правовым последствиям предоставления ложных заверений об обстоятельствах. Вкратце суть этих правовых последствий состоит в том, что лицо, сообщившее другой стороне договора недостоверную информацию, несет за это ответственность.

В обороте достаточно часто стороны фиксируют в договоре или сопроводительной документации к нему определенные заверения о тех или иных имевших место в прошлом или имеющих место на момент предоставления таких заверений обстоятельствах, которые важны для другой стороны и позволяют ей принять взвешенное решение о заключении договора или совершении действий в процессе его исполнения. В ряде случаев раскрытие такой информации является обязательным с точки зрения конкретных положений закона или общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ), в то время как в других случаях раскрытие информации является необязательным, но осуществляется с целью повлиять на решение другой стороны заключить договор или спровоцировать те или иные действия (бездействие) в рамках его исполнения.

Соответствующая информация может предоставляться в форме заверений, данных до заключения договора (например, в инвестиционном меморандуме или меморандуме о взаимопонимании), включаться в текст договора непосредственно или предоставляться в ходе исполнения договора. Принципиального значения с точки зрения текста настоящей статьи это не имеет. Сообщать недостоверную информацию партнеру нельзя. Если сторона, получившая недостоверную информацию, положила на нее и понесла в связи с этим убытки, таковые должны быть возмещены.

1.1. Настоящая статья регулирует вопросы привлечения к ответственности за предоставление недостоверной информации и не вводит правовых оснований для привлечения лица к ответственности за умолчание в случаях, когда раскрытие соответствующей информации вытекало из конкретных норм закона или общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ). Соответственно, если одна из сторон в нарушение требований закона или принципа добросовестности умолчала о тех или иных фактах на стадии переговоров, ответственность этой стороны может опираться на правила ст. 434¹ ГК РФ о недобросовестном ведении переговоров или на общие правила деликтной ответственности. Кроме того, другая сторона в ряде случаев может оспорить заключенный договор на основе правил

об обмане умолчанием и взыскать убытки (п. 2 ст. 179 ГК РФ). Если же неправомерное или недобросовестное умолчание имело место уже после заключения договора, соответствующая сторона может быть привлечена к договорной ответственности с опорой на п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ. Требование добросовестности продуцирует возникновение подразумеваемого обязательства раскрыть ту или иную информацию, за нарушение которой возможно взыскание убытков по общим правилам договорной ответственности (ст. 393 ГК РФ). Соответственно, к таким ситуациям нормы ст. 431² ГК РФ не применяются.

1.2. О чем на практике делаются заверения? Можно выделить несколько основных групп таких заверений, которые на практике даются на стадии до заключения договора, включаются в текст самого договора или предоставляются в ходе его исполнения.

Первая группа – это заверения в отношении актива, являющегося объектом купли-продажи, мены, аренды, лицензионного договора или иных подобных договоров. Когда продавец заверяет покупателя в отношении характеристик отчуждаемого объекта, или имеют места заверения в отношении предмета иных подобных договоров, следует говорить о классической договорной ответственности за качество или чистоту титула. Например, если продавец заверяет покупателя, что отчуждаемая вещь не находится под арестом, не заложена, не обременена правами третьих лиц, приобретена на законном основании, обладает определенными качественными характеристиками, и впоследствии выясняется, что эта информация не соответствует действительности, покупатель вправе предъявить продавцу требования, вытекающие из нарушения договорного обязательства. Ведь в обязанности продавца входила передача покупателю не просто вещи, но вещи, обладающей определенными характеристиками. Если это требование не соблюдается, мы имеем классическое нарушение договорного обязательства и ответственность за чистоту титула (ст. 461 ГК РФ), качество (ст. 475 ГК РФ) и т.п. Иначе говоря, в отношении таких случаев нет никакой нужды во введении какой-то особой ответственности за предоставление ложных заверений и применения ст. 431² ГК РФ; вполне достаточно норм об ответственности за нарушение обязательства.

Сложность возникает в случае отчуждения акций и долей в ООО. Здесь на практике заверения даются не в отношении непосредственного объекта отчуждения (акций или доли), а в отношении компании (нередко и в отношении ее дочерних компаний, клиентов и т.п.), акции и доля которой отчуждаются. Покупателя интересуют не сами акции (доля), а акции (доля) вполне конкретного предприятия. Соответственно, для покупателя решающее значение имеют характеристики такого предприятия (наличие у него лицензий, отсутствие долгов, обороты, доходность и иные финансовые показатели, правильное оформление прав на недвижимость, пул клиентов, отсутствие просрочек по полученным кредитам и т.п.). Не все эти характеристики могут быть с абсолютной достоверностью выявлены на стадии предваряющего заключение сделки аудита (*due diligence*). Соответственно, покупатель, как правило, настаивает на прямом указании таких обстоятельств в самом договоре, рассчитывая на то, что в случае, если эти данные окажутся ложными, он сможет потребовать от продавца возмещения убытков или соразмерного снижения цены. В английском праве эту функцию выполняют как раз договорные заверения и гарантии (*representations and warranties*).

В праве российском с этой задачей вполне могло справиться расширительное толкование ст. 475 ГК РФ об ответственности продавца за качество. В ней указаны искомые средства защиты: взыскание убытков, снижение цены и отказ от договора. К сожалению, не все юристы и суды были готовы к такой интерпретации ст. 475 ГК РФ, узко толкуя правила о качестве и не видя того, что при продаже акций (доли) качество непосредственного объекта отчуждения косвенно определяется зафиксированными в договоре характеристиками предприятия, акции (доля) которого отчуждаются. В принципе, эту проблему можно было достаточно просто решить за счет судебного толкования. На самом деле в форме классических для договоров купли-продажи акций (доли) заверений в отношении предприятия, акции (доля) которого продаются, стороны конкретизируют обязательство продавца. Продавец должен передать акции (долю) предприятия, которое, в свою очередь, на момент заключения договора обладает указанными в форме таких заверений характеристиками. Если продавец переоформил на покупателя акции (долю), но выяснилось, что предприятие не обладало описанными характеристиками, то стоит говорить о нарушении продавцом своих обязательств. Так что, если бы речь шла только о таких заверениях, видимо, специальная норма об ответственности за ложные заверения не понадобилась бы. Было бы достаточно общих правил о договорной ответственности (ст. 393 ГК РФ) и ряда специальных норм о договорной ответственности (например, ответственности продавца за качество по ст. 475 ГК РФ и чистоту правового титула по ст. 461 ГК РФ). Остается только удивляться, что до сих пор ни ВАС РФ, ни ВС РФ не внесли ясность в данный актуальный для практики вопрос.

Если российское право пойдет по пути применения к таким заверениям при отчуждении акций или доли в ООО положений ГК РФ о договорной ответственности, необходимость применения в этом контексте ст. 431² ГК РФ отпадет. До тех пор пока этот очевидный шаг не будет сделан, суды могут применять в этом контексте именно ст. 431² ГК РФ.

Другая сложность возникает в случае, когда сторона дает гарантии в отношении качества или иных характеристик имущества, являющегося предметом предоставления, осуществляемого по договору, но не в рамках исполнения того или иного обязательства. Такая ситуация возникает, например, при уступке права на основании договора, предусматривающего не отложенный, а непосредственный переход имущественного права к приобретателю (цессионарию, покупателю исключительного права на произведение литературы и т.п.) в момент заключения договора: здесь имеет место совпадение момента заключения договора и распорядительного волеизъявления. Кроме того, аналогичная ситуация имеет место при передаче имущества по реальному договору (в частности, займа), а также при отчуждении вещи, к моменту отчуждения уже находящейся во владении покупателя (в частности, арендатора). В таких случаях гарантии в отношении характеристик предоставления не входят в предмет некоего обязательства при буквальном прочтении признанного в ГК РФ понятия обязательства (п. 1 ст. 307 ГК РФ). Как известно, последнее есть относительное правоотношение, в котором должник обязуется делать что-то в будущем или не делать (см. комментарий к п. 1 ст. 307 ГК РФ). В описанных же случаях обязательства осуществить соответствующее предоставление нет, предоставление (например, в виде переноса права собственности или права требования на приобретателя) происходит в сам момент заключения договора. В отечественном праве

до сих пор не сложилось четкого мнения о целесообразности расширения понятия обязательства с целью охвата такого рода договорных гарантий в отношении предмета договорного предоставления. Если российское право пойдет по пути обязательственной квалификации таких гарантий за счет той или иной фикции (например, фикции возникновения обязательства на логическую секунду и его немедленного прекращения), ответственность за несоответствие предоставления таким гарантиям будет развиваться по общим правилам ГК РФ об ответственности за неисполнение обязательства (ст. 401, 404 ГК РФ и т.п.), и потребности в применении ст. 431² ГК РФ не будет. Если же право не решится применять к таким гарантиям правила об ответственности за нарушение обязательства, теоретически возможно применение к таким гарантиям положений ст. 431² ГК РФ о заверениях.

В то же время если судебная практика будет применять положения ст. 431² ГК РФ о заверениях в описанных выше случаях предоставления *договорных гарантий* в отношении предмета предоставления, следует учесть две вещи. Объем взыскиваемых убытков (как минимум, если договор является действительным) должен соответствовать модели защиты позитивного интереса. Иначе говоря, пострадавшая сторона за счет взыскания убытков должна быть поставлена в то положение, в котором она находилась бы в случае, если гарантии оказались достоверны. Иначе говоря, объем ответственности должен быть приближен к объему ответственности за неисполнение обязательства, как он определен в п. 2 ст. 393 ГК РФ. Подводя промежуточный итог, можно сказать, что применительно к заверениям (по сути, гарантиям), предоставляемым в отношении тех или иных характеристик осуществляемого предоставления, применение положений ст. 431² ГК РФ либо вовсе невозможно, так как данная норма вытесняется положениями ГК РФ об ответственности за неисполнение обязательства (случай с заверениями в отношении характеристик передаваемого в рамках исполнения обязательства имущества), либо является дискуссионным (в пограничных случаях ответственности за недостоверные заверения в отношении компании, акции или доли которой отчуждаются, а также ответственности за несоответствие указанным в договоре характеристикам фактически осуществленного по договору предоставления, не являвшегося предметом обязательства).

В целом нормы комментируемой статьи рассчитаны в первую очередь на заверение иных видов (см. далее). Применение их в отношении заверений в отношении характеристик предоставления (договорных гарантий) может происходить от безысходности, из-за некоторых пробелов в доктрине договорных обязательств.

1.3. Вторая группа заверений, предоставляемых на практике, — это заверения в отношении самой стороны договора. В частности, в рамках таких заверений заемщик уверяет банк о своем финансовом положении, сторона предоставляет контрагенту информацию о наличии необходимых лицензий, о наличии (отсутствии) в составе акционеров тех или иных предприятий, о налоговом резидентстве, об использовании того или иного налогового режима или о праве на применение той или иной ставки НДС, о своем брачном статусе и т.п. В ряде случаев недостоверность данной информации может спровоцировать возникновение у контрагента, положившегося на полученные заверения, убытков, которые он вполне обоснованно захочет возместить за счет того, кто предоставил такую информацию. Например, иностранная компания может заверить российского контрагента о том, что она является налоговым резидентом соответствующей страны, с которой у Российской Федерации

имеется договор об избегании двойного налогообложения, и является конечным бенефициаром причитающихся ей роялти по лицензионному договору (в понятийном аппарате ст. 7 и ст. 312 НК РФ – «лицом, имеющим фактическое право на такие доходы»), не выступая в качестве промежуточного звена между российским контрагентом и некой компанией в другой офшорной зоне, с которой у Российской Федерации не заключено соглашение об избегании двойного налогообложения. При таких условиях российский контрагент в силу международного договора между Российской Федерацией и соответствующей страной вправе не удерживать налог (или применить пониженную ставку налога) на выплачиваемые этой иностранной компании роялти. Если эта информация окажется ложной, российские налоговые власти могут применить к российскому контрагенту санкции, предусмотренные в НК РФ.

Другой пример: российское законодательство может запретить российской компании сотрудничать с иностранным партнером, подпавшим под те или иные российские санкции как напрямую, так и через его дочерние предприятия. В этих условиях для российского контрагента принципиально важно быть уверенным в том, что в состав акционеров его контрагента не входит соответствующая иностранная компания, попавшая под российские санкции. Вполне очевидно, что российский контрагент в таких условиях, не имея возможности получить доступ к текущему состоянию реестра акционеров своего партнера, потребует предоставления ему заверений на сей счет. Если они окажутся ложными и у российского контрагента возникнут проблемы с отечественными властями, он должен иметь право возместить возникшие убытки.

Еще один пример – это заверения контрагента в отношении своего холостого статуса. Покупателя недвижимости брачный статус продавца может интересовать, так как при наличии брака отсутствие согласия супруга на распоряжение общим имуществом может быть поводом к оспариванию сделки (ст. 35 СК РФ). Проверить отсутствие или наличие брака покупатель в российских реалиях не может (отсутствие штампа в паспорте ничего не доказывает, а реестра данных о регистрации браков в РФ не существует), и ему остается положиться на заверения продавца и надеяться на то, что в случае оспаривания сделки супругом продавца все связанные с этими спорами (чем бы они не завершились) издержки продавец компенсирует. Это особенно важно для случаев, когда речь идет о недвижимости или иных видах имущества, права на которые подлежат государственной регистрации (например, доли в ООО), так как в силу доминирующей до сих пор в судах интерпретации п. 3 ст. 35 СК РФ при отсутствии согласия супруги на распоряжение таким имуществом соответствующие сделки признаются недействительными даже тогда, когда покупатель абсолютно добросовестен и понятия не имел о наличии у продавца супруга (Определение КГД ВС РФ от 6 сентября 2016 г. № 18-КГ16-97).

Таких примеров можно приводить достаточно много.

Если предоставление достоверной информации о самом себе в силу указаний в законе или договоре является обязанностью стороны уже заключенного договора, при предоставлении недостоверной информации, безусловно, речь идет о нарушении обязательства. Но что если такая информация, как это чаще всего и бывает, предоставляется до заключения договора или включена в сам договор? В отношении этой группы заверений применение в случае их недостоверности правил

об ответственности за неисполнение обязательства не представляется возможным даже в случае самого широкого толкования понятия обязательства. Нельзя говорить, что в таких случаях сторона предоставила гарантии в отношении причитающегося с нее предоставления. Сторона при заключении договора или до его заключения не обещает что-либо делать или не делать и не гарантирует некие характеристики своего предоставления, а сообщает другой стороне некую информацию о себе, получение которой имеет для другой стороны важное значение при принятии решения о целесообразности заключения договора. И здесь востребованными оказываются положения именно ст. 431² ГК РФ.

1.4. Третья группа заверений, встречающихся на практике, дается в отношении правовой судьбы самого договора. В частности, в рамках таких заверений одна из сторон заявляет другой, что директор может совершать сделку без необходимых предварительных согласований с иными органами управления компании в силу устава и иных внутренних документов компании; сделка не является для соответствующей стороны крупной, или она является крупной, но прошла все необходимые внутренние согласования; что на сделку получены иные необходимые согласия государственных органов или третьих лиц (например, залогодержателя на перевод обеспеченного залогом долга, супруга на совершение сделки с общим имуществом, должника на уступку в нарушение договорного запрета на уступку; других участников ООО на отчуждение доли третьему лицу и т.п.); наконец, что сделка соответствует национальному праву и т.п.

Такие заверения обычно даются тогда, когда имеется определенная угроза для действительности сделки, а контрагент не может быть абсолютно уверен в ее действительности. В таких случаях заверения нужны для того, чтобы в случае признания сделки недействительной или возникновения иных судебных споров в отношении заключенного договора из-за наличия соответствующих неидентифицированных контрагентом при заключении договора пороков этот пострадавший контрагент был вправе взыскать со своего партнера, давшего недостоверные заверения, возникающие убытки.

Смысл таких заверений обычно состоит в том, чтобы позволить контрагенту меньше сил и времени направлять на перепроверку соответствующих обстоятельств в рамках *due diligence*. В итоге экономятся транзакционные издержки. Приведем такой пример. Компания дает своему контрагенту заверения, что сделка не является крупной, или заявляет, что крупная сделка прошла все необходимые согласования. Безусловно, в силу специальных норм российских законов об АО и ООО суд не признает сделку недействительной, если выяснится, что контрагент не знал и не должен был знать о ее крупности или отсутствии одобрения. Контрагента беспокоит именно последнее «должен был знать». Толкование данного критерия может быть как широким, так и достаточно узким и вызывает в судебной практике множество споров. Все зависит от того, какой стандарт должной заботливости и осмотрительности применит суд при разрешении спора об оспаривании сделки. Заранее угадать это не всегда возможно. Поэтому контрагент хочет подстраховаться и требует предоставления соответствующих заверений. Если в итоге суд посчитает, что контрагент с точки зрения стандартов разумной осмотрительности должен был запросить устав, баланс, документ о согласовании такой сделки соответствующим органом управления другой стороны или иные документы и заподозрить неладное,

и в итоге признает сделку недействительной, у контрагента при наличии в договоре таких заверений будет резервная возможность взыскать убытки с компании за ложь со стороны ее директора. Такая перспектива дает дополнительную уверенность, снижает трансакционные издержки на проверку полномочий и упрощает принятие решения о заключении договора.

Кроме того, наличие такого заверения об отсутствии у заключаемого договора характера крупной сделки позволяет контрагенту быть уверенным, что если суд по иску акционеров другой стороны об оспаривании крупной сделки установит, что контрагент не должен был знать о крупном характере сделки и отсутствии согласия на нее соответствующего органа управления другой стороны, и откажет в признании договора недействительным, он сможет взыскать все понесенные в связи с данным спором убытки (судебные расходы, не возмещенные по правилам АПК РФ, упущенную выгоду, возникшую в связи с возможным арестом приобретенного им по такой сделке имуществу, и т.п.) с компании, чей директор (или иной представитель) дал при заключении договора недостоверные заверения.

Применение к таким заверениям правил об ответственности за неисполнение обязательств невозможно, так как здесь отсутствует обязательство при самом широком толковании этого понятия. Как и в случае с заверениями в отношении самого контрагента, подобные заверения не являются гарантиями в отношении предмета предоставления. Сторона при заключении договора или до его заключения не обещает что-либо делать или не делать, а сообщает ту или информацию в отношении фактических обстоятельств, касающихся действительности договора. Соответственно, открывается пространство для применения ст. 431² ГК РФ.

1.5. Четвертая группа заверений — это заверения, которые даются уже после заключения договора и в ходе его исполнения. Например, арендатор, пытаясь склонить арендодателя к расторжению договора, сообщает ему о постоянных сбоях в работе арендованного транспортного средства. Арендодатель тратит средства на проведение экспертизы, которая не выявляет каких-либо дефектов и подтверждает, что никаких сбоев в работе оборудования на самом деле не было. В итоге возникает вопрос о возмещении арендатором таких понесенных расходов.

В таких случаях речь не идет о нарушении некоего ранее сформулированного обязательства и, казалось бы, нет оснований для применения норм ГК РФ об ответственности за неисполнение обязательства, и поэтому может быть востребовано применение ст. 431² ГК РФ об ответственности за недостоверные заверения. Альтернативное обоснование ответственности в такого рода случаях может строиться на выведении из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ) не прописанного в договоре прямо, но подразумеваемого негативного обязательства не сообщать недостоверную информацию в ходе исполнения договора. При таком подходе иск об ответственности в случае предоставления недостоверной информации можно обосновать ссылкой на ст. 393 ГК РФ. Пока российское право не определилось в вопросе о том, на какое из указанных правовых оснований будет опираться иск о возмещении убытков в такого рода ситуациях. Более логичным было бы, видимо, подведение таких ситуаций под общие правила о договорной ответственности.

В целом, с учетом широкого применения принципа договорной добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ) упоминание в ст. 431² ГК РФ заверений, предоставляемых после заключения договора, видимо, было излишним.

1.6. Иначе говоря, как мы видим, значение ответственности за предоставление недостоверной информации по правилам ст. 431² ГК РФ состоит в том, чтобы создать правовые основания для возмещения убытков в тех ситуациях, когда с этой задачей не справляется институт ответственности за неисполнение обязательства. Чем шире мы понимаем ответственность за неисполнение обязательства, тем меньше пространства остается для ответственности за предоставление недостоверных заверений, и наоборот.

В случае наложения этих правовых феноменов (предоставление недостоверной информации и нарушение обязательства что-либо сделать или не делать) приоритет должен, видимо, отдаваться более разработанным нормам о договорной ответственности.

1.7. Также следует иметь в виду, что ГК РФ предусматривает в норме п. 2 ст. 179 право оспорить сделку, совершенную в результате обмана. Одновременно п. 6 ст. 178 ГК РФ допускает оспаривание сделки, совершенной под влиянием заблуждения, в ситуации, когда это заблуждение возникло по обстоятельствам, за которые отвечает другая сторона (эту ситуацию условно можно обозначить как введение в заблуждение). Обманом следует считать умышленное предоставление недостоверной информации, а введением в заблуждение — неосторожное предоставление недостоверной информации. Обе указанные нормы предусматривают в качестве дополнительной к оспариванию сделки санкции взыскание с лица, допустившего обман или введение в заблуждение, убытков. Эти последствия могут применяться только к случаям предоставления ложных заверений до или при заключении договора.

Оправданно ли допущение оспаривания сделки, совершенной в результате обмана или введения в заблуждение? Безусловно. Но всегда ли обманутое или введенное в заблуждение лицо заинтересовано в аннуляции такого договора? Очевидно, что нет. Во многих случаях договор мог быть давно исполнен к моменту выяснения ложности предоставленной информации и возникновения у жертвы соответствующих неблагоприятных последствий. В ряде других случаев аннуляция договора просто не соответствует интересам жертвы. Недостоверная информация могла не быть столь существенной, чтобы подорвать интерес к сделке в целом. Жертва может и часто имеет сильный интерес в сохранении договора, несмотря на всплывшую недостоверность предоставленной информации. В то же время у жертвы, полагавшейся на полученную информацию, могут возникнуть убытки. И здесь встает вопрос о том, что было бы справедливо и целесообразно возместить эти убытки за счет обманщика или лица, предоставившего недостоверную информацию по неосторожности.

Ответственность за убытки, наступающая и тогда, когда сделка не аннулируется, — это абсолютно необходимое правовое решение, которое будет способствовать превенции обмана или неосторожного предоставления недостоверной информации при переговорах и заключении договора. Должна быть обеспечена неотвратимость наказания, т.е. компенсация убытков. Нередко лицо, предоставившее недостоверную информацию, понимает, что жертва вряд ли будет заинтересована в оспаривании договора, и при действовавшей до 1 июня 2015 г. редакции ГК РФ могло быть уверено, что иск об убытках ему не грозит (так как по п. 6 ст. 178 и п. 4 ст. 179 ГК РФ взыскание убытков является неотъемлемым элементом оспаривания договора). При появлении же в праве возможности привлечения к ответственности за предо-

ставление ложной информации без оспаривания сделки такой недобросовестный расчет не срабатывает.

Необходимость признания самостоятельного, не сопрягаемого с оспариванием договора права жертвы, положившейся на полученную недостоверную информацию, требовать возмещения убытков, возникших в результате сообщения ложной информации, широко признана в зарубежном праве. Так, в Модельных правилах европейского частного права помимо права на оспаривание сделки, совершенной в результате обмана или заблуждения, прямо предусматривается отдельная статья, дающая лицу самостоятельное право на взыскание с контрагента убытков, возникших в связи с предоставлением недостоверной информации. Такое право может быть согласно этим Правилам реализовано и в случаях, когда сделка не оспаривается (ст. II.-7:204 Модельных правил европейского частного права).

По сути, ст. 431² ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., реализует именно эту задачу выделения права на взыскание убытков в случае предоставления недостоверной информации в качестве самостоятельного средства защиты, которое можно применять и без оспаривания сделки. Этот же режим ответственности может применяться и тогда, когда сделка аннулируется по иным, нежели ст. 178, 179 ГК РФ, основаниям (например, крупная сделка, сделка, совершенная с нарушением ограничений полномочий директора, и т.п.).

1.8. В принципе, функцию обоснования ответственности за предоставление ложной информации за рамками случаев, когда передача информации носит обязательственный характер (т.е. характеризует предмет обязательства) и охватывается общими правилами об ответственности за неисполнение обязательства, а также случаев, когда сторона оспаривает сделку по ст. 178, 179 ГК РФ, может теоретически выполнять и новая ст. 434¹ ГК РФ об ответственности за недобросовестное ведение переговоров, тем более что в ст. 434¹ ГК РФ предоставление ложной информации указано в качестве одного из видов недобросовестности при ведении переговоров. Тем не менее выведение самостоятельной статьи для регулирования ответственности за предоставление ложных заверений оправдано по следующим основаниям.

Во-первых, в силу п. 3 ст. 434¹ ГК РФ убытками, возмещаемыми на основании данной статьи за недобросовестное ведение переговоров, являются расходы, понесенные на ведение переговоров, или убытки, вызванные утратой возможности заключить договор с третьим лицом. Согласно п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «в результате возмещения убытков, причиненных недобросовестным поведением при проведении переговоров, потерпевший должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным контрагентом». Очевидно, что законодатель при формулировании правил об объеме преддоговорной ответственности явно исходил из предположения о том, что в результате недобросовестного ведения переговоров договор так и не был заключен. Иначе трудно объяснить, что ответственность сводится лишь к возмещению негативного интереса, нацеленного на возврат контрагента посредством присуждения денежной компенсации в положение до начала ведения переговоров. В то же время убытки, вызванные предоставлением ложных заверений, урегулированные ст. 431² ГК РФ, куда шире и включают в себя все потери, возникшие у стороны в связи с тем, что она полагалась на полученную информацию (см. п. 1.11 комментируемой статьи). Логично предположить следующее разграничение

сфер применения ст. 434¹ и 431² ГК РФ. Если ложная информация предоставляется в ходе переговоров и договор в итоге так и не был заключен, применяется режим преддоговорной ответственности за недобросовестное ведение переговоров по ст. 434¹ ГК РФ (т.е. взыскиваются убытки по модели негативного интереса). Если же договор в итоге был заключен и является действительным, то независимо от того, предоставлялись ложные заверения до, в момент или после заключения договора, применяется специальная норма ст. 431² ГК РФ о заверениях об обстоятельствах.

Это толкование вступает в некоторое противоречие с п. 7 ст. 434¹ ГК РФ, согласно которому преддоговорная ответственность за недобросовестное ведение переговоров наступает независимо от того, заключен ли договор в итоге таких переговоров. Но иного пути примирить эти нормы нет. Дело в том, что взыскание убытков по модели негативного интереса, нацеленных на возвращение стороны в положение, в котором она находилась бы, не вступи она в переговоры, просто никак не согласуется с ситуацией, когда договор заключен. Иначе говоря, п. 7 ст. 434¹ ГК РФ, очевидно, не согласуется с указанным в п. 3 ст. 434¹ ГК РФ объемом ответственности за недобросовестное ведение переговоров (см. комментарий к ст. 434¹ ГК РФ).

В принципе, судебная практика ВС РФ применительно к аналогичной проблеме соотношения правил об ответственности за недобросовестное ведение переговоров в форме предоставления недостоверной информации по правилам ст. 434¹ ГК РФ и специальных правил ГК РФ об ответственности за непредоставление или предоставление недостоверной информации, установленных в ряде норм ГК РФ (например, ст. 495, 732, 804, 944), пошла по аналогичному пути. По сути, игнорируя положения п. 7 ст. 434¹ ГК РФ, ВС РФ указал, что правила ст. 434¹ ГК РФ об ответственности за недобросовестное ведение переговоров применяются в таких случаях, если в итоге договор так и не был заключен, в то время как указанные специальные нормы действуют тогда, когда договор в итоге был заключен (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Аналогичный подход к дифференциации правовых оснований ответственности за предоставление недостоверной информации должен, видимо, применяться и в отношении коллизии правил ст. 434¹ и 431² ГК РФ.

Во-вторых, ст. 434¹ ГК РФ напрямую регулирует отношения сторон на стадии переговоров. Ложные заверения же могли как предоставляться на стадии переговоров, так и включаться непосредственно в сам договор. Последнее наиболее типично. В этом плане применение в отношении заверений, отраженных в тексте договора, статьи об ответственности за недобросовестную практику ведения переговоров не вполне логично. Кроме того, заверения могли предоставляться и после заключения договора.

В-третьих, предоставление ложной информации как форма недобросовестного ведения переговоров предполагает виновность лица, иначе трудно говорить о недобросовестности. В то же время ответственность за предоставление недостоверной информации в ситуации заключения договора может наступать в ряде описанных в п. 4 ст. 431² ГК РФ случаях и при отсутствии вины.

1.9. Заверения должны касаться обстоятельств, которые имели место в прошлом или имеют место на момент их предоставления (в случае заверений, включенных в договор, — на момент его заключения). Заверения не могут касаться обстоятельств, которые могут наступить в будущем. Если стороны желают установить возмещение убытков на случай, если в будущем наступит то или иное обстоятельство или

изменится то или иное состояние дел, имевшее место на момент предоставления заверений, они могут это сделать, используя либо конструкцию обязательства (одна из сторон обязуется обеспечить за счет своего поведения наступление или ненаступление того или иного обстоятельства), либо конструкцию возмещения потерь по правилам ст. 406¹ ГК РФ (одна из сторон принимает на себя бремя возмещения потерь, которые могут возникнуть у другой стороны в связи с наступлением тех или иных обстоятельств в будущем, которые не зависят от ее поведения).

1.10. Правом на иск о взыскании убытков, вызванных ложными заверениями, обладает только добросовестный контрагент, который не знал и не мог заведомо знать об их ложности. Если такой контрагент лишь мог знать о ложности заверений в случае, если бы он проявил принятый в обороте стандарт должной заботливости и осмотрительности, этого, на наш взгляд, недостаточно для блокирования иска об убытках, так как иначе важная функция заверений по снижению трансакционных издержек не будет выполняться. Заверения, собственно говоря, и берутся во многом именно для того, чтобы положиться на них вместо проведения кропотливой и нередко дорогостоящей проверки соответствующей важной для заключения данного договора информации, предоставляемой другой стороной. Но если будет доказано, что контрагент точно знал о ложности заверений или заведомо не мог не знать об этом, то вряд ли можно признать его разумно полагающимся на такие заверения и добросовестным. Соответственно, в такой ситуации иск об убытках должен отклоняться.

Например, как уже отмечалось, если заверения касались отсутствия у договора характеристик крупной сделки для одной из сторон, такой договор тем не менее может быть оспорен, если контрагент не проявил должную и принятую в обороте степень заботливости и осмотрительности. Но это не значит, что сторона, получившая такие заверения, является недобросовестной, если она решила положиться на полученные заверения. Вера партнеру на слово может быть признаком нарушения стандарта осмотрительности, но не эквивалентна недобросовестности, нечестности. Соответственно, иск о взыскании убытков с несостоявшегося контрагента должен быть поддержан. Но если будет доказано, что это лицо точно знало о ложности полученных от другой стороны заверений, или имеются обстоятельства, указывающие на то, что оно, очевидно, не могло не знать об этом (например, само являлось акционером компании, от лица которой совершена крупная сделка, входило в ее руководство или было тесно аффилировано с такими лицами), то иск о взыскании убытков должен быть отклонен.

1.11. Последствием предоставления ложных заверений согласно п. 1 ст. 431² ГК РФ является право на взыскание убытков или установленной в договоре неустойки. Что касается объема взыскиваемых убытков, то, как представляется, вопрос этот должен решаться следующим образом: взыскиваются все убытки, возникшие у стороны в связи с тем, что она положила на полученную информацию.

При этом если заверения давались в отношении действительности договора, то признание договора недействительным исключает возможность взыскания в качестве убытков так называемого позитивного интереса (включая упущенную выгоду от невозможности реализовать задуманное). Взыскание убытков в таком случае не может переносить жертву в то состояние, в котором она находилась бы, если бы договор оказался действительным и был исполнен. Отпадение договора

лишает стороны правовых оснований рассчитывать и на реальное исполнение, и на получение денежного суррогата такого исполнения. Все, что может жертва в таком случае, — взыскать убытки, возникшие у нее в связи с тем, что она полагалась на договор (т.е. реальный ущерб в виде понесенных расходов на подготовку своего исполнения или принятие исполнения от контрагента, иные расходы, а также упущенную выгоду от утраты возможности заключить договор с третьим лицом). Иначе говоря, при недействительности договора взыскание убытков защищает так называемый негативный, а не позитивный интерес.

При этом если российское право пойдет по пути применения комментируемой статьи к договорным гарантиям, предоставляемым в отношении предмета предоставления (что, как указано в п. 1.2 комментария к настоящей статье, является вопросом дискуссионным), недостоверность таких гарантий должна позволять взыскивать убытки по модели позитивного интереса, как если бы речь шла о нарушении обычного обязательства (п. 2 ст. 393 ГК РФ).

1.12. Насчет возможности установления в договоре неустойки, уплачиваемой на случай выявления ложности заверений, следует заметить, что наличие неустойки упрощает положение жертвы обмана в плане снятия необходимости доказывания убытков. К такого рода неустойке вполне могут применяться все общие правила о неустойке за неисполнение обязательства (ст. 330–333, 394 ГК РФ) по аналогии закона.

1.13. Согласно прямому указанию в п. 1 ст. 431² ГК РФ действительность заверений не зависит от действительности договора, который сопровождается такими заверениями. Иначе говоря, сам по себе факт недействительности договора не освобождает сторону, сообщившую до, при или после заключения договора другой стороне ложную информацию и тем самым спровоцировавшую возникновение с другой стороны убытков, от возмещения таких убытков. Необходимость такой нормы состоит в том, что, как уже отмечалось, заверения могут даваться в отношении правовой судьбы договора, его действительности. Соответственно, было бы логично исходить из того, что если договор признается недействительным (например, в рамках применения правил о крупных сделках) и это вскрывает ложность заверений об отсутствии у сделки крупного характера, то это само по себе не препятствует жертве обмана опереться на включенные в договор заверения и взыскать убытки. В то же время если будет доказано, что те или иные пороки поражают и само заверение, предоставление недостоверных заверений не будет влечь ответственности (например, если такие заверения были получены в результате насилия или угроз). При этом, напомним, что ответственность в данной ситуации будет ограничена возмещением негативного интереса, т.е. взыскиваться будет такая сумма, которая должна поставить пострадавшую в сторону в то положение, в котором она находилась бы, если бы в принципе не заключила данный договор.

В некоторых случаях независимость заверений может помочь и в случае некоторых иных категорий заверений. Например, если заверения давались в отношении самого контрагента, их ложность спровоцировала у другой стороны некоторые убытки, а впоследствии договор в целом был признан судом недействительным по тем или иным корпоративным основаниям, пострадавшая сторона вправе требовать возмещения убытков, возникших в связи с предоставлением недостоверной информации, несмотря на то, что договор аннулирован.

Остается только отметить, что если порок, влекущий аннуляцию договора, затрагивает и сами заверения, недействительными являются в том числе и последние. Например, если договор, содержащий соответствующие заверения, заключен под влиянием насилия, заверения не имеют юридической силы.

1.14. Согласно прямому указанию в п. 1 ст. 431² ГК РФ условием удовлетворения иска об убытках является доказанность того факта, что при предоставлении заверений лицо осознавало или должно было осознавать, что такая информация может вызвать у другой стороны доверие и подтолкнуть ее положиться на полученные заверения. Если соответствующую реакцию реципиента заверений трудно было предположить и очевидно, что разумное лицо на такие заверения бы не полагалось, иск об убытках отклоняется. Дело в том, что часто при ведении переговоров сторона несколько приукрашивает реальность и другая сторона в ряде случаев прекрасно это осознает (например, артист заявляет, что он является лучшим в мире исполнителем той или иной роли). В таких случаях предоставление ложной информации не имеет целью ввести другую сторону в заблуждение, а является своеобразным ритуалом ведения переговоров. Разумные контрагенты это прекрасно понимают и не должны придавать серьезного значения такой информации.

По общему правилу тот факт, что ложные заверения предоставлялись с полной серьезностью и имели целью действительно склонить другую сторону к доверию этой информации, подлежит доказыванию реципиентом таких заверений, подающим иск об убытках. Исключение из этого правила, переворачивающее бремя доказывания в отношении коммерческих и некоторых иных договоров, установлено в п. 4 ст. 431² ГК РФ.

При этом представляется, что даже за рамками случая, указанного в п. 4 настоящей статьи, факт включения заверений в договор сам по себе свидетельствует о серьезности представляемой информации. Соответственно, в таких случаях доказывать то, что лицо, предоставившее заверения, должно было осознавать, что они будут восприниматься другой стороной всерьез, не требуется.

1.15. На практике нередко заверения в отношении тех или иных обстоятельств сопровождаются указанием на то, что эти заверения уточняются в рамках прилагаемого к договору «письма о раскрытии», в котором соответствующая сторона детализирует данные в общем виде заверения или указывает те или иные исключения из общих, указанных в договоре заверений. Объем предоставленных заверений в таком случае должен оцениваться с учетом содержания такого письма.

1.16. Природа ответственности за предоставление недостоверной информации по ст. 431² ГК РФ может вызывать споры. Законодатель воздержался от какого-либо однозначного ответа на этот вопрос. Во-первых, можно исходить из того, что в той степени, в которой заверения не входили в предмет обязательства и ответственность за их недостоверность не укладывается в правила ГК РФ об ответственности за неисполнение обязательства, ответственность за недостоверный характер заверений носит деликтный характер. Во-вторых, можно предположить, что в случае включения заверений в договор мы имеем дело с какой-то особой формой договорной ответственности, не являющейся при этом ответственностью за неисполнение договорного обязательства (ответственность по гарантии достоверности того или иного факта). В-третьих, не исключен и такой компромиссный вариант, при котором в случаях взыскания убытков за недостоверность заверений, включенных в текст договора,

право будет видеть какую-то особенную договорную ответственность по гарантии достоверности факта (а не нарушение обязательства), а в случаях взыскания убытков за недостоверность заверений, предоставленных на стадии до заключения или после заключения договора, – какой-то особый вид деликтной ответственности. Российскому праву еще предстоит выбрать один из этих или какой-либо иной подход к определению природы ответственности за недостоверные заверения.

Примерно такую же тактику умолчания о природе ответственности законодатель выбрал и при формулировании вступивших в силу 1 июня 2015 г. норм ст. 434¹ ГК РФ об ответственности за недобросовестное ведение переговоров. Как известно, дальнейшая судебная практика (п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 23 марта 2016 г. № 7) указала на то, что такая ответственность носит характер особой формы деликтной ответственности. Какой подход выберет российская судебная практика применительно к ответственности за предоставление ложных заверений по заключенному договору, пока трудно предсказать.

Как бы то ни было, очевидно, что целый ряд общих норм об ответственности за неисполнение обязательств может быть применен к такой ответственности за недостоверные заверения по аналогии (например, ст. 404 ГК РФ о снижении объема ответственности при непринятии пострадавшим лицом разумных мер по минимизации своих убытков).

1.17. Стороны договора могут исключить или ограничить ответственность тем или иным пределом на случай выявления недостоверности предоставленных заверений. Но здесь по аналогии закона должны применяться те ограничения, которые закреплены в ст. 400 и п. 4 ст. 401 ГК РФ. Так, например, такие условия не будут иметь силы в случае, если выяснится умышленный характер поведения лица, предоставившего недостоверные заверения. Заранее исключить ответственность за откровенный обман нельзя. При этом в силу п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 умысел предполагается, а отсутствие умысла должно быть доказано лицом, привлекаемым к ответственности. Это разъяснение сформулировано в контексте применения п. 4 ст. 401 ГК РФ об ограничении или исключении ответственности за неисполнение обязательства, но оно вполне применимо по аналогии к случаям ответственности за предоставление ложных заверений. Соответственно, в случае рассмотрения спора о привлечении стороны договора к ответственности по правилам ст. 431² ГК РФ эта сторона при желании сослаться в своих возражениях на условие договора об ограничении или исключении ответственности должна доказать, что в ее поведении не было умысла и имела место неосторожность или вовсе речь идет о невиновном предоставлении недостоверной информации. О вине как основании ответственности по ст. 431² ГК РФ и случаях, когда это основание исключается, см. также комментарий к п. 4 настоящей статьи

2. Согласно п. 2 ст. 431² ГК РФ сторона, получившая недостоверные заверения, после выявления их недостоверности вправе наряду со взысканием убытков отказаться от договора. При этом такой отказ от договора на будущее возможен, только если недостоверность заверений носит существенный характер.

2.1. Исходя из положений п. 3 ст. 1, ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ, а также п. 4, 5 ст. 450¹ ГК РФ право на отказ от договора должно быть реализовано в разумный срок после того, как сторона выявила или должна была выявить ложность полученных заверений.

2.2. Использование такой правовой возможности вместо аннулирования договора по правилам ст. 178, 179 ГК РФ оправданно в тех случаях, когда жертва теряет интерес к долгосрочному и исполняемому по частям или по периодам договору, но не заинтересована в ретроспективном аннулировании такого договора с неизбежным возникновением двусторонней реституции в отношении тех предоставлений, которыми стороны успели обменяться ранее. Например, если при заключении договора найма квартиры наниматель сообщил наймодателю те или иные обстоятельства о себе (например, о своем семейном положении или роде занятий) и эта информация имела важное для принятия наймодателем решения предоставить свою квартиру во временное владение и пользование, а впоследствии по прошествии нескольких месяцев выяснилось, что наниматель при заключении договора солгал, наймодатель имеет право отказаться от договора. В такой ситуации наймодателю вряд ли разумно оспаривать договор в судебном порядке по правилам ст. 178, 179 ГК РФ, а куда удобнее наряду со взысканием убытков отказаться от договора на будущее.

2.3. В силу прямого указания в комментируемом пункте стороны вправе исключить возможность отказа от договора на случай выявления недостоверности заверений.

3. Пункт 3 ст. 431² ГК РФ подтверждает положения ст. 178, 179 ГК РФ, закрепляющие возможность при предоставлении недостоверных заверений требовать признания сделки недействительной в связи с введением в заблуждение или обманом. Положения п. 1, 2 ст. 431² ГК РФ о праве на взыскание убытков или отказ от договора не исключают права на оспаривание сделки по этим основаниям. Сторона, оказавшаяся жертвой обмана или введенная в заблуждение другой стороной, должна сама определять оптимальный вариант защиты, выбирая из всех указанных опций ту, которая в большей степени соответствует ее интересам.

При этом по логике данной статьи оспаривание договора возможно только тогда, когда недостоверные заверения предоставлялись до или при заключении договора. В случае предоставления ложных заверений в ходе исполнения договора вариант с оспариванием договора заблокирован, так как основания для недействительности сделки должны присутствовать на момент ее совершения.

3.1. Если сторона выбрала вариант оспаривания договора по правилам ст. 178 и 179 ГК РФ, она имеет право в силу прямого указания в этих нормах требовать возмещения убытков. Хотя это и не предусмотрено в этих статьях прямо, возмещение убытков в такого рода случаях носит характер защиты негативного интереса, т.е. направлено на перенесение потерпевшего в положение, эквивалентное тому, в котором он находился бы, если бы договор вовсе заключен не был.

3.2. Могут ли стороны исключить возможность применения правил ст. 178, 179 ГК РФ? Традиционным для российского права является подход, согласно которому стороны не могут в договоре исключить или ограничить правила о недействительности сделок.

4. Положение абз. 1 п. 4 ст. 431² ГК РФ устанавливает особые правила в отношении заверений, которые предоставляет сторона, осуществляющая предпринимательскую деятельность, а также любая сторона, пусть формально и не являющаяся предпринимателем, при заключении ею корпоративного договора (акционерного

соглашения или соглашения участников ООО) или договора об отчуждении акций или доли в ООО.

4.1. Здесь указывается на то, что применительно к заверениям по таким договорам сугубо коммерческого характера права жертвы на взыскание убытков или отказ от договора не зависят от того, знала ли сторона, предоставившая недостоверные заверения, об их недостоверности. Иначе говоря, ответственность в данном случае наступает и тогда, когда сторона сообщила недостоверную информацию неумышленно. Указанные в данной норме лица отвечают не только за умышленный обман.

Данная норма порождает два основных вопроса.

Во-первых, из смысла нормы следует, что ответственность наступает тогда, когда нет умысла, но имеет место неосторожность (т.е. недостоверная информация была сообщена в ситуации, когда давшее заверения лицо могло знать о недостоверности сообщаемой информации, прояви оно должную степень заботливости и осмотрительности). Но что если данное лицо в принципе невиновно, т.е. не только не знало, но и не могло, прояви она должную степень заботливости и осмотрительности, знать о недостоверности предоставляемой другой стороне информации? В комментируемой норме на этот вопрос прямого ответа нет.

Представляется, что есть основания толковать указанную норму как основание для установления строгой и в принципе не зависящей от вины ответственности, как минимум, тогда, когда заверения отражены прямо в договоре. Это решение не имеет адекватных альтернатив в отношении ситуации предоставления договорных гарантий в отношении характеристик предоставления. Такая строгая ответственность коммерсантов за недостоверные гарантии характеристики предоставления вполне согласована с тем, что коммерсанты согласно п. 3 ст. 401 ГК РФ отвечают без вины за нарушение своих обязательств.

Но, как представляется, то же решение должно применяться и в ситуации предоставления иных заверений (как минимум, если они включены в договор). Нет рациональных причин карать коммерсантов независимо от вины за нарушение договорного обязательства и при этом освобождать его от ответственности при невиновном введении другой стороны в заблуждение. Кроме того, при отказе от возмещения убытков при невиновном предоставлении недостоверной информации не менее несправедливо вынуждать жертву, положившуюся на соответствующую информацию, нести бремя своих убытков. Право должно стимулировать доверие в отношениях контрагентов и позволять одной из сторон абсолютно уверенно полагаться на заверения другой стороны, не боясь того, что впоследствии эта информация окажется ложной, а предоставившая заверения сторона в суде докажет свою невиновность. Право должно возлагать риски на ту сторону, которая способна их контролировать в большей степени. Очевидно, что в большинстве случаев та сторона, которая предоставляет заверения, имеет куда больше возможностей проконтролировать их достоверность, чем реципиент заверений.

При этом речь выше шла лишь об общем диспозитивном правиле. В силу прямого указания в комментируемой норме стороны вправе исключить в договоре строгую ответственность, установив, что санкции, указанные в п. 2, 3 данной статьи, не применяются, если будет доказано, что сторона, предоставившая заверения, сама заблуждалась и не знала об их недостоверности. Так, на практике нередко в договорах указывается на то, что соответствующие заверения достоверны, «насколько это

известно стороне», такие заверения предоставляющей: в таком случае суды должны исходить из того, что стороны в отступление от принципа строгой ответственности установили ответственность лишь за обман (т.е. умышленное предоставление ложной информации). Если же в договоре указывается на то, что заверения предоставляются в соответствии с информацией, которая имеется или могла бы иметься у предоставляющей такие заверения стороны при условии проявления ею должной заботливости и осмотрительности, следует исходить из того, что стороны в отступление от общего правила строгой ответственности установили ответственность за вину (умысел или неосторожность). При этом, конечно же исключить ответственность за умышленный обман в договоре нельзя (п. 4 ст. 401 ГК РФ).

Также такие оговорки могут сопровождать заверения, которые, не будучи включены в договор, предоставляются на стадиях до или после заключения договора. В таких случаях эти оговорки указываются не в самом договоре, а в тексте соответствующего сообщения (письма), в котором заверения и предоставляются.

Во-вторых, встает вопрос об основаниях ответственности иных лиц, не указанных в комментируемой норме (например, обычных граждан, заключающих договор, который не связан с реализацией тех или иных корпоративных прав или их отчуждением). Из положений данной нормы в предлагаемой их интерпретации от обратного следует, что за рамками указанных сугубо коммерческих по характеру договоров недостоверность заверений влечет ответственность только в случае виновности лица, предоставившего такие заверения. Иначе говоря, речь идет о ситуации умышленного обмана либо неосторожного предоставления недостоверной информации. При этом в таких случаях вина должна презюмироваться, а отсутствие вины должно быть доказано лицом, предоставившим недостоверные заверения (по аналогии с п. 2 ст. 401 ГК РФ).

4.2. В комментируемой норме также указывается на то, что в случаях предоставления заверений по указанным в ней договорам предполагается, что лицо, предоставившее такие заверения, осознавало или должно было осознавать, что другая сторона будет воспринимать их всерьез и на них полагаться. Иначе говоря, по таким договорам бремя доказывания того, что лицо, предоставившее недостоверные заверения, не осознавало и не должно было осознавать вероятность возникновения у другой стороны доверия к таким заверениям, лежит на том, кто такие недостоверные заверения предоставил. Как указано в п. 1 настоящей статьи, по общему правилу за рамками случаев, указанных в п. 4, доказывать наличие оснований для серьезного отношения к полученным заверениям должен реципиент ложных заверений.

Глава 28. ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРА

Статья 432. Основные положения о заключении договора

1. Договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.

Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров

данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

2. Договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной.

3. Сторона, принявшая от другой стороны полное или частичное исполнение по договору либо иным образом подтвердившая действие договора, не вправе требовать признания этого договора незаключенным, если заявление такого требования с учетом конкретных обстоятельств будет противоречить принципу добросовестности (пункт 3 статьи 1).

Комментарий

1. Согласно п. 1 ст. 432 ГК РФ для того, чтобы договор был признан заключенным, необходимо, чтобы между сторонами в установленной в законе форме была достигнута договоренность по всем существенным условиям.

Существенные условия договора — это такие условия, без согласования которых договор не является заключенным и не порождает правовые последствия. В случае отсутствия в договоре существенного условия пробел в договоре носит фатальный для его судьбы характер. В теории к категории существенных условий должны относиться такие условия, которые (а) суд не может, в принципе, привнести в договор посредством применения аналогии закона, аналогии права или применения принципов разумности, справедливости или добросовестности (например, наименование и количество товара в договоре купли-продажи), и (б) хотя теоретически и могут быть привнесены в договор судом посредством применения указанных приемов, но в силу важности таких условий делегация судам компетенции по их определению за стороны нежелательна, так как может спровоцировать непредсказуемость в отношениях сторон и опасные ошибки в виде определения судом условия, которое на самом деле будет противоречить интересам сторон договора (например, цена недвижимости по договору купли-продажи недвижимости).

1.1. Абзац 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ относит к существенным условиям договора три категории условий.

Первая категория — условие о предмете договора. Понятие предмета договора носит достаточно размытый характер и может провоцировать судебные споры о том, какие конкретно условия определяют предмет договора. В то же время этот критерий вряд ли имеет приемлемые альтернативы, так как составить и зафиксировать в законе исчерпывающий список существенных условий всех известных поименованных договоров и тем более договоров непоименованных просто невозможно. Акты международной унификации договорного права используют в указанных целях не менее оценочные критерии: ст. II.-4:103 Модельных правил европейского частного права говорит о необходимости «достаточной определенности» условий договора для признания его заключенным, а ст. 2.1.2 Принципов УНИДРУА говорит о необходимости «достаточной определенности» содержания оферты.

Под согласованием предмета договора разумно понимать конкретизацию в договоре содержания основных обязательств сторон с достаточной степенью детализации, чтобы их воля могла быть воспринята судом. Например, в договоре купли-продажи стороны должны конкретизировать, что конкретно и в каком объеме

подлежит отчуждению (постановления Президиума ВАС РФ от 14 февраля 2012 г. № 12632/11 и от 31 января 2006 г. № 7876/05), а в договоре подряда должны быть четко идентифицированы выполняемые работы (в частности, посредством согласования соответствующей проектной документации, технического задания и т.п.).

В принципе, условие о цене в договоре, предусматривающем оплату, также относится к предмету возмездного договора, так как конкретизирует одно из основных его обязательств. В то же время в силу того, что согласно ст. 424 ГК РФ для большинства договоров условие о цене прямо исключено из списка существенных условий, отсутствие в договоре согласованной цены не приводит к признанию договора незаключенным, если только специальные нормы закона (например, п. 1 ст. 555 ГК РФ) не указывают на существенность данного условия.

Если предмет договора определен сторонами недостаточно четко или вовсе не согласован, суду не остается ничего иного, кроме как признать договор незаключенным. В частности, суд не может определить за стороны, какой товар и в каком количестве подлежит продаже и какие конкретно работы или услуги выполнению. Случаи признания договора незаключенным из-за недостаточной детализации предмета договора часто встречаются на практике (особенно в отношении договоров возмездного оказания услуг; подробнее см. Постановление Президиума ВАС РФ от 23 августа 2005 г. № 1928/05).

1.2. Вторая категория существенных условий — это те условия, которые названы в законе или ином правовом акте в качестве существенных или необходимых для договоров данного типа. Речь идет, конечно же, о поименованных договорах, в отношении которых существует какое-либо специальное нормативное регулирование.

Закон в ряде случаев фиксирует существенные условия отдельных договоров недвусмысленно, например, оговаривая, что такие-то условия являются существенными (например, ряд условий договора страхования по ст. 942 ГК РФ), или предусматривая, что отсутствие в договоре определенного условия влечет признание договора незаключенным (например, условие о цене в договоре купли-продажи недвижимости по п. 1 ст. 555 ГК РФ или о размере арендной платы в договоре аренды зданий или сооружений согласно п. 1 ст. 654 ГК РФ).

В ряде подобных случаев такие прямые указания закона на существенность отдельных условий представляются не вполне корректными. Так, например, п. 4, 5 ст. 4 Федерального закона 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» под страхом признания договора незаключенным относят к существенным условия договора участия в долевом строительстве: (а) определение подлежащего передаче конкретного объекта долевого строительства в соответствии с проектной документацией застройщиком после получения им разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости; (б) срок передачи застройщиком объекта долевого строительства участнику долевого строительства; (в) цену договора, сроки и порядок ее уплаты; (г) гарантийный срок на объект долевого строительства; (д) способы обеспечения исполнения застройщиком обязательств по договору. Абсолютно непонятно, почему отсутствие в таком договоре условия о сроке и порядке оплаты, гарантийном сроке или способах обеспечения (т.е. упушения, допущенные застройщиком, который контролирует подготовку про-

екта договора участия в долевом строительстве) должно влечь признание договора незаключенным в ущерб интересам потребителя, а не восполнение соответствующих пробелов за счет диспозитивных или императивных норм закона.

В ряде других случаев положения закона менее однозначны и от судов требуется телеологическое (целевое) и системное толкование соответствующих норм с целью определения, была ли направлена воля законодателя на то, чтобы зафиксировать именно существенность условий. Так, часто в специальных нормах закона указывается на то, что те или иные вопросы определяются согласно условиям договора или те или иные условия указываются в договоре. В ряде случаев тем самым законодатель мог как желать, так и не желать установить существенность таких условий. Так, например, судебная практика толкует положение п. 1 ст. 740 ГК РФ, что по договору строительного подряда подрядчик обязуется построить здание «в установленный договором срок» в качестве указания на существенность условия о сроке выполнения работ в договоре строительного подряда (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 января 2000 г. № 51). Вместе с тем положение п. 1 ст. 781 ГК РФ о том, что «заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг», большинством судов справедливо не оценивается как указание на существенность условия о сроке оплаты по договору возмездного оказания услуг.

Другой пример: определение договора поставки, содержащееся в ст. 506 ГК РФ, указывает на то, что согласно такому договору товар должен поставляться «в обусловленный срок», что некоторыми судами воспринималось как указание закона на существенность условия о сроке поставки. В то же время, как справедливо указал ВАС РФ, отсутствие такого условия о сроке поставки в договоре не влечет признание договора незаключенным, а соответствующий пробел в договоре восполняется за счет применения общей диспозитивной нормы п. 2 ст. 314 ГК РФ (п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18).

Ситуация становится еще более запутанной, если ознакомиться с различными отраслевыми законодательными актами и подзаконными актами. Так, например, п. 5 ст. 13 Федерального закона от 7 декабря 2011 г. № 416-ФЗ «О водоснабжении и водоотведении» прямо относит к категории существенных условий договора водоснабжения среди прочего: а) «права и обязанности сторон по договору»; б) «ответственность в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения сторонами обязательств по договору водоснабжения» и в) «порядок урегулирования разногласий, возникающих между сторонами по договору». Достаточно очевидно, что законодатель просто не мог действительно иметь в виду, что отсутствие в договоре водоснабжения условий об ответственности или порядке урегулирования разногласий или каких-то иных подобных абсолютно второстепенных условий должно означать признание договора незаключенным, ведь единственной жертвой подобного развития событий окажется потребитель. Указание же в перечне существенных условий загадочных в своей неопределенности «прав и обязанностей сторон по договору» лишь подтверждает догадку о том, что здесь законодатель отнюдь не имел в виду существенные условия по смыслу ст. 432 ГК РФ.

Как мы видим, только телеологическое и системное толкование закона позволяет прояснить многочисленные двусмысленности, которые рассеяны по тексту российских законодательных актов. Постепенное накопление судебной практики,

толкующей подобные положения специальных норм закона, проясняет круг существенных условий поименованных договоров. Так, например, ВАС РФ в 2014 г. признал, что в силу существа обязательств по договору возмездного оказания услуг положение п. 1 ст. 708 ГК РФ о существенности условия о сроке выполнения работ в договоре подряда не применяется к договорам возмездного оказания услуг и не делает условие о сроке оказания услуг существенным (п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165). Тем самым была решена старая проблема, которая долгое время решалась нижестоящими судами применительно к договорам оказания услуг неодинаково, а также было однозначно указано, что срок выполнения работ является существенным условием не только для договора строительного подряда, но и для любого иного подрядного договора. В то же время это решение не представляется оптимальным, так как в ряде случаев срок оказания услуг настолько принципиален, что можно исходить из того, что он входит в предмет договора и без его согласования договор следует признать незаключенным (например, дата проведения конференции или концерта). Так что, возможно, судебной практике в дальнейшем придется сделать определенные исключения из правовой позиции о несущественности срока оказания услуг.

1.3. Третья категория существенных условий – условия, по которым согласно заявлению одной из сторон должно быть достигнуто согласие. Это положение означает, что любые условия, которые одна из сторон фиксирует в своей оферте (например, направляемом проекте договора), приравниваются к существенным и должны быть согласованы для того, чтобы договор был признан заключенным.

Иногда встречается мнение, что для признания выдвинутых одной из сторон условий существенными необходима прямая оговорка в оферте о том, что такие условия или некоторые из них являются существенными. В рамках этой ошибочной интерпретации при отсутствии в оферте такой специальной оговорки согласие другой стороны с теми условиями оферты, которые характеризуют предмет договора или являются объективно существенными в силу указания в законе, достаточно для признания договора заключенным и договор будет считаться вступившим в силу в части согласованных условий без учета тех объективно несущественных условий оферты, по которым у стороны остались разногласия. Такая точка зрения является в корне неверной, так как не учитывает системное толкование закона и тот факт, что в силу ст. 443 ГК РФ «ответ о согласии заключить договор на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом»; «такой ответ признается отказом от акцепта и в то же время новой офертой», а в силу п. 1 ст. 438 ГК РФ «акцепт должен быть полным и безоговорочным». В этих условиях системное толкование п. 1 ст. 438, ст. 443 ГК РФ и п. 1 ст. 432 ГК РФ не оставляет сомнений в том, что сам факт включения оферентом тех или иных условий в оферту означает, что для него согласование таких условий является принципиальным, и лишь частичное согласие другой стороны не влечет заключение договора. Иное толкование не только противоречило бы ст. 443 ГК РФ и п. 1 ст. 438 ГК РФ, но и по существу было бы крайне неудачным, дестабилизируя отношения сторон и подрывая основной принцип договорного права – автономию воли, ведь такое ошибочное толкование означало бы, что оференту может быть навязано содержание договора, не соответствующее тому, на что он сам выразил волю. Нет никаких гарантий, что оферент согласился бы делать оферту или изложил бы ее условия именно в имеющейся редакции, если

бы он знал, что акцептант акцептует оферту лишь в части и суд признает договор заключенным лишь в этой части. Все условия договора тесно переплетены между собой. Поэтому следует исходить из того, что сам факт включения в оферту тех или иных условий означает, что их согласование принципиально для оферента. Исключение может быть сделано только в отношении таких изменений или дополнений оферты, которые, в принципе, не меняют правовой эффект договора и не затрагивают предусмотренных в нем прав или обязанностей (например, когда акцептант изменил не условия договора как таковые, а некоторые реквизиты, такие как имя своего представителя, уполномоченного на подписание договора, или банковские реквизиты, указанные в подписанном оферентом проекте договора).

Отдельная проблема возникает в случае, когда у сторон остались неснятые разногласия, но договор начинает исполняться. По этому вопросу см. комментарии к п. 3 настоящей статьи, а также к п. 1 ст. 438 ГК РФ и ст. 443 ГК РФ.

1.4. Существенные условия должны быть согласованы сторонами в самом договоре или в различных дополнениях к нему (дополнительных соглашениях, приложениях, спецификациях и т.п.; см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 14 февраля 2012 г. № 12632/11). В таких ситуациях договор будет считаться заключенным с момента заключения такой дополнительной, конкретизирующей сделки.

Кроме того, могут иметь место ситуации, когда в тексте договора или дополнениях к нему те или иные существенные условия не указаны, но они определены в подписанной сторонами документации, оформляющей исполнение договора (акты выполненных работ, накладные и т.п.; см. постановления Президиума ВАС РФ от 28 октября 2010 г. № 15300/08 и от 31 января 2006 г. № 7876/05). В такой ситуации договор также следует признавать заключенным и действующим. Спорным в таких случаях может оказаться лишь вопрос о моменте заключения договора. С одной стороны, договор может быть признан заключенным с момента принятия исполнения, оформленного такой документацией, с указанием отсутствующих в подписанном ранее договоре существенных условий. С другой стороны, в ряде случаев само согласие по существенным условиям могло быть достигнуто одновременно с подписанием договора-документа, но носило лишь устный характер, а принятие исполнения и оформление соответствующей документации выступают в качестве доказательства достижения устного соглашения по таким параметрам по правилам ст. 162 ГК РФ. В подобных случаях договор следует признать заключенным с момента оформления договора-документа. Как минимум в тех случаях, когда письменная форма договора не установлена законом под страхом ничтожности, такой вариант обоснования даты заключения договора вполне возможен.

Существенные условия могут определяться и в форме одностороннего волеизъявления одной из сторон, если договор или закон прямо предоставляет этой стороне такое право. Данная ситуация имеет место в случае заключения рамочного опционного договора с исполнением по заявкам (см. комментарии к ст. 429¹ и 429³ ГК РФ).

1.5. Существенные условия договора могут носить не четко определенный, но определяемый характер. В последнем случае стороны фиксируют в договоре алгоритм определения существенных условий, который может позволить к моменту исполнения договора определять значение такого условия. В частности, включение в договор валютной оговорки (ст. 317 ГК РФ), по сути, означает установление в договоре не четкого размера цены, а алгоритма его определения (подлежит уплате рублевая

сумма, которая к моменту оплаты будет эквивалентна указанной сумме иностранной валюты по соответствующему курсу). Поэтому в тех случаях, когда условие о цене является в силу закона существенным, такое условие следует считать согласованным и в случаях использования валютной оговорки. Возможность установления иных вариантов определяемых существенных условий поддерживает и судебная практика (п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 29 января 2015 г. № 2; Постановление Президиума ВАС РФ от 4 декабря 2012 г. № 11277/12). Принципиально лишь то, чтобы такой алгоритм определения содержания существенного условия позволял определить его к моменту исполнения без необходимости дополнительного согласования взаимных волей сторон.

1.6. Указание в комментируемом пункте на то, что соглашение по существенным условиям должно быть оформлено *в требуемой форме*, необходимо прояснить. Если договор содержит все существенные условия, но при этом не соблюдены императивные требования к форме сделки, как правило, в силу общих положений о сделках применяется не такое последствие, как констатация незаключенности договора, а иные последствия. Так, если для договора установлена обязательная письменная форма (например, договор с участием юридического лица или договор на сумму более 10 000 руб.), а договор заключен в устной форме, такой договор будет считаться заключенным и действительным, но сторонам при возникновении спора о факте его заключения или его содержании запрещено в суде ссылаться на свидетельские показания (ст. 161, 162 ГК РФ). Те же последствия будут иметь место и тогда, когда закон устанавливает дополнительные требования к письменной форме сделки (например, составление в виде единого документа) и прямо не оговаривает последствия нарушения таких требований (абз. 3 п. 1 ст. 160 ГК РФ). Если для договора в силу прямого указания закона установлена обязательная письменная форма или установлены дополнительные требования к форме (например, оформление в виде единого документа) и при этом прямо указано на ничтожность (недействительность) договора в случае нарушения таких предписаний (например, ст. 331, 362, 550 ГК РФ и т.п.), речь также пойдет не о незаключенности, а о ничтожности. Если для договора в силу прямого указания в законе обязательно соблюдение нотариальной формы сделки, несоблюдение данного требования влечет ничтожность договора (п. 3 ст. 163 ГК РФ). Видимо, нет смысла выводить из оброненной законодателем в п. 1 комментируемой статьи фразы о том, что договор считается заключенным в случаях достижения согласия по существенным условиям в требуемой форме, делать далеко идущий вывод о полном исключении указанных общих правил о последствиях несоблюдения тех или иных требований к форме сделки. Это радикально сужало бы охват общих правил о форме сделки исключительно до сделок односторонних и вряд ли было бы оправданным.

Ситуация становится, правда, куда более сложной в случае, когда обязательные требования к оформлению договора установлены в некоем заранее заключенном соглашении (рамочном, предварительном договоре и т.п.). Применительно к таким случаям в п. 1 ст. 434 ГК РФ законодатель высказался куда более однозначно: «Если стороны договорились заключить договор в определенной форме, он считается заключенным после придания ему условленной формы, хотя бы законом для договоров данного вида такая форма не требовалась». Соответственно, в такой ситуации, действительно, мы вынуждены применять это специальное правило и исключать

применение общих правил о сделках. Соответственно, если в некоем договоре указано, что соглашение о расторжении или изменении этого договора должно оформляться письменно в виде единого подписанного сторонами документа, или в рамочном договоре установлено, что дополнительные конкретизирующие его содержание соглашения должны оформляться письменно или в виде единого подписанного сторонами документа и в таком договоре нет прямых указаний на последствия нарушения этих особых требований, суд согласно букве п. 1 ст. 434 ГК РФ должен констатировать, что соглашение, нарушающее эти специальные требования к форме, не заключено. Применение в данном контексте общих правил о сделках, согласно которым несоблюдение письменной формы сделки влечет признание сделки действительной, но блокируется право ссылаться на свидетельские показания при ее доказывании, видимо, исключено.

Единственное исключение – случай, когда стороны согласовали необходимость соблюдения нотариальной формы соглашения. В таком случае, хотя речь и идет о дополнительных требованиях к форме, установленных самими сторонами, видимо, логичнее применять специальную норму ст. 163 ГК РФ, согласно которой в случаях, когда обязательность нотариального удостоверения сделки как из закона, *так и из соглашения сторон*, несоблюдение такой формы влечет именно ничтожность сделки.

В принципе, есть определенные сомнения в логичности такого несколько запутанного регулирования.

О форме договора см. также комментарий к п. 1 ст. 434 ГК РФ.

1.7. Вопрос о незаключенности договора (в том числе по причине отсутствия в нем существенных условий) может быть поднят в суде как на основании возражений одной из сторон (например, заявленных в ответ на иск другой стороны об исполнении договора), так и на основании самостоятельного или встречного иска о признании договора незаключенным. Последний иск нередко заявляется в судебной практике, он не носит преобразовательный характер (в отличие от иска об оспаривании сделки) и имеет целью лишь констатировать, подтвердить отсутствие правового эффекта договора (т.е. отсутствие правоотношений). Возможность заявления такого иска признана в п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 57 и с 1 июня 2015 г. однозначно следует из формулировки п. 3 комментируемой статьи.

Кроме того, суд при рассмотрении спора о неисполнении договорных обязательств или иного договорного спора вправе признать договор незаключенным и в отсутствие иска о признании договора незаключенным или возражения одной из сторон со ссылкой на незаключенность договора (п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 57).

Незаключенный договор является фактически отсутствующим и не порождает вовсе никаких правовых последствий. Правила о недействительности договора к такой ситуации неприменимы (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165). Соответственно, предоставленное по незаключенному договору предоставление подлежит возврату по правилам Главы 60 ГК РФ о неосновательном обогащении, правила о реституции здесь не применяются.

2. Согласно п. 2 ст. 432 ГК РФ договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договора) одной стороной и ее акцепта (принятия

предложения) другой стороной. Договор является двусторонней или многосторонней сделкой. Соответственно, для его заключения требуется изъявление воли более чем одного лица. Волеизъявления сторон на вступление в договор и обозначаются в качестве оферты и акцепта.

Договор считается заключенным посредством оферты и акцепта и тогда, когда он подписывается в виде единого документа. Наиболее типичная форма заключения договора в хозяйственной практике состоит в подписании одной из сторон двух экземпляров договора и направления их другой стороне для подписания с последующим возвратом подписанного экземпляра первой стороне. В таком случае подписание экземпляров первой по очереди стороной будет считаться офертой, а второй стороной – акцептом. Более того, оферта и акцепт имеют место и тогда, когда договор подписывается в присутствии сторон. Просто в этом случае разрыв во времени между подписанием экземпляров договора одной стороной оказывается минимальным.

В то же время могут встречаться ситуации, когда квалификация встречных волеизъявлений в качестве последовательных оферты и акцепта не столь однозначна. В частности, такая проблема возникает тогда, когда стороны подписывают по одному экземпляру обсужденного и согласованного заранее текста договора и обмениваются ими. Такая практика встречается в обороте. Представляется, что четко определить, кто из сторон здесь является оферентом, а кто акцептантом, в такой ситуации достаточно проблематично. По сути, каждая из сторон является одновременно и оферентом, и акцептантом. Нередко сложно разложить процесс заключения договора на последовательный обмен офертой и акцептом и в ситуации, когда договор заключается между тремя и более контрагентами. Использование этих способов заключения договора не запрещено, но может порождать споры о моменте заключения договора. Подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 433 ГК РФ.

3. Пункт 3 ст. 432 ГК РФ, появившийся в ГК РФ с 1 июня 2015 г., закрепляет важный механизм «санации» договора, в который формально не считается заключенным. Согласно этой норме сторона, принявшая от другой стороны исполнение по договору или иным образом подтвердившая его действие, не может ссылаться на формальную незаключенность договора, если такая ссылка в контексте конкретных обстоятельств будет свидетельствовать о недобросовестности.

3.1. Это положение применимо в первую очередь к ситуации отсутствия в договоре существенного условия. Ранее данная идея выводилась в судебной практике (постановления Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2011 г. № 13970/10 и от 5 февраля 2013 г. № 12444/12; п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165).

Если в договоре не согласованы некоторые существенные условия, но впоследствии одна из сторон подтверждает действие договора (принимает исполнение, сама исполняет свое встречное обязательство или совершает иные действия, подтверждающие действие договора), то попытка этой же стороны впоследствии сослаться на незаключенность (потребовать признания договора незаключенным в суде или возразить о незаключенности в ходе того или иного договорного спора) может расцениваться как недобросовестное, непоследовательное поведение, которое подрывает возникшие у контрагента, полагавшего на предшествующее конклюдентное

поведение первой стороны, разумные ожидания. В этом случае суд блокирует ссылку на незаключенность и исходит из факта заключенности договора.

В научном плане вопрос о том, является ли это правило частным случаем применения правила эстоппель или неким особым вариантом ратификации, подтверждения порочного договора, может обсуждаться. С учетом прямой отсылки в комментируемой норме к принципу добросовестности первый вариант кажется более убедительным.

Многое при применении принципа эстоппель в данной ситуации зависит от конкретных обстоятельств дела. В частности, принципиальное значение имеет то, вытекает ли из подтверждающего, конклюдентного поведения одной из сторон ее согласие с отсутствующим в договоре существенным условием. Если да, то есть основание для применения принципа эстоппель. Если нет и вопрос об отсутствии согласия по существенному условию никак не снимается за счет последующего поведения, то нет и оснований «исцелять» договор и признавать его заключенным.

Например, если в договоре подряда прямо не согласовано существенное условие о сроке выполнения работ, но впоследствии работы выполнены и заказчиком без возражений приняты, при попытке заказчика в ответ на иск о взыскании долга за выполненные работы сослаться на незаключенность договора суд должен применять эстоппель из п. 3 ст. 432 ГК РФ, так как сам факт принятия работ конклюдентно свидетельствует о том, что срок, в который фактически уложился подрядчик, заказчика устроил, и, по сути, условие о сроке работ, таким образом, конклюдентно согласовано. Другая ситуация имела бы место, если в договоре подряда отсутствует срок выполнения работ или точное описание работ, а заказчик вносит подрядчику предоплату или передает материалы. В такой ситуации, несмотря на то что одна или даже обе стороны совершают действия, которые свидетельствуют о том, что они относятся к договору как к заключенному, вопрос о сроке выполнения работ или самом предмете договора никак таким поведением не проясняется. Поэтому если впоследствии стороны так и не договорятся о сроке работ или предмете договора, ссылка одной из сторон при рассмотрении спора на незаключенность договора не должна признаваться в качестве недобросовестной и отвергаться на том основании, что эта сторона ранее вела себя так, как если бы договор был заключен, ведь если суд в такой ситуации отвергнет ссылку на незаключенность и признает договор заключенным, ему придется как-то восполнить пробел в договоре и определить существенное условие, в то время как сам существенный характер отсутствующего условия исключает право суда его определять по собственному разумению (это особенно очевидно применительно к такому существенному условию, как предмет договора).

3.2. Из смысла комментируемой нормы следует, что она применяется не только к тем случаям, когда незаключенность договора вытекает из факта отсутствия в договоре существенных условий, но и к тем случаям, когда незаключенность наступает из-за несоблюдения установленной формы договора. Как показано в комментарии к п. 1 настоящей статьи, а также в комментарии к п. 1 ст. 434 ГК РФ, признание договора незаключенным в силу несоблюдения требования к форме договора актуально только для тех редких ситуаций, когда в некоем ранее заключенном соглашении сторон установлена необходимость письменного оформления тех или иных договоров или предъявляются дополнительные требования к оформлению таких документов (за исключением случаев, когда речь идет об установлении в соглашении

требования о нотариальном удостоверении последующих договоров). В случаях же, когда требования к форме договора установлены в законе, а также когда речь идет об установлении сторонами обязательной нотариальной формы договоров, несоблюдение таких требований к форме влечет либо ничтожность договора (в случае с несоблюдением нотариальной формы, установленной в законе или договоре, а также в случае, когда закон прямо указывает на ничтожность в качестве последствия нарушения требований к форме того или иного договора), либо действительность, сопрягаемую с запретом ссылаться на свидетельские показания (в случае нарушения общих правил ГК РФ о письменной форме сделки или дополнительных требований к форме, не сопровождающихся указанием на ничтожность). К подобным ситуациям п. 3 ст. 432 ГК РФ неприменим.

Соответственно, если заключенный договор требовал на будущее оформления неких соглашений между сторонами в письменной форме или предъявлял еще более высокие требования к форме таких соглашений (например, составление и подписание единого документа), такие требования не соблюдены, но при этом одна из сторон впоследствии подтвердила своим конклюдентным поведением достижение такого соглашения, то в силу комментируемой нормы она впоследствии не может ссылаться на его незаключенность. Если такое подтверждение следует из поведения обеих сторон, то ни одна из сторон не может ссылаться на незаключенность, и, по сути, соглашение должно считаться порождающим соответствующий правовой эффект. Так, например, если стороны заключили соглашение о расторжении договора в переписке и не оформили единый документ вопреки прямому требованию договора о необходимости подписания сторонами единого соглашения — документа о расторжении, но впоследствии осуществили действия, свидетельствующие о полном взаимопонимании на сей счет (например, подрядчик вернул аванс, а подрядчик — переданные ему материалы), суд должен констатировать расторжение договора вопреки формальному отсутствию подписанного сторонами документа о расторжении.

3.3. Остается только заметить, что к случаям, когда несоблюдение требования формы договора должно влечь не незаключенность, а ничтожность договора, в некоторых ситуациях могут применяться иные механизмы «спасения» договора (п. 1 ст. 165 и п. 5 ст. 166 ГК РФ). Так, согласно п. 1 ст. 165 ГК РФ, «если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, требующую нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от такого удостоверения сделки, суд по требованию исполнившей сделку стороны вправе признать сделку действительной», и «в этом случае последующее нотариальное удостоверение сделки не требуется». В такого рода случаях происходит так называемая конвалидация ничтожной сделки. Другой пример: если договор краткосрочной аренды помещения заключен в нарушение нормы п. 1 ст. 651 ГК РФ не в виде единого подписанного сторонами документа, а посредством обмена отдельными документами, ему по общему правилу в силу прямого указания в данной норме грозит недействительность (ничтожность). Но в случае, когда обе стороны договора приступили к исполнению такого договора (например, арендодатель передал арендатору помещение, а тот внес обеспечительный платеж), последующая ссылка любой из сторон на ничтожность договора может быть признана судом недобросовестной и заблокирована по правилам п. 5 ст. 166 ГК РФ. Эти механизмы «спасения» договора во многом напоминают правило, установленное в п. 3 ст. 432 ГК РФ.

Статья 433. Момент заключения договора

1. Договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта.

2. Если в соответствии с законом для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества (статья 224).

3. Договор, подлежащий государственной регистрации, считается для третьих лиц заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом.

Комментарий

1. Договор является соглашением сторон, двух- или многосторонней сделкой. Так как любое соглашение требует волеизъявлений всех его сторон, вполне логично, что закон должен определить момент заключения договора.

1.1. Если речь идет о типичном договоре с участием двух лиц, возможны две основные модели заключения договора. Первая модель — заключение договора между присутствующими, когда два волеизъявления совершаются непосредственно в присутствии друг друга или даже дистанционно, но в рамках непосредственного контакта (по телефону, например). При устном совершении договора между присутствующими речь идет об обмене соответствующими фразами, отражающими согласие на заключение договора, и договор будет заключен в момент, когда стороны, не разрывая контакт пришли к устному соглашению (п. 2 ст. 441 ГК РФ). При письменном оформлении договора договор в рамках такой модели будет заключен, когда договор подписан сторонами. В подобных ситуациях обмен офертой и акцептом происходит практически одновременно. Соответственно разрыв во времени либо вовсе не происходит, либо носит незначительный характер. К такой ситуации правило п. 1 ст. 433 ГК РФ вполне применимо.

Вторая модель — заключение договора между отсутствующими. Эта наиболее распространенная в коммерческой практике ситуация имеет место при заключении договора посредством манифестации разорванных во времени волеизъявлений. При устной форме заключения договора в рамках такой модели одна из сторон озвучивает свое предложение, а другая сторона, обдумав его, впоследствии устно выходит на связь (например, по телефону) или при личной встрече сообщает о своем согласии. Это в силу п. 2 ст. 441 ГК РФ возможно, если оферент предоставил акцептанту некий срок на акцепт. При письменной форме одна сторона направляет другой стороне письменное предложение, а другая сторона, получив и рассмотрев его, возвращает документ, выражающий согласие. В подобной ситуации норма п. 1 ст. 433 ГК РФ приводит к выводу о том, что договор будет заключен в момент доставки акцепта оференту. Определение этого момента при письменной коммуникации подчиняется специальным правилам ст. 165¹ ГК РФ о моменте возникновения правовых последствий юридически значимых сообщений и уведомлений.

Данное правило при его применении к письменной и разорванной во времени коммуникации таит в себе некоторые риски для акцептанта: между доставкой акцепта оференту и моментом, когда акцептант узнает о такой доставке, может пройти некоторое время. Этот период вряд ли будет на практике сколько-нибудь значительным с учетом

современных технологий и возможности отслеживать пробег письма на сайте Почты России или известных курьерских служб практически в живом времени. Но теоретически некий разрыв во времени может быть: в рамках этого короткого периода времени договор будет считаться заключенным, но акцептант знать об этом не будет. Но эта проблема не имеет решения в случае заключения договора путем обмена письмами. При выборе в пользу «принципа отправки» будет возникать зеркальная проблема: разница лишь в том, что некоторое время не знать о наступлении момента заключения договора будет offerent. Выбор законодателя оправдан, так как отправитель (акцептант) в современных условиях может сам выбирать способ отправки письма и выбирать такой, который позволяет легко и оперативно отслеживать прохождение своего письма и своевременно фиксировать дату доставки посредством соответствующих электронных сервисов Почты России или соответствующих курьерских служб. При выборе в пользу «принципа отправки» ситуация была бы намного хуже, так как адресат не имеет возможности узнать о дате отправки в принципе, пока не получит само письмо.

Аналогичный подход отражен и в п. 1 ст. П.-4:205 Модельных правил европейского частного права, п. 2 ст. 2.1.6 Принципов УНИДРУА и п. 2 ст. 18 Венской конвенции 1980 г.

1.2. При заключении договора в письменном виде между присутствующими обычно оформляется договор в виде единого документа, подписанного сторонами. Датой заключения договора в такой ситуации будет момент подписания.

Сложность на практике нередко возникает тогда, когда в реквизитах подписанного договора стоит конкретная дата, которая может отличаться от даты фактического подписания. Если эта указанная в договоре дата наступает позже, чем дата фактического подписания, особых проблем нет. Суды могут исходить из того, что стороны просто отсрочили дату вступления заключенного договора в силу. Иначе говоря, в этом случае датой заключения договора все равно следует считать момент подписания, а указанную в договоре дату следует рассматривать как дату возникновения прав и обязанностей. До наступления этой даты стороны, подписавшие договор, уже связаны своими волеизъявлениями и не могут по общему правилу от них отказаться, но права и обязанности по договору возникают лишь в момент наступления указанного в договоре срока вступления его в силу. Более тяжелая ситуация возникает тогда, когда дата, указанная в реквизитах договора-документа, предшествует дате фактического заключения. Эта ситуация на практике возникает очень часто, так как существует обычай датирования проекта договора-документа ранее момента фактического подписания. Разрыв во времени может состоять как в нескольких днях, так и нескольких месяцах. В таких ситуациях если считать договор заключенным, права и обязанности возникшими, а сроки исполнения начавшими исчисляться в дату, указанную в реквизитах договора, а не в дату фактического подписания, может случиться, что одна из сторон окажется в просрочке уже в сам момент подписания договора. Вопрос следует поставить так: могут ли стороны сместить дату, с которой договор считается заключенным, в прошлое?

Представляется, что ретроспективность действия договора возможна, но по правилам п. 2 ст. 425 ГК РФ, согласно которым «стороны вправе установить, что условия заключенного ими договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора, если иное не установлено законом или не вытекает из существа соответствующих отношений». Эта так называемая ретроактивная оговорка может

быть включена в договор, но она означает, что условия заключенного договора применяется ретроактивно, только если какие-то фактические отношения имели место (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 425 ГК РФ). Более того, ретроактивная оговорка отнюдь не равнозначна смещению в прошлое даты заключения договора. Договор все равно должен считаться заключенным в момент его подписания. Именно на эту дату следует определять полномочия лиц, подписывающих договор, законность соответствующей сделки и т.п. Иначе говоря, ретроактивная оговорка не то же самое, что смещение в прошлое момента заключения договора. Но вряд ли разумно считать один лишь факт указания в реквизитах договора даты более ранней, чем доказанная дата фактического подписания, как выражение воли сторон на включение в контракт подобной ретроактивной оговорки. На практике стороны, как правило, отнюдь не имеют этого в виду, а просто воспринимают дату, которую они фиксируют в верхней части проекта договора, в качестве ничего не значащего реквизита, индивидуализирующего проект, данью сложившейся традиции.

Если в договоре нет прямо выраженной ретроактивной оговорки, но он подписан позже той даты, которая указана в реквизитах договора, суды при определении даты заключения договора должны исходить из реальной даты подписания в строгом соответствии с п. 1 ст. 433 ГК РФ. Дата же, указанная в реквизитах, в таких случаях должна восприниматься лишь как технический элемент, дата составления или распечатывания проекта договора, если, конечно, иное не следует из толкования договора.

В то же время если дата фактического подписания не может быть установлена, судам следует исходить из опровержимой презумпции того, что договор был подписан в ту дату, которая указана в тексте договора. Так на практике чаще всего и происходит. Остается только отметить, что в практическом плане доказать, что договор-документ подписывался сторонами позже даты, указанной в реквизитах договора, как правило, достаточно сложно, если другая сторона недобросовестно отрицает имевшие место в действительности факты, и при этом в самом договоре рядом с подписями сторон не проставлены даты подписания.

1.3. Если речь идет не о простом указании в реквизитах договора-документа его даты, а о прямом и недвусмысленном указании в тексте договора на то, что он считается заключенным с определенной даты, и эта дата наступила раньше, чем договор был реально подписан, такое условие следует, видимо, интерпретировать как не вполне корректно изложенную ретроактивную оговорку. Последнее будет означать не что иное, как распространение условий договора, заключенного в момент его подписания, на фактические отношения, складывавшиеся ранее. Но даже и в этом случае ретроактивность работает, только если такие отношения фактически имели место (например, пользование предметом аренды). Если таких отношений не было, ретроактивность не может сработать.

Тем не менее в практике имеются примеры, когда суды признают договор заключенным в момент, прямо указанный в самом договоре в качестве даты, с которой договор считается заключенным, несмотря на то, что он фактически подписывался намного позднее, и распространяют его условия на прошлое даже в ситуации полного отсутствия фактических отношений в данный предшествующий подписания договора период. Так, в Определении КЭС ВС РФ от 2 июня 2015 г. № 304-ЭС15-975 указано: «фактическая дата подписания договора (01.04.2011) не изменяет начало срока его действия, определенного сторонами в самом договоре и аукционной

документации с 01.10.2010». Такой подход представляется неверным. Его развитие и широкое применение могут означать следующее: стороны могут подписать договор, в котором указано на то, что он считается заключенным год назад, после чего одна из сторон незамедлительно фиксирует значительную просрочку в исполнении обязательств другой стороны, предъявляет ко взысканию неустойку, отказывается от договора и взыскивает убытки по правилам ст. 393¹ ГК РФ. Или можно представить себе ситуацию, когда по подписанному в 2016 г. лицензионному договору, в котором указывается на его якобы заключенность с 2013 г., лицензиату придется платить лицензионные платежи за три года, в течение которых никакого права на использование интеллектуальной собственности у лицензиата на самом деле не было. Эти примеры показывают абсурдность попыток обосновать возможность смещения в прошлое именно момента заключения договора.

1.4. Нет особых резонов возражать против возможности в ранее заключенном сторонами договоре (например, рамочном договоре) исключить применение п. 1 ст. 433 ГК РФ для дальнейших сделок сторон (например, дополнительных соглашений, спецификаций и т.п.) и предусмотреть правило, согласно которому такая сделка будет заключена в момент отправки акцепта по почте или посредством той или иной курьерской службы. Как минимум если такой договор заключается между коммерсантами в условиях отсутствия явного неравенства переговорных возможностей, нет ни одной политико-правовой причины ограничивать свободу договора. То, что такое решение хотя и отвергается нашим законом в п. 1 ст. 433 ГК РФ в качестве общего правила, но все же не является абсолютно неприемлемым и может быть установлено по соглашению сторон, подтверждается и тем, что оно долгие годы действовало и отчасти действует в странах англосаксонского права в качестве общего правила (так называемого *posting rule* или *mailbox rule*).

1.5. Правило п. 1 ст. 433 ГК РФ о том, что договор заключен в момент доставки акцепта оференту, применяется и к тем случаям, когда оферта выражалась в направлении акцептанту двух подписанных оферентом экземпляров договора, а акцепт — в возвращении оференту одного из таких экземпляров, подписанного акцептантом. Таким образом заключается в России подавляющее число коммерческих договоров. В этой ситуации тот факт, что договор оформляется в виде единого документа, никак не отменяет того факта, что речь идет о дистанционной форме обмена офертой и акцептом и заключении договора между отсутствующими. Соответственно договор будет заключен в момент возврата экземпляра, а сам экземпляр должен быть возвращен в указанный в волеизъявлении оферента (сопроводительном письме или самом проекте договора) срок, а при отсутствии такого срока — в течение нормально необходимого срока (ст. 440, 441 ГК РФ). Признается этот подход и в судебной практике (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 3 июля 2007 г. № 3238/07). Альтернативный подход, состоящий в признании договора заключенным в момент подписания экземпляров договора акцептантом, а не в момент возврата одного из таких экземпляров оференту, не вписывается в положения ГК РФ и приводил бы к абсолютной несправедливости. В таком случае оферент не имел бы никакого понятия о том, что договор уже заключен, его обязательства возникли, а он сам, возможно, уже находится в просрочке. Акцептант же при реализации этого отвергаемого нами подхода не имел бы никаких стимулов возвращать экземпляр оференту, что представляется абсолютно аномальным.

Следует также учитывать, что правила ГК РФ о моменте заключения договора не могут быть исключены лишь на том основании, что в реквизитах договора-документа может стоять конкретная дата. Как уже отмечалось, эта дата в реальной деловой практике никакого отношения, к дате заключения договора не имеет, а является датой распечатывания оферты (экземпляров договора) и чаще всего предшествует не только акцепту, но даже и моменту подписания оферты оферентом. Принимать этот реквизит документа в качестве даты заключения договора можно только тогда, когда дата реального заключения договора (например, дата возврата акцепта) не доказана.

Более сложная ситуация возникает, если в оферте, выраженной в форме подписанных оферентом экземпляров, прямо и недвусмысленно указано, с какого числа договор считается заключенным. В этом случае иногда предлагается исходить из того, что оферент прямо отказался от той защиты, которая предоставляется ему по правилам п. 1 ст. 433 ГК РФ. При таком подходе договор может оказаться заключенным в указанную в договоре дату независимо от того, что оферент может получить экземпляр через многие годы или вовсе не получить его. С одной стороны, если оферент является коммерсантом и сам осознанно отказывается от защиты своих интересов и ставит себя в крайне уязвимое положение, праву, казалось бы, нет особой нужды защищать эту сторону. Но с другой стороны, ситуация, когда договор считается заключенным, обязательства оферента возникли, а экземпляр договора (т.е. акцепт) даже не отправлен оференту или отправлен ему через очень продолжительное время, представляется абсолютно этически неприемлемой и в высшей степени несправедливой. Примирить эти соображения, возможно, следует, выбрав следующее компромиссное решение: если в договоре, отправленном оферентом, прямо указана дата его заключения, волю оферента следует уважать, а договор считать заключенным в эту дату, если акцептант в разумный срок вернул акцепт (подписанный со своей стороны экземпляр). Образующийся разрыв во времени не должен быть большим и может рассматриваться как приемлемый и добровольно принятый на себя оферентом риск. Если же акцептант вовсе не возвращает оференту подписанный экземпляр или возвращает его за пределами всех разумных сроков, договор не следует считать вовсе заключенным кроме случаев, когда оферент впоследствии подтвердил действие договора. При отсутствии такого конклюдентного подтверждения указанная в договоре дата заключения судом должна игнорироваться.

При этом следует заметить, что нередко суды на практике исходят из следующего алгоритма: если в дело представлен экземпляр договора, подписанный сторонами, и на этом документе стоит дата, они исходят из опровержимой презумпции того, что договор заключался между присутствующими, а дата, указанная в реквизитах документа, соответствует дате фактического подписания. Эта презумпция опровергается, если будет доказано, что договор заключался дистанционно и одна из сторон направляла оферту в виде двух подписанных экземпляров. Если эти обстоятельства доказаны, бремя доказывания возврата акцепта и своевременности такого возврата переносится на акцептанта, а договор признается заключенным, только если такой возврат состоялся в разумный срок. Такой подход представляется логичным и даже неизбежным.

1.6. Если лицо предоставляет другой стороне два экземпляра договора, не подписанные со своей стороны (такая практика нередко встречается), следует считать,

что это лицо передало не оферту, а предложение делать оферту. Соответственно договор не должен считаться заключенным, когда другая сторона вернула два подписанных экземпляра, так как это действие не будет рассматриваться как акцепт, а представляет собой оферту. Такой договор должен считаться заключенным, когда первая сторона (предложившая делать оферту и впоследствии ставшая акцептантом), получив назад эти экземпляры уже с подписью другой стороны (оферента), вернула подписанный со своей стороны один экземпляр этому оференту. В то же время в судебной практике встречается и обратный подход, квалифицирующий передачу неподписанных экземпляров в качестве полноценной оферты и признающий в этой связи договор заключенным в момент возврата такому лицу, признаваемому оферентом, двух подписанных экземпляров (Постановление Президиума ВАС РФ от 23 декабря 2003 г. № 12998/03). Такой подход представляется неверным.

1.7. При заключении договора в Интернете на сайте соответствующего интернет-магазина договор должен считаться заключенным в момент, когда соответствующий пользователь, получив возможность ознакомиться с опубликованными на сайте условиями публичной оферты, соглашается с ними посредством «клика» по соответствующей ссылке или иным подобным электронным образом. Владелец интернет-магазина считается уведомленным о таком акцепте в тот же момент. Специфика электронной торговли, к сожалению, не отражена в российском законодательном регулировании, но описанный выше тезис о моменте заключения договора выводится из общих положений п. 1 ст. 433 ГК РФ.

1.8. Далеко не всякий договор заключается таким образом, что правила комментируемого пункта о моменте заключения договора применимы. Это не учитывается в отечественном ГК РФ, исходящем как будто бы из того, что любой договор заключается посредством принятия полученного предложения. В этом плане более разумно поступили разработчики Модельных правил европейского частного права, оговорив в ст. II.-4:211, что договор может заключаться и за рамками типичной модели акцепта поступившей оферты и тогда к такой ситуации правила об оферте и акцепте применяются с необходимыми адаптациями.

Так, например, правило п. 1 ст. 433 ГК РФ неприменимо в ситуации, когда договор заключается не посредством последовательного обмена оферты и акцепта, а посредством практически одновременного направления каждой из сторон друг другу по одному подписанному со своей стороны экземпляра договора. Этот способ альтернативен описанному выше классическому варианту отправки двух и возврата одного экземпляра, но также позволяет заключить договор в виде единого документа дистанционно. Такая практика иногда встречается в деловом обороте. Сложность заключается в том, что действия сторон в рамках этого способа заключения договора затруднительно разложить на классические элементы оферты и акцепта. Безусловно, одна из сторон неизбежно направит свой экземпляр раньше другой, но последняя, вероятнее всего, отправит во встречном порядке свой экземпляр еще до получения экземпляра от первой стороны. Иначе говоря, мы здесь имеем два встречных волеизъявления, но при этом четкая квалификация оных в качестве оферты или акцепта невозможна. В отношении такого допустимого способа заключения договора в ГК РФ имеется пробел. Применение для восполнения пробела принципов разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ) позволяет прийти к такому выводу: такой договор должен считаться заключенным

в момент, когда одна из сторон получила присланный другой стороной экземпляр последней по очереди. Если доставка экземпляра стороне А произошла 1 июня, а доставка экземпляра стороне Б произошла 15 июня, договор следует считать заключенным 15 июня.

Также правило п. 1 ст. 433 ГК РФ с трудом применимо и тогда, когда договор в дистанционной форме заключается между более чем двумя сторонами. Теоретически можно представить себе такую модель дистанционного оформления многостороннего договора: одна сторона (инициатор) направляет одной из других сторон несколько экземпляров договора по числу предполагаемых контрагентов, та подписывает все экземпляры и направляет их следующей стороне и т.д. до момента подписания всех этих экземпляров последней из сторон. Далее последняя сторона возвращает по экземпляру такого договора каждому из предшествующих подписантов. Но определить момент заключения договора в строгом соответствии с правилами п. 1 ст. 433 ГК РФ в рамках такой модели не представляется возможным. Вероятнее всего, единственным выходом из положения здесь будет указание в условиях оферты (проекта договора) самого этого алгоритма и четкая фиксация порядка определения даты заключения договора. Таковым проект договора может признавать дату отправки последней стороной экземпляров предшествующим подписантам. С учетом того, что каких-либо норм ГК РФ на сей счет нет, при невозможности предварительно согласовать между сторонами описанный выше «круговой» или какой-либо иной ясный и справедливый алгоритм «сбора подписей» для отражения этого варианта в письменной оферте, вероятнее всего, такие договоры разумнее заключать только между присутствующими (в виде непосредственного речевого контакта между всеми сторонами или подписания договора всеми контрагентами в присутствии друг друга). Возможность неприменения некоторых общих норм ГК РФ о договоре (включая нормы о порядке его заключения) к многосторонним договорам прямо предусматривается в п. 4 ст. 420 ГК РФ.

1.9. Стороны вправе договориться заранее о том, что в дальнейшем договоры между ними будут заключаться автоматически посредством функционирования той или иной компьютерной программы. Например, установленное у сторон (или обслуживающее стороны посредством облачных технологий) программное обеспечение может автоматически отправлять и принимать заявки на отгрузку той или иной продукции при снижении остатков на складе одной из сторон или совершать операции по покупке и продаже акций (или валюты) на соответствующей бирже при наступлении внесенных в программу условий. В XXI в. такие технологии программного контрактирования постепенно распространяются. При этом стороны могут узнавать, что соответствующие компьютерные роботы заключили между ними сделку постфактум. Вполне достаточно, чтобы их воля делегировать контрактирование соответствующим программам была выражена изначально.

1.10. О моменте заключения договора при акцепте оферты посредством молчания или конклюдентными действиями см. комментарии к п. 2, 3 ст. 438 ГК РФ.

2. По общему правилу все договоры считаются заключенными с момента достижения согласия между сторонами, т.е. являются консенсуальными. Но иногда в силу закона устанавливается реальная модель договора, требующая для признания факта

заключения договора передачи имущества одной из сторон. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает правовой режим реальных договоров.

2.1. Иногда законодатель, описывая тот или иной вид договора в качестве реального договора, либо прямо на это указывает (как, например, в случае с договором займа, абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК РФ), либо намекает, формулируя понятие соответствующего договора: вместо фразы о том, что одна сторона «обязуется передать» имущество, говорит о том, что эта сторона передает «имущество» (например, п. 1 ст. 1012 ГК РФ в отношении доверительного управления, п. 1 ст. 583 ГК РФ в отношении договоров ренты)¹.

При этом часто реальная модель договора устанавливается законодателем как одна из опций, и закон прямо допускает структурировать тот же договор как консенсуальный. Это касается договоров дарения (п. 1 ст. 572 ГК РФ), договоров хранения, заключенных с профессиональным хранителем (п. 2 ст. 886 ГК РФ), ссуды (п. 1 ст. 689 ГК РФ), факторинга (п. 1 ст. 824 ГК РФ).

2.2. В целом модель реального договора, уходящая корнями в глубины римского права и в те времена, когда еще в полной мере не была признана универсальность модели консенсуального договора, в современных условиях представляется некоторой аномалией и анахронизмом. Если закон устанавливает реальную модель в качестве одной из опций, доступных сторонам по их выбору, вопросов никаких не возникает. Разумные участники оборота вряд ли выберут явно неудачную реальную модель, если они могут остановиться на адекватной и удобной консенсуальной модели. Но в тех случаях, когда закон претендует на то, что та или иная договорная модель возможна именно в форме реального договора, не могут не возникнуть сомнения в логичности такого шага.

Иногда в качестве аргумента в пользу такой модели приводится тезис о том, что, устанавливая реальную модель договора, законодатель тем самым пытается заблокировать возможность принуждения одной из сторон, чье исполнение является первым по очереди, к исполнению обязательства в натуре и тем самым дать этой стороне право не быть втянутой в исполнение договора на случай, если она передумает. Сам этот патернализм выглядит крайне сомнительно с конституционной точки зрения, особенно если он применяется к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность. Но даже если теоретически допустить такой патернализм, достаточно очевидно, что эта цель реализуется негодными средствами. Как указывает п. 1 ст. 308³ ГК РФ, наличие обязательства отнюдь не всегда предполагает право кредитора требовать исполнения его в натуре, так как невозможность такого принуждения может следовать из существа обязательства. Так, например, никто не сомневается в том, что договор кредита является консенсуальным, и у банка имеется обязательство выдать кредит по заключенному договору, но уже много лет судебная практика исходит из того, что в силу существа такого обязательства заемщик не может принудить банк к выдаче кредита по суду (п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, п. 11 Информацион-

¹ Такие «намекы» суды часто воспринимают как недвусмысленное указание на реальность. Так, в качестве примера можно привести Постановление Президиума ВАС РФ от 17 декабря 2002 г. № 5861/02, в котором ВАС РФ из формулировки «передает» в определении договора доверительного управления в ст. 1102 ГК РФ сделал вывод о реальности такого договора.

ного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Соответственно нет никакой нужды в установлении реальной модели того или иного договора для закрепления за соответствующей стороной защиты от принуждения к исполнению.

Главный минус реальной модели договора состоит в том, что интерес стороны, которой должно быть передано имущество, в покрытие своих убытков в случае его непередачи никак не защищается. Раз до передачи имущества нет договора, то нет и договорных оснований покрытия таких убытков. Конечно, в данном контексте в ряде случаев возможно применение норм ст. 434¹ ГК РФ о преддоговорной ответственности за недобросовестное ведение переговоров, но было бы куда проще, если бы договор считался заключенным с момента достижения согласия сторон. В этом случае были бы возможны договорные иски о возмещении убытков в связи с передачей имущества.

Можно теоретически допустить, что цель установления императивной реальности некоторых договорных типов вызвана желанием законодателя по патерналистским соображениям дать одной из сторон не только защиту от принуждения к исполнению своего обязательства, но и право вовсе безнаказанно передумать (т.е. даже не возмещать убытки). У нас имеются серьезные сомнения в обоснованности и последовательности и такой логики. Например, почему право запрещает коммерсанту обязать предоставить заем, но не запрещает гражданину обязать продать свое единственное жилье? Как бы то ни было, при желании реализовать эту идею было бы логичнее дать этой стороне право на немотивированный отказ от договора.

Кроме того, исключение возможности требовать возмещения убытков при передаче имущества создает риски для другой стороны. В ряде случаев принятие исполнения требует несения тех или иных расходов на подготовку к приемке. Если вдруг вопреки своим обещаниям сторона не передаст имущество и договор не вступит в силу, такие убытки компенсироваться по общим правилам договорной ответственности не могут. Конечно, теоретически тут опять же могут помочь правила о преддоговорной ответственности, но очевидно, что само это решение лишено логики.

Также возникает проблема с ситуацией, когда соответствующая сторона передает не все согласованное в договоре имущество, а лишь его часть. Следует ли в такой ситуации считать договор заключенным в отношении той части, которая фактически передана? Может ли получатель вернуть полученное имущество с опорой на ст. 311 ГК РФ? Формально тут могут возникнуть проблемы, так как ст. 311 ГК РФ дает кредитору право не принимать *исполнение обязательства* по частям. Соответственно судам потребуются применять положения ст. 311 ГК РФ не напрямую, а по аналогии закона. Но что если получатель не может уклониться от получения имущества (например, сумма займа частично переведена на его счет)? Вступает ли в силу договор в части полученного имущества, если получатель немедленно не вернет его?

Кроме того, реальность договора порождает множество иных проблем. Например, обязана ли сторона, которой то или иное имущество (например, предмет займа) передается, принимать такое имущество? Если договора нет до передачи имущества, логично предположить, что на соответствующей стороне нет кредиторской обязанности по приемке. Это в свою очередь может создать определенные риски для передающей имущество стороны: она может потратиться на подготовку

предоставления или транспортировку имущества и в последний момент столкнуться с отказом другой стороны от приемки. При этом так как положения ст. 406 ГК РФ в данном случае как минимум формально неприменимы, возникают сложности с нормативным обоснованием иска о взыскании убытков, возникших в связи с уклонением от приемки. Здесь опять же теоретически возможно применение правил о преддоговорной ответственности за недобросовестное ведение переговоров и выведение обязанности по приемке из общего принципа добросовестности, но сама необходимость приравнивать нормы ГК РФ об ответственности за недобросовестное ведение переговоров к ситуации формально правомерного уклонения стороны от приемки имущества является сигналом неудачности самой модели реального договора.

Другой пример: в рамках реального договора возникает проблема с определением срока, в течение которого передающая имущество сторона может осуществить передачу. Если договор этот вопрос не регулирует, должна ли ситуация «подвешенности», когда договор уже формально подписан, но имущество не передано, длиться вечно? Если бы речь шла об обязательстве имущество передать, при непередаче имущества в течение какого-то длительного срока другая сторона могла бы отказаться от договора в связи с нарушением (например, по правилам п. 2 ст. 405 ГК РФ). В рамках же реального договора приходится мириться с очевидным пробелом в законе и восполнять его тем или иным образом. Это, возможно, и не столь острая проблема, если право отказывается выводить обязанность принимающей имущество стороны по приемке: в конечном счете никто ни к чему не обязан. Но если право начинает выводить обязанность по приемке из общего принципа добросовестности, «вечная подвешенность» положения принимающей стороны, очевидно, превращается в проблему. Кроме того, ситуация становится болезненной и тогда, когда передача имущества не предполагает приемку (например безналичный перевод денег).

Наконец, в рамках реального договора возникают описанные в комментарии к п. 1 ст. 307 ГК РФ догматические трудности в обосновании ответственности передающей стороны за качество переданного имущества. Статья 393 ГК РФ говорит об ответственности за неисполнение обязательства; соответственно для обоснования ответственности за качество в случае отсутствия специальных норм необходимо изобретать не отраженную в ГК РФ в общем виде концепцию гарантий, сопровождающих договорное предоставление за рамками обязательства, и идею ответственности за несоблюдение таких гарантий с применением к такой ответственности норм ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства по аналогии закона. Подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 307 ГК РФ.

Все указанные проблемы конечно же не являются абсолютно неразрешимыми, и при определенном творческом подходе (применении аналогии закона, правил о преддоговорной ответственности или принципа добросовестности) их можно мучительно разрешать. Но число таких проблем однозначно указывает на ошибочность самой модели реального договора и тем более попыток ее навязать участникам оборота (особенно коммерсантам).

2.3. С учетом вышеописанных соображений следует решить и вопрос о пределах свободы договора в выборе между консенсуальной и реальной моделями договора. В тех случаях, когда закон описывает саму модель договора исключительно как

реальную, возникает вопрос о том, могут ли стороны, осознавая все проблемы такой модели, своим соглашением отойти от нее и предусмотреть обязательство по передаче имущества, выбрав консенсуальную модель договора. Например, может ли быть заключен консенсуальный договор займа? Если считать, что в такого рода случаях реальность договора есть императивный элемент правового регулирования, отступление сторон от этого элемента невозможно. Если же исходить из того, что реальность договора является элементом диспозитивного регулирования, то стороны, даже в случае отсутствия в ГК РФ прямого указания на возможность выбора консенсуальной модификации соответствующего договора, могут осуществить такой выбор, прямо прописав в договоре обязательство предоставить имущество.

Традиционно наше право стояло на однозначном признании строгой императивности таких норм, устанавливающих реальность той или иной договорной модели без прямой оговорки о праве сторон выбрать консенсуальную модель. С учетом закрепленного в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 поворота в сторону общепризнанной в европейском праве методологии квалификации норм договорного права, отдающей приоритет диспозитивной квалификации (см. комментарии к ст. 421, 422 ГК РФ), открываются возможности заново взглянуть на те нормы ГК РФ, которые закрепляют реальность тех или иных договоров и не содержат оговорки о праве сторон отойти от этой модели и структурировать тот же договор по консенсуальной модели.

На данный вопрос о диспозитивности соответствующих норм ГК РФ о реальности тех или иных договоров, видимо, следует отвечать дифференцированно с учетом специфики каждого из таких договоров и на основе телеологического толкования соответствующих норм. Без проведения какого-то углубленного анализа трудно делать какие-то общие выводы применительно ко всем таким нормам. Но представляется логичным как минимум презюмировать, что в случае, когда передающей имущество стороной является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, в договоре всегда может быть сделан выбор в пользу консенсуальной модификации. Так, например, разумно допустить право сторон договора займа договориться о том, что займодавец-предприниматель обязуется предоставить заем. В принципе у нас нет сомнений и в том, что консенсуальная модель займа может быть выбрана и при ином субъектном составе такого договора.

2.4. Выше были описаны многие недостатки навязывания законодателям реальной модели договора участникам оборота. Но следует ли из этого, что стороны не могут сделать выбор в пользу такой модели по собственной инициативе даже в тех случаях, когда соответствующий договор описан в ГК РФ как консенсуальный? Формально п. 2 комментируемой статьи говорит о том, что реальность договора устанавливается законом. Но делать из этого какие-то далеко идущие выводы, думается, не стоит. Нет ни одной политико-правовой причины ограничивать конституционный принцип свободы договора в этом контексте. Стороны должны иметь право при наличии соответствующей общей воли договориться о том, что права и обязанности по договору возникнут лишь тогда, когда и если одна из сторон решится осуществить передачу имущества. Так, например, стороны договора купли-продажи должны иметь право договориться о том, что договор вступит в силу при условии внесения покупателем предоплаты. Для реализации этого варианта сторонам достаточно установить в договоре передачу соответствующего имущества

в качестве отлагательного условия, с которым стороны связывают вступление договора в силу.

Безусловно, рекомендовать участникам оборота этот выбор сложно в силу описанных выше сложностей, сопряженных с такой моделью структурирования договорных отношений. Но если стороны желают именно такого решения, нет причин запрещать его. Остается только порекомендовать участникам оборота, желающим осуществить инверсию закрепленной в законе консенсуальной модели в де-факто реальную модель за счет установления отлагательного условия, предварительно оценить все описанные выше проблемы (сложности в обосновании ответственности за непередачу имущества или уклонение от приемки, за качество переданного имущества, риск возникновения «вечной подвешенности» и т.п.). В ряде случаев сторонам стоит попытаться разрешить некоторые из этих проблем прямо в договоре. Так, например, разумно установить четкий срок, в течение которого передача имущества (например, уплата предоплаты) может состояться и по прошествии которого такая передача уже не будет рассматриваться в качестве отлагательного условия, запускающего действие договора.

3. В результате реформы ГК РФ с 1 июня 2015 г. ранее действовавшая формула п. 3 этой статьи («договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом») была дополнена словами «для третьих лиц».

3.1. Чтобы понять значение новой редакции п. 3 следует сначала ответить на вопрос: для чего законодатель вводит государственную регистрацию договора?

Некоторые договоры, даже не связанные с установлением или переходом того или иного абсолютного права, могут влечь последствия в отношении лиц, в таком договоре не участвующих. Речь идет не о договоре в пользу третьего лица и им подобным, а о ситуации, когда права, возникшие из договора по сути будут «обременять» объект, на который могут претендовать или в отношении которого намереваются установить свои права третьи лица.

Например, является спорным вопрос о том, является ли право аренды ограниченным вещным правом. Многие юристы не склонны отвечать на него утвердительно. Не вдаваясь в анализ этого догматического вопроса, стоит заметить, что определенный вещный или квазивещный эффект, влияющий на права третьих лиц, этот договор все же производит. Аренда имеет эффект следования: при переходе права собственности на арендуемую вещь аренда сохраняется, хотя новый собственник (например, покупатель) этот договор не заключал (п. 1 ст. 617 ГК РФ). Арендатор также по умолчанию наделяется преимущественным правом на заключение договора на новый срок (п. 1 ст. 621 ГК РФ), имея право требовать по суду перевода на себя прав по заключенным арендодателем (с нарушением указанного преимущественного права) договоров аренды с третьими лицами. Реализация этого права по истечении срока договора приведет к тому, что вещь может быть отобрана у нового арендатора и на условиях, по которым тот ее арендовал, передана прежнему арендатору. Наконец, в силу ст. 305 ГК РФ арендатор наделяется вещно-правовыми способами защиты своего владения, т.е. может устранять по суду посягательства на вещь со стороны третьих лиц, с которыми он не состоит в каких-либо договорных отношениях.

Иными словами, вещь в таком случае существенно «обременяется» правами арендатора, факт существования которых может быть неочевиден для третьих лиц, даже несмотря на тот факт, что в нормальных условиях арендатор, как правило, владеет предметом аренды. Законодатель поэтому устанавливает, что договор аренды такого дорогостоящего имущества, как недвижимость, в некоторых случаях (договор аренды здания или сооружения, заключенный на срок не менее года в силу п. 2 ст. 651 ГК РФ, а также договор аренды или субаренды в отношении земельного участка сроком не менее года в силу п. 2 ст. 26 ЗК РФ) подлежит государственной регистрации. Такая регистрация необходима для того, чтобы создать для третьих лиц объективную возможность получить информацию о существовании договора аренды посредством получения выписки из публичного реестра. При этом закон говорит не о регистрации права аренды, а о регистрации самого договора аренды.

3.2. Прежняя редакция п. 3 комментируемой статьи до определенного момента понималась судами так: в отсутствие надлежащей регистрации договор является незаключенным (или ничтожным). Соответственно, даже если, к примеру, незарегистрированный договор долгосрочной аренды здания или сооружения исполнялся годами, из буквального прочтения закона следовало, что никакого договора нет, а любая из сторон может прекратить отношения и требовать расчета по правилам о неосновательном обогащении.

Следует признать, что, вероятно, такое значение придавалось п. 3 разработчиками ГК РФ при подготовке первоначальной редакции Кодекса: договор не заключен, если не прошел необходимую регистрацию.

Однако со временем стало очевидно, что этот подход к государственной регистрации договора приводит к массе злоупотреблений.

Так, он позволял стороне, от которой зависела регистрация договора, воспользоваться тем обстоятельством, что договор надлежаще не зарегистрирован, в ситуации, когда ей это выгодно. Например, арендодатель мог требовать выселения арендатора из помещения, потому что договор, который ими исполнялся в течение долгого времени, в свое время не прошел государственную регистрацию (причем, возможно, по вине арендодателя). Практика допускала удовлетворение такого требования и игнорировала возражение о недобросовестности истца (п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127, Постановление Президиума ВАС РФ от 27 января 2009 г. № 11680/08).

Столь жесткое требование к государственной регистрации договоров критиковалось также в связи с конфликтом между свободой сторон по формулированию условий будущего обязательства и формальной процедурой регистрации. Ведь необходимость государственной регистрации отдельных видов договоров влечет за собой хотя бы формальную их проверку регистратором, что порождает дополнительные трудности, поскольку обязательство, которое намереваются создать стороны, может показаться регистратору, связанному инструкциями, недопустимым без достаточных на то оснований. Отказ регистратора в таком случае повлечет или его оспаривание, что затянет процесс получения сторонами «заключенного договора», или упрощение содержания договора в связи с пожеланиями регистратора, но не в связи с намерениями сторон.

Кроме того, такой подход затруднял заключение договоров аренды в отношении объектов недвижимости, которые еще не возведены, не приняты в эксплуатацию

или право собственности на которые еще не зарегистрировано. Регистрация договора аренды до появления в собственности арендодателя объекта соответствующей недвижимости считалась невозможной. Стороны пытались решать эту проблему посредством заключения предварительных договоров аренды, в отношении которых закон не выдвигал требование государственной регистрации, переходя к заключению основного договора только после регистрации права на возведенный объект недвижимости. Это, безусловно, было крайне неудобно, и оборот требовал формирования правовой возможности связывать себя полноценными обязательствами еще до появления самого объекта аренды (по модели аналогичной прямо допущенной законом возможности заключить договор купли-продажи еще не созданной или не приобретенной продавцом вещи).

3.3. Вероятно, именно игнорирование договоренностей сторон, обязательственных отношений между ними до осуществления необходимой государственной регистрации договора, его «незаключенность» привели к общей критике самой идеи государственной регистрации сделок вообще. В Концепции развития гражданского законодательства было указано на проблему «смещения» в российском гражданском праве двух регистрационных систем: «регистрации прав» и «регистрации сделок» и предлагалось отказаться от последней¹. Однако попытка провести эту идею на законодательном уровне пока не реализована. Закон по-прежнему содержит правила об обязательной государственной регистрации ряда договоров.

3.4. Другой вариант решения указанной проблемы нашла судебная практика. Показательно, что это решение практически совпало с подходом к «регистрации сделок» в тех странах, где принята именно система регистрации сделок: поскольку регистрация договора направлена на защиту интересов третьих лиц, а не сторон этой сделки, последние не могут ссылаться на ее отсутствие для того, чтобы игнорировать достигнутые договоренности. Незарегистрированный договор лишь *не может быть противопоставлен третьим лицам*.

Когда перед Президиумом ВАС РФ встал вопрос не о выселении арендатора в связи с отсутствием регистрации договора, а о пересчете платы за пользование (вместо согласованной сторонами платы требовали учитывать среднерыночную), практика начала меняться. Было признано недопустимым удовлетворение такого требования, когда одна из сторон просит не признавать достигнутое соглашение об арендной плате и постфактум пересчитать плату по средним ставкам на рынке, если ей это выгодно (такая сторона обычно апеллировала к правилам о неосновательном обогащении). В конечном счете при рассмотрении споров об арендной плате практика пришла к тому, что, несмотря на отсутствие необходимой регистрации, стороны считаются связанными соответствующим обязательством (постановления Президиума ВАС РФ от 8 апреля 2008 г. № 1051/08 и от 6 сентября 2011 г. № 4905/11).

Этот подход был развит в п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 (ред. от 25 декабря 2013 г.): если сторонами достигнуто соглашение о долгосрочной аренде недвижимости и оно исполняется, «[...] то в таком случае следует иметь в виду, что оно связало их обязательством, которое не может быть

¹ Третий абзац п. 2.1 разд. II Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.

произвольно изменено одной из сторон (статья 310 ГК РФ), и оснований для применения судом положений статей 1102, 1105 этого Кодекса не имеется. В силу статьи 309 ГК РФ пользование имуществом должно осуществляться и оплачиваться в соответствии с принятыми на себя стороной такого соглашения обязательствами». Иными словами, обязательство из консенсуального договора связывает стороны, когда, собственно, соглашение по его условиям было достигнуто.

И далее это же разъяснение содержит следующее положение: «В то же время в силу статьи 308 ГК РФ права, предоставленные лицу, пользующемуся имуществом по договору аренды, не прошедшему государственную регистрацию, не могут быть противопоставлены им третьим лицам. В частности, такое лицо не имеет преимущественного права на заключение договора на новый срок (пункт 1 статьи 621 ГК РФ), а к отношениям пользователя и третьего лица, приобретшего на основании договора переданную в пользование недвижимую вещь, не применяется пункт 1 статьи 617 ГК РФ». То есть в соответствии с главной целью регистрации договора подлежащее регистрации, но не прошедшее регистрацию соглашение не может затрагивать интересы третьих лиц, но в отношениях между сторонами остается в силе.

Эта практика сформировалась, несмотря на то, что в ст. 651 ГК РФ было прямо указано на недействительность долгосрочного договора аренды здания или сооружения, не прошедшего государственную регистрацию.

Теперь же в рамках реформы ГК РФ 2015 г. на идею непротивопоставимости прямо указал законодатель, добавив слова «для третьих лиц» в п. 3 комментируемой статьи: «Договор, подлежащий государственной регистрации, считается для третьих лиц заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом». Но с учетом того, что этот же подход сложился в практике ВАС РФ еще до реформы, данная идея должна применяться и к договорам, заключенным до 1 июня 2015 г.

Можно заключить, что подход, согласно которому договор, подлежащий регистрации, связывает стороны лишь после ее осуществления, должен навсегда уйти в прошлое.

3.5. Нужно также отметить, что государственная регистрация договора направлена на защиту интересов добросовестных третьих лиц. Например, если договор долгосрочной аренды здания не прошел необходимую регистрацию, покупатель, не знавший при покупке о такой аренде, может смело заявить, что она ему не может быть противопоставлена, поскольку у арендатора отсутствует право следования, предусмотренное ст. 617 ГК РФ. Однако мыслима другая ситуация, на которую обратил внимание ВАС РФ в п. 4 Информационного письма Президиума от 25 февраля 2014 г. № 165. Может оказаться, что в описываемом случае покупатель знал о существовании долгосрочного незарегистрированного договора аренды здания и о владении арендатора. Применительно к такой ситуации ВАС РФ указал, что государственная регистрация договора аренды недвижимости имеет целью защиту интересов третьих лиц, которые могут приобретать права на эту недвижимость. Вместе с тем заявление приобретателя недвижимого имущества об отсутствии государственной регистрации договора аренды, о наличии которого он знал в момент приобретения недвижимости, является злоупотреблением правом (ст. 10 ГК РФ). Более того, согласившись приобрести в собственность недвижимое имущество, находящееся во владении арендатора, покупатель фактически выразил согласие и на сохранение обязательственных отношений, возникших из договора аренды.

Надо думать, что такой подход сохраняет право на существование и сейчас, особенно с учетом п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, согласно которому положения ГК РФ, законов и иных актов, содержащих нормы гражданского права (ст. 3 ГК РФ), подлежат истолкованию в системной взаимосвязи с основными началами гражданского законодательства, закрепленными в ст. 1 ГК РФ, п. 4 которой содержит правило о том, что никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения. Иными словами, формализм положения п. 3 ст. 433 ГК РФ в отношении непротивопоставимости незарегистрированного договора третьим лицам может быть смягчен применением п. 4 ст. 1 и ст. 10 ГК РФ.

Остается только решить вопрос, идет ли речь только о ситуации, когда приобретатель точно знал о незарегистрированном договоре аренды и ее долгосрочном характере, или для отступления от принципа противопоставимости лишь зарегистрированного договора можно также доказать, что контрагент должен был знать об этих обстоятельствах. ВАС РФ, как было показано выше, использовал стандарт «знал». Но представляется, что стандарт должен быть таким: принцип следования работает и не по зарегистрированному договору аренды, если доказано, что приобретатель точно знал о правах арендатора или заведомо (т.е. без каких-либо сомнений) должен был знать (например, являясь лицом, аффилированным с прежним собственником).

Примерно тот же подход, учитывающий фактор добросовестности третьего лица, должен, видимо, применяться и в остальных случаях, когда права из договора аренды противопоставляются третьим лицам (например, при возникновении спора о нарушении преимущественных прав арендатора на заключение договора на новый срок).

3.6. То, что идея непротивопоставимости незарегистрированного договора касается не только договора аренды недвижимости, показывает его распространение на споры, связанные с договорами об участии в долевом строительстве, которые также в силу положений закона подлежат государственной регистрации, но нередко такую регистрацию не проходят.

Президиум ВАС РФ в свое время, прямо сославшись на позицию о государственной регистрации договора, изложенную в разъяснениях об аренде, указал в отношении договора об участии в долевом строительстве, что отсутствие его регистрации «не лишает добросовестного участника долевого строительства, оплатившего жилое помещение, права требовать от застройщика выполнения договора». При этом было отмечено, что «у такого участника долевого строительства не возникает иных специальных прав, предусмотренных Законом № 214-ФЗ, в том числе права залога, в соответствии со статьей 13 этого Закона, поскольку иное нарушало бы интересы третьих лиц, на защиту которых, также в части предупреждения о залоге, направлено требование о регистрации договора об участии в долевом строительстве» в постановлении (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 марта 2013 г. № 15510/12). Иначе говоря, здесь работает все тот же отраженный теперь в п. 3 ст. 433 ГК РФ подход: договор считается заключенным и порождает относительное правоотношение между сторонами, но те права и обязанности, которые могут проистекать из такого незарегистрированного договора, не могут быть противопоставлены третьим лицам.

Так, например, если одна и та же квартира была обещана на стадии строительства двум разным приобретателям по договорам участия в долевом строительстве и при этом один из таких договоров был зарегистрирован, а другой нет, приобрета-

тель по незарегистрированному договору не может ссылаться на то, что его договор был заключен раньше, а следовательно, он в силу ст. 398 ГК РФ имеет приоритет при истребовании квартиры от застройщика. В данном случае этот приоритет будет отсутствовать в силу все той же нормы п. 3 ст. 433 ГК РФ, так как такой приоритет затрагивает права третьих лиц (в данном случае другого покупателя, который из-за отсутствия регистрации первого договора не мог знать о наличии прав на эту квартиру у первого приобретателя).

При этом при разрешении споров, связанных с применением п. 3 ст. 433 ГК РФ в отношении незарегистрированных договоров участия в долевом строительстве, логично исходить из того, что принцип противопоставимости защищает только добросовестных третьих лиц и не может быть использован третьим лицом, которое точно знало о наличии незарегистрированного договора или заведомо должно было знать.

Аналогичным образом судебная практика разрешает коллизию отсутствия государственной регистрации передачи недвижимого имущества в доверительное управление: сам договор доверительного управления считается связывающим учредителя управления и управляющего, но права управляющего не могут быть противопоставлены добросовестным третьим лицам (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 октября 2013 г. № 5257/13).

3.7. При этом следует обратить внимание на то, что положение п. 3 ст. 433 ГК РФ распространяется только на случаи, когда в силу закона подлежит регистрации договор, и не применяется к тем многочисленным случаям, когда регистрации подлежит переход права или возникновение обременения. Регистрации в соответствующих государственных реестрах подлежат, в частности, возникновение, изменение или прекращение прав на недвижимость, на доли в ООО, а также на ряд объектов исключительных прав. В силу п. 2 ст. 8¹ ГК РФ «права на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают, изменяются и прекращаются с момента внесения соответствующей записи в государственный реестр, если иное не установлено законом».

Так, например, в силу п. 5 ст. 3 Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ и п. 1 ст. 339¹ ГК РФ с 1 июля 2014 г. регистрации подлежит не договор ипотеки, а обременение в виде залога недвижимости. В случае с сервитутом регистрации также подлежит не соглашение об установлении сервитута, а само вытекающее из такого соглашения ограниченное вещное право (п. 1 ст. 131 ГК РФ). В силу ст. 1232 ГК РФ при отчуждении подлежащего регистрации исключительного прав на объект интеллектуальной собственности, а также при залоге такого права или предоставлении права использования такого объекта по лицензионному договору регистрации подлежит не договор (купли-продажи, залога, лицензионный и т.п.), а переход права, возникновение права залога или предоставление права использования.

Подробный анализ этой проблематики регистрации прав, перехода прав и обременений выходит за рамки настоящего комментария.

3.8. Следует признать, что новая норма п. 3 ст. 433 ГК РФ нуждается в согласовании с рядом других норм ГК РФ.

(а) Так, в 2013 г. вступила в силу новая редакция п. 1 ст. 164 ГК РФ, согласно которой «в случаях, если законом предусмотрена государственная регистрация сделок, правовые последствия сделки наступают после ее регистрации». Как мы

видим, в этой норме нет прямого указания на то, что наличие регистрации имеет значение лишь для третьих лиц. Соответственно между нормой п. 1 ст. 164 ГК РФ и нормой п. 3 ст. 433 ГК РФ можно увидеть коллизию.

Решить эту коллизию следует в пользу п. 3 ст. 433 ГК РФ, так как, во-первых, эта норма является более специальной и в силу п. 2 ст. 420 ГК РФ и общего правила *lex specialis derogat generali* превагирует над общими правилами о сделках, а во-вторых, эта норма является более поздней и в силу общеправового принципа *lex posterior derogat priori* превагирует над более старой нормой п. 1 ст. 164 ГК РФ.

Логичнее вообще отказаться от противопоставления двух этих законоположений, понимая п. 3 ст. 433 ГК РФ как развитие, раскрытие смысла п. 1 ст. 164 ГК РФ: то, что в последнем умолчали о действии сделки между сторонами до регистрации и о значении регистрации для третьих лиц, вовсе не означает, что это не имеется в виду с учетом текста ст. 433 ГК РФ.

(б) Также п. 2 ст. 651 ГК РФ продолжает говорить о том, что договор аренды здания и сооружения на срок не менее года считается заключенным лишь с момента государственной регистрации и без такой регистрации является недействительным. Эта норма, безусловно, является специальной по отношению к п. 3 ст. 433 ГК РФ. Но представляется, что судебная практика в новых условиях не принуждена применять ее по буквальному смыслу и считать не прошедший регистрацию договор аренды здания и сооружения не заключенным в принципе. Так как очевидно, что эта норма в свое время просто реализовывала в сфере регулирования договора аренды концептуальную модель регистрации, доминировавшую в 1990-е гг., то разумно предположить, что при изменении этой модели за счет появления в ГК РФ новой редакции п. 3 ст. 433 специальная норма п. 2 ст. 651 ГК РФ ни в коем случае не должна и не может игнорироваться, но должна толковаться в свете новой общей нормы ГК РФ. Такое примирение общей и специальной нормы возможно за счет такого понимания п. 2 ст. 651 ГК РФ, при котором в ней будет отражаться та самая оговорка «для третьих лиц», которая появилась в п. 3 ст. 433 ГК РФ. В пользу такого шага говорит и то, что еще до появления летом 2015 г. в ГК РФ нормы п. 3 ст. 433 аналогичный эффект достигался за счет развития судебной практики ВАС РФ и телеологического толкования действовавшего ранее законодательства (в том числе той самой нормы п. 2 ст. 651 ГК РФ), о чем речь шла в п. 3.4 комментария к настоящей статье.

(в) Пункт 3 ст. 4 Федерального закона от 31 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» до сих пор указывает на то, что договор участия в долевом строительстве «заключается в письменной форме, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации». Иначе говоря, здесь имеет место коллизия, аналогичная той, которая возникла между новой нормой п. 3 ст. 433 и п. 2 ст. 651 ГК РФ применительно к аренде недвижимости. Решаться эта коллизия, видимо, должна аналогичным же образом — за счет толкования специальной нормы законодательства о долевом строительстве в свете изменения общего регулирования последствий отсутствия регистрации у договора, подлежащего такой регистрации, и применения в этом отношении принципа непротивопоставимости незарегистрированного договора. Как уже отмечалось, и в условиях прежней редакции ГК РФ

Президиум ВАС РФ приходил по сути к аналогичному выводу (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 марта 2013 г. № 15510/12).

(г) Другая коллизия возникает между новой нормой п. 3 ст. 433 ГК РФ и положениями ст. 1017 ГК РФ о государственной регистрации передачи недвижимости в доверительное управление. Согласно ст. 1017 ГК РФ «несоблюдение... требования о регистрации передачи недвижимого имущества в доверительное управление влечет недействительность договора». Эта формулировка раньше не мешала Президиуму ВАС РФ проводить в отношении договора доверительного управления недвижимостью принципа непротивопоставимости незарегистрированного договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 октября 2013 г. № 5257/13). Видимо, такая линия продолжится и в дальнейшем, усиливаясь за счет применения новой общей нормы п. 3 ст. 433 ГК РФ.

Впрочем, хотя такое решение указанных выше коллизий и логично, и последовательно с содержательной точки зрения, но безусловно принимается в судебной практике от безысходности. Оптимальным решением этих коллизий является приведение всех указанных норм закона к единому знаменателю.

Статья 434. Форма договора

1. Договор может быть заключен в любой форме, предусмотренной для совершения сделок, если законом для договоров данного вида не установлена определенная форма.

Если стороны договорились заключить договор в определенной форме, он считается заключенным после придания ему условленной формы, хотя бы законом для договоров данного вида такая форма не требовалась.

2. Договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

Электронным документом, передаваемым по каналам связи, признается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, магнитных, оптических либо аналогичных средств, включая обмен информацией в электронной форме и электронную почту.

3. Письменная форма договора считается соблюденной, если письменное предложение заключить договор принято в порядке, предусмотренном пунктом 3 статьи 438 настоящего Кодекса.

4. В случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон, договор в письменной форме может быть заключен только путем составления одного документа, подписанного сторонами договора.

Комментарий

1. Пункт 1 ст. 434 ГК РФ устанавливает, что в отношении договоров применяются правила о допустимой форме сделок (ст. 158–165 ГК РФ), если иное не вытекает из специальных положений ГК РФ о заключении договоров. Следовательно, в част-

ности, договоры с участием юридических лиц, а также договоры между гражданами на сумму более 10 тыс. руб. должны совершаться в письменной форме (ст. 161 ГК РФ). Последствием несоблюдения вытекающей из общих норм о сделках или установленной специальными нормами закона письменной формы является запрет ссылаться на свидетельские показания при доказывании факта заключения договора и его содержания (п. 1 ст. 162 ГК РФ), кроме тех случаев, когда недействительность договора, заключенного устно, прямо предусмотрена в законе (п. 2 ст. 162 ГК РФ). Соответственно договоры между гражданами на сумму 10 тыс. руб. и более, а также договоры с участием юридических лиц могут заключаться устно без риска признания их незаключенными или недействительными, за исключением случаев, когда специальные нормы закона устанавливают требование соблюдения письменной формы сделки и устанавливают именно недействительность в качестве последствия нарушения такого требования к форме (например, к таким исключениям относятся купля-продажа недвижимости, аренда здания или сооружения, кредит, поручительство и т.п.).

Если в силу указания в законе установлено, что договор должен оформляться в письменном виде путем подписания его сторонами единого документа (или установлены какие-либо иные дополнительные требования к письменной форме договора) и при этом прямо указано, что несоблюдение такого требования будет влечь ничтожность договора, то именно таковым и будет последствие данного нарушения (абз. 3 п. 1 ст. 160 ГК РФ). В качестве примера можно привести ст. 555 ГК РФ, требующую обязательное составление в виде единого документа договора купли-продажи недвижимости под страхом ничтожности договора (ст. 550 ГК РФ).

Если закон требует нотариального удостоверения договора, несоблюдение такого требования влечет ничтожность договора (п. 3 ст. 163 ГК РФ).

1.1. Проблема возникает в случае, когда особые требования к форме договора установлены не в законе, а в соглашении сторон (например, в рамочном договоре установлены требования к оформлению дополнительных соглашений по существенным условиям или в договоре установлены требования к оформлению соглашения о расторжении или изменении данного договора).

С одной стороны, общие положения о сделках устанавливают на сей счет следующее. Если соглашение между сторонами требует оформления договора в письменном виде, но прямо не оговаривает недействительность договора на случай несоблюдения такого требования, то такой договор будет считаться действительным с применением запрета ссылаться на свидетельские показания в случае возникновения споров о факте заключения договора или его содержании (ст. 162 ГК РФ). Те же последствия установлены в абз. 3 п. 1 ст. 160 ГК РФ в отношении случая, когда соглашение устанавливает дополнительные требования к оформлению сделки (например, заверение печатью, составление в виде единого документа, подписанного сторонами, и т.п.), но молчит о последствиях несоблюдения таких требований. И только в соответствии с п. 2, 3 ст. 163 ГК РФ несоблюдение обязательной (в силу некоего заранее заключенного соглашения) нотариальной формы сделки неустойчивая сделка будет ничтожна, даже если стороны прямо не оговорили такое жесткое последствие несоблюдения данного требования.

С другой стороны, согласно п. 1 ст. 434 ГК РФ, если между сторонами есть договоренность о том, что их договор будет считаться заключенным при условии

соблюдения определенной формы, договор будет считаться заключенным только при соблюдении этих требований. Из смысла данной нормы следует, что договор, заключенный сторонами в нарушение установленных самими сторонами требований к форме, не будет считаться заключенным и не будет порождать правовых последствий.

В случае с требованием нотариального удостоверения это положение п. 1 ст. 434 ГК РФ в целом можно считать согласованным с общими правилами о форме сделки, с тем лишь нюансом, что п. 3 ст. 163 ГК РФ говорит о ничтожности, а п. 1 ст. 434 ГК РФ говорит о незаключенности сделки. Но применительно к ситуациям, когда договор устанавливает иные дополнительные, не предусмотренные законом требования к форме соглашений, заключаемых в рамках отношений по данному договору (например, письменная форма, составление в виде единого документа и т.п.), возникает явный диссонанс. Пункт 1 ст. 434 ГК РФ однозначно говорит о незаключенности, в то время как в силу общих положений о сделках должны применяться более мягкие правила п. 1 ст. 162 ГК РФ (действительность, но запрет ссылаться на свидетельские показания), а недействительность будет иметь место только тогда, когда на такое последствие есть прямое указание в договоре.

Создается впечатление, что при подготовке ГК РФ эти правила между собой не согласовывались. Такой разницей в регулировании вряд ли может быть оправдан какими-то содержательными соображениями. В условиях действующего законодательства в силу принципа толкования *lex specialis derogat generali*, видимо, следует исходить из того, что специальная норма п. 1 ст. 434 ГК РФ в этом конкретном аспекте вытесняет общие правила ГК РФ о форме сделки. Соответственно если, например, рамочный договор предъявляет дополнительные требования к оформлению дополнительных и иных подобных соглашений (приложений, спецификаций, соглашений о расторжении или изменении договора и т.п.) и при этом ничего не говорит о последствиях нарушения таких требований, эти соглашения при нарушении указанных дополнительных требований должны считаться незаключенными.

1.2. Возможна и ситуация, когда дополнительные требования к оформлению договора содержатся не в законе и не в ранее заключенном сторонами соглашении, а в оферте. Так, например, оферент направляет другой стороне два подписанных экземпляра договора и указывает в проекте договора или сопроводительном письме, что договор должен заключаться исключительно в форме подписания полученных экземпляров и возврата одного из них. При наличии такого требования другая сторона не вправе акцептовать такую оферту, направив отдельный документ (например, какое-либо письмо с подтверждением принятия предложения) или совершив конклюдентные действия по п. 3 ст. 438 ГК РФ. Но о наличии такого требования должно быть прямо указано в проекте договора или сопроводительном письме. В этом случае нарушение предусмотренного в оферте алгоритма акцепта должно приводить к признанию договора незаключенным. При отсутствии прямого указания в оферте акцептант вполне может акцептовать оферту, выраженную в форме подписанных оферентом экземпляров, посредством конклюдентных действий или иным соответствующим общим нормам ГК РФ об акцепте способом (см. также п. 1.2 комментария к ст. 438 ГК РФ).

1.3. Следует обратить внимание на положение п. 3 ст. 432 ГК РФ, согласно которому сторона, принявшая от другой стороны исполнение или иным образом

подтвердившая действие договора, теряет право ссылаться на незаключенность договора, если с учетом конкретных обстоятельств такое поведение свидетельствует о недобросовестности. Кроме того, в силу п. 5 ст. 166 ГК РФ заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки. Эти законодательно закрепленные проявления принципа эстоппель вполне применимы и к ситуациям, когда закон под страхом ничтожности или ранее заключенный между сторонами договор под страхом незаключенности устанавливает особые требования к оформлению неких соглашений в будущем, стороны не соблюдают данные требования, но впоследствии своим конклюдентным поведением подтверждают достижение того или иного соглашения (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 432 ГК РФ).

2. Согласно п. 2 ст. 434 ГК РФ договор может заключаться как в форме составления единого документа, подписанного сторонами, так и посредством обмена документами по указанным в норме каналам связи (включая электронную почту, факс, телеграф и т.п.).

2.1. Подписание договора, составленного в виде единого документа, осуществляется путем проставления на соответствующем документе собственноручных подписей сторон (или уполномоченных ими лиц). Российская судебная практика и обычаи оборота исходят из того, что собственноручной подписью является автограф, который, как правило, имеется у каждого из индивидов и представляет собой характерный для него символ или набор символов, идентифицирующих его волеизъявление, авторство, согласие с тем или иным текстом и т.п. При этом нужно обратить внимание на то, что подпись должна быть по общему правилу именно собственноручной. Это правило знает два исключения.

Во-первых, согласно п. 2 ст. 160 ГК РФ «использование при совершении сделок факсимильного воспроизведения подписи с помощью средств механического или иного копирования, электронной подписи либо иного аналога собственноручной подписи допускается в случаях и в порядке, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон». Соответственно использование так называемого факсимиле (механического оттиска, имитирующего собственноручную подпись) допустимо, если такая возможность предусмотрена в законе или соглашении сторон. При этом, безусловно, такое соглашение (например, рамочный договор), легализующее использование в дальнейшем факсимиле, должно быть составлено ранее и не может быть подписано посредством факсимиле. В отношении электронной подписи, используемой при заключении договором в электронной форме, см. далее п. 2.3 комментария к настоящей статье.

Во-вторых, п. 3 ст. 160 ГК РФ допускает в качестве исключения подписание договора рукоприкладчиком: «Если гражданин вследствие физического недостатка, болезни или неграмотности не может собственноручно подписаться, то по его просьбе сделку может подписать другой гражданин. Подпись последнего должна быть засвидетельствована нотариусом либо другим должностным лицом, имеющим право совершать такое нотариальное действие, с указанием причин, в силу которых совершающий сделку не мог подписать ее собственноручно».

2.2. Для случая заключения договора посредством обмена документами закон устанавливает требование, согласно которому выбранный сторонами способ обмена сообщениями должен позволять достоверно установить, от кого документ исходит. Последнее имеет место тогда, когда такой документ оформлен в письменном виде и заверен собственноручной подписью.

В тех случаях, когда оферта или акцепт оформлены не на бумажном носителе, а в форме, например, факсимильного сообщения, телеграммы или электронного сообщения, вопрос о соблюдении письменной формы договора оказывается более проблематичным.

При заключении договора посредством факсимильной связи или телеграфа письменная форма договора должна презюмироваться соблюденной, если достаточно надежно подтверждено, от кого данное сообщение исходит и кем оно получено. Что происходит, если такой договор оказывается предметом судебного разбирательства? Если одна из сторон представляет соответствующие отправленные или полученные факсимильные или телеграфные сообщения, а другая сторона не опровергает факт заключения договора и его содержание, у суда нет оснований сомневаться в заключенности договора. В случае возникновения спора по поводу факта заключения договора все зависит от представления в суд доказательств, достоверно подтверждающих, каково было содержание сообщения, от кого оно исходило и кому было доставлено. В случае с телеграммой перспектива представления таких доказательств кажется вполне реальной. Куда более затруднительным представляется доказывание факта заключения договора посредством обмена сообщениями с помощью факсимильной связи. Достоверно доказать содержание факсимильного сообщения, а также то, кому оно было направлено и кем отправлено, часто весьма сложно.

2.3. В современных условиях наиболее типичной формой заключения договора посредством обмена документами является заключение договора с помощью отправки электронных сообщений. В соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 434 ГК РФ электронным документом, передаваемым по каналам связи, признается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, магнитных, оптических либо аналогичных средств, включая обмен информацией в электронной форме и электронную почту. Согласно п. 4 ст. 11 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» при обмене документами в форме электронных сообщений в целях заключения гражданско-правовых договоров требуется, чтобы соответствующий документ был подписан электронной подписью или иным аналогом собственноручной подписи отправителя такого сообщения в порядке, установленном федеральными законами, иными нормативными правовыми актами или соглашением сторон. Таким образом, при заключении договора посредством обмена электронными документами он будет считаться заключенным только при условии подписания таких документов электронной подписью.

Виды электронной подписи предусмотрены в Федеральном законе от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи» (ст. 5). Закон различает простую и усиленную электронные подписи, при этом разделяя усиленную подпись на неквалифицированную усиленную и квалифицированную усиленную подписи.

Согласно ст. 5 данного Закона простая электронная подпись осуществляется посредством использования кодов, паролей или иных средств, подтверждающих факт

формирования электронной подписи определенным лицом. Примерами простой электронной подписи является совершение действий из «личного кабинета» пользователя интернет-сайта, доступ к которому осуществляется посредством логина и пароля, полученных при регистрации. Другим примером является смс-код, получаемый на мобильный номер пользователя, указанный при регистрации, и вводимый пользователем при совершении юридически значимого действия.

Неквалифицированной усиленной подписью является электронная подпись, которая: 1) получена в результате криптографического преобразования информации с использованием ключа электронной подписи; 2) позволяет определить лицо, подписавшее электронный документ; 3) позволяет обнаружить факт внесения изменений в электронный документ после момента его подписания; 4) создается с использованием средств электронной подписи.

Квалифицированной усиленной подписью является электронная подпись, которая соответствует всем признакам неквалифицированной электронной подписи и следующим дополнительным признакам: 1) ключ проверки электронной подписи указан в квалифицированном сертификате; 2) для создания и проверки электронной подписи используются средства электронной подписи, получившие подтверждение соответствия требованиям, установленным в вышеуказанном Законе.

Согласно ст. 6 Федерального закона «Об электронной подписи» «информация в электронной форме, подписанная квалифицированной электронной подписью, признается электронным документом, равнозначным документу на бумажном носителе, подписанному собственноручной подписью, кроме случая, если федеральными законами или принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами установлено требование о необходимости составления документа исключительно на бумажном носителе». В случае подписания электронного документа простой электронной подписью или неквалифицированной электронной подписью такой документ «признается электронным документом, равнозначным документу на бумажном носителе, подписанному собственноручной подписью, только в случаях, установленных федеральными законами, принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами или соглашением между участниками электронного взаимодействия». Указанные в этой норме соглашения сторон, допускающие в дальнейшем использование простой или неквалифицированной подписи, должны предусматривать порядок проверки электронной подписи, а согласно п. 2 ст. 9 Федерального закона «Об электронной подписи» должны содержать «правила определения лица, подписывающего электронный документ, по его простой электронной подписи», а также «обязанность лица, создающего и (или) использующего ключ простой электронной подписи, соблюдать его конфиденциальность».

Исходя из этого договор, заключенный посредством обмена электронными сообщениями (включая отправку сканированных копий договоров, заявок и т.п.), не заверенными электронной подписью соответствующего типа, не может считаться заключенным в письменной форме. Соответственно в силу ст. 162 ГК РФ такие сделки считаются действительными, но сторонам запрещено ссылаться на свидетельские показания при доказывании факта их заключения и содержания, поэтому если между сторонами не возникает спор о факте направления и содержании соответствующего электронного документа, отправленного по электронной почте, судам следует

исходить из заключения договора, несмотря на несоблюдение письменной формы сделки. Недействительность сделки, не оформленной в письменном виде вопреки закрепленным в законе требованиям, предписана только в случаях, когда на такое жесткое последствие есть прямое указание в законе или в соглашении сторон (например, поручительство, кредит, купля-продажа недвижимости и т.п.).

При возникновении спора о факте отправки (получения) соответствующего документа (оферты или акцепта) по электронной почте или его содержании сторона, ссылающаяся на доставку другой стороне или получение от другой стороны данного документа, должна доказать факт заключения данного договора посредством обмена электронными документами любыми средствами доказывания, за исключением свидетельских показаний. Такая сторона может доказать, что документ именно с таким содержанием был доставлен адресату или получен от соответствующего отправителя. В частности, этой стороне необходимо представить доказательства принадлежности соответствующего адреса электронной почты, на который документ был отправлен или с которого он пришел (данная проблема отпадает, если в ранее заключенном договоре стороны указали контактные адреса электронной почты). Кроме того, сторона в подтверждение самого факта отправки (доставки) и содержания сообщений может представить оформленные нотариусом протоколы осмотра содержания соответствующих почтовых серверов или почтовых программ, подтверждающие содержание отправленных или поступивших сообщений. При наличии технических условий сторона также вправе заявить ходатайство о проведении судом непосредственного осмотра содержимого почтового ящика. Могут быть представлены и иные доказательства (за исключением свидетельских показаний). Оценивая представленные доказательства в их совокупности по внутреннему убеждению, суд может установить факт заключения данного договора или не признать данный факт доказанным. Но подобная процедура установления факта заключения договора недопустима в тех случаях, когда специальные нормы закона устанавливают в качестве последствия несоблюдения письменной формы соответствующей сделки ее недействительность (ст. 331, п. 3 ст. 339, ст. 362 ГК РФ и др.). Кроме того, заблокирована эта возможность и тогда, когда письменная форма договора установлена в ранее заключенном соглашении (абз. 2 п. 1 ст. 434 ГК РФ). В подобных ситуациях соответствующее соглашение не может быть признано действительным, какие бы доказательства факта фактического обмена электронными сообщениями ни были представлены. Единственный способ «спасти» такие соглашения появляется в случае наличия оснований для применения п. 5 ст. 166, п. 3 ст. 432 ГК РФ.

3. Согласно п. 3 ст. 434 ГК РФ договор считается заключенным и тогда, когда в ответ на оферту другая сторона совершила конклюдентные действия (см. комментарий к п. 3 ст. 438 ГК РФ). При этом в такой ситуации считается соблюденной письменная форма договора.

4. Пункт 4 ст. 434 ГК РФ устанавливает, что в случаях, предусмотренных в законе или договоре, договор должен заключаться исключительно в форме подписания единого документа. О последствиях нарушения таких требований см. комментарий к п. 1 настоящей статьи.

Статья 434¹. Переговоры о заключении договора

1. Если иное не предусмотрено законом или договором, граждане и юридические лица свободны в проведении переговоров о заключении договора, самостоятельно несут расходы, связанные с их проведением, и не отвечают за то, что соглашение не достигнуто.

2. При вступлении в переговоры о заключении договора, в ходе их проведения и по их завершении стороны обязаны действовать добросовестно, в частности не допускать вступление в переговоры о заключении договора или их продолжение при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной. Недобросовестными действиями при проведении переговоров предполагаются:

1) предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны;

2) внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать.

3. Сторона, которая ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, обязана возместить другой стороне причиненные этим убытки.

Убытками, подлежащими возмещению недобросовестной стороной, признаются расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом.

4. Если в ходе переговоров о заключении договора сторона получает информацию, которая передается ей другой стороной в качестве конфиденциальной, она обязана не раскрывать эту информацию и не использовать ее ненадлежащим образом для своих целей независимо от того, будет ли заключен договор. При нарушении этой обязанности она должна возместить другой стороне убытки, причиненные в результате раскрытия конфиденциальной информации или использования ее для своих целей.

5. Стороны могут заключить соглашение о порядке ведения переговоров. Такое соглашение может конкретизировать требования к добросовестному ведению переговоров, устанавливать порядок распределения расходов на ведение переговоров и иные подобные права и обязанности. Соглашение о порядке ведения переговоров может устанавливать неустойку за нарушение предусмотренных в нем положений.

Условия соглашения о порядке ведения переговоров, ограничивающие ответственность за недобросовестные действия сторон соглашения, ничтожны.

6. Предусмотренные пунктами 3 и 4 настоящей статьи положения об обязанности стороны возместить убытки, причиненные другой стороне, не применяются к гражданам, признаваемым потребителями в соответствии с законодательством о защите прав потребителей.

7. Правила настоящей статьи применяются независимо от того, был ли заключен сторонами договор по результатам переговоров.

8. Правила настоящей статьи не исключают применения к отношениям, возникшим при установлении договорных обязательств, правил главы 59 настоящего Кодекса.

Комментарий

1. Пункт 1 ст. 434¹ ГК РФ, вступивший в силу с 1 июня 2015 г., устанавливает свободу сторон в ведении переговоров, самостоятельное несение каждой из сторон расходов на ведение переговоров и невозможность быть привлеченными к какой-либо ответственности в случае, если переговоры так и не завершатся заключением договора. Эти положения в полной мере вытекают из принципа свободы договора, подразумевающего в том числе свободу вступать в договорные отношения (ст. 421 ГК РФ). Здесь мы имеем общее правило, из которого нижеследующие пункты устана­вливают определенные исключения.

2. Согласно п. 2 ст. 434¹ ГК РФ устанавливается запрет на недобросовестную практику ведения переговоров. Стороны не должны злоупотреблять своим правом свободного ведения и выбора приемов и тактики переговоров.

Ответственность за недобросовестное ведение переговоров (*culpa in contrahendo, precontractual liability*) хорошо известна многим европейским правовым порядкам и актам международной унификации частного права (ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА, ст. II.-3:301 Модельных правил европейского частного права). При этом в комментируемой норме установлен исчерпывающий перечень случаев, в которых суду следует констатировать недобросовестность ведения переговоров. Какие виды недобросовестного поведения закон прямо называет?

2.1. Недобросовестно ведение переговоров лишь для вида при заведомом отсутствии намерения завершить переговоры заключением договора (например, когда переговоры ведутся лишь с целью получения той или иной информации без намерения реально вступить в договорные отношения). Нет никаких сомнений, что такое поведение является явно недобросовестным (хотя и труднодоказуемым).

2.2. В ряде случаев недобросовестно сообщение в ходе переговоров недосто­верной информации. При толковании данного положения следует не забывать о том, что речь идет о недобросовестном поведении. Поэтому сообщение ложной информации влечет ответственность по данной статье только в случае умысла или неосторожности. Вряд ли можно признать недобросовестным предоставление недосто­верной информации, происшедшее в условиях, когда лицо, предоставившее информацию, не знало и не должно было знать о недосто­верности сообщаемой информации. При этом вина лица, предоставившего недосто­верную информацию, предполагается, если это лицо не докажет, что оно само в момент предоставления информации считало ее правдивой и не имело оснований сомневаться в ее достоверности.

Тут надо напомнить, что если договор в итоге все-таки был заключен, для привлечения к ответственности лица за предоставление ложной информации подлежит применению специальная ст. 431² ГК РФ о недосто­верных заверениях (которая применяется и к заверениям, предоставленным до заключения договора). Согласно п. 4 ст. 431² ГК РФ в такой ситуации лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, или стороны корпоративного договора или договора об отчуждении акций или доли несут строгую, не зависящую от вины ответственность за предоставление ложных заверений. Подробнее о соотношении норм ст. 434¹ и 431² ГК РФ см. комментарий к ст. 431² ГК РФ.

2.3. Недобросовестно умолчание о таких обстоятельствах, которые в силу характера договора должны были быть доведены до сведения другой стороны. По сути речь должна идти о ситуациях, когда раскрытие соответствующей информации на стадии переговоров вытекало из принципа добросовестности. Например, поведение продавца судна, который сообщил потенциальному покупателю всю позитивную информацию о потенциальном объекте отчуждения, простимулировав того отправить специальных экспертов в соответствующий далекий порт для детального осмотра, но не сообщил ему, что судно имеет значительную пробоину, имеет явно недобросовестный характер. С точки зрения принципа добросовестности такая важная для любого потенциального покупателя информация должна быть раскрыта в самом начале, чтобы покупатель мог осознанно принимать решение о несении расходов на дальнейшие переговоры. Более подробное регулирование информационных обязанностей коммерсанта при заключении договора с потребителем содержится в ст. 8–12 Закона о защите прав потребителей.

Требование о раскрытии информации, подлежащей раскрытию в силу принятых в обороте стандартов поведения, предусмотрено в п. 2 ст. II.-3:101 Модельных правил европейского частного права. Более жесткие и детально прописанные информационные преддоговорные обязанности этот акт унификации возлагает на коммерсанта, заключающего договор с потребителем (ст. II.-3:102–II.-3:104 Модельных правил европейского частного права).

2.4. Наконец, недобросовестно внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать. Здесь мы имеем, пожалуй, самый потенциально опасный и сложный аспект этой статьи. Безусловно, сторона вольна прервать переговоры на любой их стадии, но закон исходит из того, что в некоторых обстоятельствах такое поведение может быть недобросовестным. Как следует из закона, чтобы прерывание переговоров считалось недобросовестным, мало того, чтобы оно было неожиданным и безосновательным, требуется, чтобы прекращение переговоров подрывало разумные ожидания другой стороны.

В принципе любая сторона переговоров должна быть готова к тому, что другая сторона может выйти из переговоров на любой их стадии, ничего при этом не объясняя. Как справедливо указал ВС РФ в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7, «само по себе прекращение переговоров без указания мотивов отказа не свидетельствует о недобросовестности соответствующей стороны». Соответственно для того, чтобы неожиданное и немотивированное прерывание стороной переговоров являлось недобросовестным, требуется доказать особые обстоятельства, которые могли создать у стороны переговоров разумные ожидания того, что переговоры неожиданно прерваны не будут. Типичным вариантом таких особых обстоятельств является ситуация, когда одна из сторон на той или иной стадии переговоров уверяет другую о серьезности своих намерений и желании во что бы то ни стало прийти к соглашению и прилагает все усилия к нахождению компромисса, подталкивая другую сторону приступить к подготовке исполнения. Неожиданное и не оправданное какими-то объективными причинами прерывание переговоров в такой ситуации (особенно когда переговоры зашли далеко и большинство параметров сделки уже согласовано) действительно может быть с учетом конкретных обстоятельств признано недобросовестным. Например, если контрагент

сообщает партнеру по итогам длительных согласований проекта договора о том, что он наконец готов подписать договор, и назначает дату и место подписания и последний в расчете на это покупает билеты и прилетает в отдаленный регион для проставления подписей на договоре, но в последний момент узнает о том, что контрагент неожиданно передумал, можно говорить о наличии оснований для применения данной нормы.

2.5. Наличие этого перечня не исключает того, что в конкретных обстоятельствах недобросовестным ведением переговоров могут быть признаны и какие-то иные варианты поведения сторон переговоров.

3. Пункт 3 ст. 434¹ ГК РФ определяет характер ответственности за недобросовестное ведение переговоров (преддоговорной ответственности). Цель этой ответственности состоит в том, чтобы вернуть пострадавшего в то состояние, которое имело место до начала переговоров. Как отметил ВС РФ в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 20), «в результате возмещения убытков, причиненных недобросовестным поведением при проведении переговоров, потерпевший должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным контрагентом». Здесь Суд дает определение возмещения убытков по модели защиты так называемого негативного интереса.

О каких убытках идет речь?

В первую очередь в силу прямого указания в комментируемом пункте такая ответственность состоит в возмещении стороной, которая проявила недобросовестность на стадии ведения переговоров, другой стороне расходов последней на ведение переговоров.

В п. 3 ст. 434¹ ГК РФ также указывается на то, что подлежат возмещению *расходы*, понесенные в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом. Это положение противоречиво, так как в случае утраты возможности заключить договор с третьим лицом из-за ведения переговоров, не приведших к положительному результату в связи с недобросовестным поведением другой стороны переговоров, возникают не расходы, а упущенная выгода. Возможность взыскания упущенной выгоды от утраты возможности заключить альтернативный договор в рамках модели защиты негативного интереса является в российском праве вопросом недостаточно разработанным, что, видимо, и повлекло то самое противоречие в тексте п. 3 ст. 434¹ ГК РФ. Но если закон упоминает утрату возможности заключить альтернативный договор, трудно объяснить, почему закон говорит здесь только о расходах. Сложно представить себе, какие могут быть расходы при утрате такой возможности. Для сравнения: в ст. II.-3:301 Модельных правил европейского частного права говорится о возмещении *любых потерь*, вызванных недобросовестным ведением переговоров, также о возмещении *потерь* при недобросовестном ведении переговоров говорит и ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА. В ответ на это противоречие в законе (возможно, вытекающее из неуверенности законодателя в правильном решении) ВС РФ в п. 20 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 указал, что истец вправе требовать возмещения не только расходов на ведение переговоров, но и *убытков*, понесенных в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом по правилам ст. 15 ГК РФ. Нетрудно заметить, что Суд вполне осознанно заменил указанные в норме расходы на убытки, косвенно допустив тем самым взыскание

и упущенной выгоды от срыва возможности заключить альтернативный договор с третьим лицом.

Перспективы взыскания в этом контексте упущенной выгоды, видимо, прояснятся в будущем при развитии судебной практики. Сложность вопроса состоит в том, что взыскание упущенной выгоды от утраты возможности заключить альтернативную сделку в рамках модели защиты негативного интереса может поставить пострадавшего в положение, в целом сопоставимое с тем, в котором он бы находился, если бы его права защищались взысканием убытков по модели позитивного интереса. В некоторых случаях пострадавший в результате возмещения убытков может оказаться в положении, сопоставимом с тем, в каком он оказался бы при надлежащем исполнении несостоявшейся сделки, или даже в лучшем положении, а это противоречит самому смыслу преддоговорной ответственности.

Важно отметить, что несмотря на то, что комментируемый пункт говорит только о возмещении расходов на переговоры и расходов (в интерпретации п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 – убытков) в связи с утратой возможности заключить альтернативный договор с третьим лицом, это же Постановление Пленума в том же пункте представляет эти два вида убытков лишь в качестве иллюстрации защиты «негативного интереса». Иначе говоря, согласно данному Постановлению могут быть взысканы и иные убытки, цель возмещения которых состоит в том, чтобы поставить пострадавшего в положение, имевшее место до начала переговоров.

3.1. Природа преддоговорной ответственности в самом тексте ГК РФ не проясняется. Этот вопрос в науке является достаточно спорным. В то же время в силу прямого указания п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 к такого рода требованиям субсидиарно применяются положения гл. 59 ГК РФ. Иначе говоря, Суд недвусмысленно признал деликтную природу ответственности за недобросовестное ведение переговоров.

3.2. Так как ответственность за недобросовестное ведение переговоров имеет деликтный характер, к таким искам применяется положение ст. 1068 ГК РФ, согласно которому юридическое лицо либо гражданин возмещают вред, причиненный недобросовестным поведением его работника при проведении переговоров. На это прямо указано в п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. Соответственно юридическое лицо должно нести ответственность за недобросовестное поведение при проведении переговоров не только лиц, уполномоченных на заключение договора, но и иных своих сотрудников.

3.3. Деликтная квалификация иска о возмещении убытков в связи с недобросовестным поведением на стадии переговоров не отменяет определенную специфику такого рода ответственности. Она состоит в том, что убытки возникают не как следствие причинения вреда личности или имуществу жертвы, как того требует общее определение деликтной ответственности согласно п. 1 ст. 1064 ГК РФ. Убытки возникают непосредственно в финансовой сфере жертвы (так называемые чисто экономические убытки, «*pure economic loss*»). Так как основанием для их взыскания является не какое-то четко очерченное действие (причинение вреда личности или имуществу), а нарушение стандарта добросовестного поведения, при рассмотрении споров о привлечении к преддоговорной ответственности невозможно четко разделить факторы неправомерности и вины. Это разделение достаточно просто провести,

например, в случаях причинения вреда имуществу жертвы: неправомерность состоит в самом факте порчи или уничтожении чужой вещи, а вина проявляется в форме неосторожности или умысла. Но в случае с ответственностью за недобросовестное ведение переговоров (равно как и в иных случаях, когда ответственность наступает за нарушение таких оценочных и во многом этических стандартов) такое разделение очень трудно последовательно провести. Соответственно классический принцип деликтной ответственности (факт причинения вреда доказывает жертва деликта, а отсутствие вины доказывает делинквент) в случае с преддоговорной ответственностью не работает. Очевидно, что так как добросовестность лиц предполагается (п. 5 ст. 10 ГК РФ), истец, настаивающий на привлечении ответчика к преддоговорной ответственности, должен доказать недобросовестность ответчика. Но, доказывая неправомерность (т.е. недобросовестность) поведения ответчика, истец неизбежно доказывает и вину последнего. Трудно представить себе, что лицо может вести себя недобросовестно и при этом быть невиновным. Соответственно неудивительно, что ВС РФ в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 19) прямо указал на то, что поведение сторон переговоров предполагается добросовестным, бремя доказывания недобросовестности ответчика лежит на истце, а п. 2 ст. 1064 ГК РФ, устанавливающий презумпцию вины делинквента, не применяется к преддоговорной ответственности.

В то же время согласно п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «недобросовестность действий ответчика предполагается, если имеются обстоятельства, предусмотренные подпунктами 1 и 2 пункта 2 статьи 434¹ ГК РФ». В этих случаях, как указывает Суд, «ответчик должен доказать добросовестность своих действий». Речь здесь идет о ситуациях, когда истец доказал, что ответчик сообщил ему на стадии переговоров недостоверную информацию или умолчал о той информации, которую принято раскрывать на стадии переговоров, либо что ответчик внезапно и неоправданно прервал переговоры в ситуации, когда истец не мог разумно этого ожидать. Иначе говоря, смысл указания в п. 2 ст. 434¹ ГК РФ этих примеров недобросовестного ведения переговоров состоит в том, что если истец смог доказать эти явные признаки недобросовестного поведения, бремя опровержения такой квалификации своего поведения переносится на ответчика.

3.4. О природе ответственности при нарушении сторонами условий соглашения о порядке ведения переговоров см. комментарий к п. 5 данной статьи.

4. Согласно п. 4 ст. 434¹ ГК РФ информация, сообщенная в ходе ведения переговоров на условиях конфиденциальности, не может быть раскрыта получившей такую информацию стороной переговоров третьим лицам или ненадлежащим образом использована в своих целях. Если все же режим конфиденциальности будет нарушен, нарушитель должен возместить другой стороне все возникающие в связи с этим убытки независимо от того, был ли договор в результате таких переговоров заключен или нет. Примерно те же формулировки содержатся в ст. 2.1.16 Принципов УНИДРУА и в ст. II.-3:302 Модельных правил европейского частного права.

4.1. Здесь стоит определиться в вопросе о том, когда информация, предоставляемая при переговорах, является конфиденциальной.

Пункт 2 ст. II.-3:302 Модельных правил европейского частного права предусматривает следующий подход к определению того, что такое конфиденциальная

информация: указывается, что такой информацией является «информация, о конфиденциальном характере которой получающая ее сторона знает или может разумно предполагаться знающей исходя из характера информации либо обстоятельств, при которых она получена». Такой подход, безусловно, является достаточно гибким, но оборотной его стороной является значительная правовая неопределенность положения реципиента информации. Он может не воспринять ту или иную информацию в качестве конфиденциальной, а впоследствии суд признает, что разумное лицо на его месте выявило бы, что среди потока информации, которыми стороны обмениваются в процессе переговоров, именно данное конкретное сообщение имело конфиденциальный характер.

Чуть более формализованным, но все же относительно гибким могло бы быть такое решение: ответственность наступает по общему правилу в случае распространения или неправомерного использования информации, предоставленной в ходе переговоров, с оговоркой о конфиденциальности, но в исключительных случаях такая ответственность может наступать и тогда, когда речь идет о той информации, которая хотя и не сопровождалась такой оговоркой, но не могла не расцениваться реципиентом в качестве конфиденциальной с учетом всех обстоятельств дела.

В то же время есть определенные основания и для принятия максимально формализованного подхода, при котором режим конфиденциальности будет действовать только в случае сопровождения предоставляемой информации соответствующей оговоркой. Этот формализованный подход может быть оправдан тем, что в процессе ведения переговоров стороны обмениваются большим объемом информации как в рамках устных переговоров, так и в переписке. Если не формализовать тот объем информации, который предоставляется на условиях конфиденциальности, за разглашение или неправомерное использование которой может наступать ответственность, возникают труднопрогнозируемые риски и абсолютно неуместная неопределенность.

Отечественной судебной практике еще предстоит определиться в выборе той или иной модели решения этой проблемы.

4.2. Что такое разглашение конфиденциальной информации – интуитивно вполне понятно. Но что такое указанное в комментируемом пункте ненадлежащее использование полученной информации для своих целей? Судебной практике еще предстоит определиться в этом вопросе. Законодатель, видимо, имел в виду не любое использование конфиденциальной информации в своих коммерческих целях, а только те случаи, когда такое использование может причинить вред интересам стороны, раскрывшей такую информацию. К таким ситуациям можно отнести, например, случай, когда потенциальный покупатель после получения от владельца компании ценной конфиденциальной информации, во многом определяющей уникальный конкурентный потенциал соответствующего бизнеса, прерывает переговоры под тем или иным предлогом и вскоре запускает свой собственный бизнес с использованием этого ноу-хау, создавая конкуренцию несостоявшемуся продавцу.

С учетом неопределенности этого основания ответственности сторонам стоит рекомендовать подробно конкретизировать режим конфиденциальности в соответствующем соглашении о конфиденциальности, заключаемом на стадии переговоров, до раскрытия конфиденциальной информации. О том, какое соглашение здесь имеется в виду, см. комментарий к п. 5 настоящей статьи.

4.3. Представляется логичным допустить право одной из сторон, узнавшей о том, что другая сторона намеревается неправомерно разгласить полученную в ходе переговоров конфиденциальную информацию или использовать ее, подать в суд иск о запрете совершения соответствующих действий (упомянутый в ст. 12 и 1065 ГК РФ иск о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения). Эта возможность прямо указана и в п. 2 ст. II.-3:302 Модельных правил европейского частного права. Игнорирование ответчиком такого введенного судом запрета будет влечь для него негативные последствия, предусмотренные законодательством на случай неисполнения судебного решения (включая взыскание установленной судом судебной неустойки (астрента) по правилам п. 1 ст. 308³ ГК РФ, применимым здесь, видимо, по аналогии закона).

4.4. Общей санкцией за разглашение или использование конфиденциальной информации, согласно комментируемому пункту, является взыскание убытков. К расчету таких убытков должны применяться правила ст. 15 ГК РФ: соответственно истец вправе рассчитывать на взыскание реального ущерба, упущенной выгоды, а также вместо взыскания упущенной выгоды может требовать возмещения ему всех доходов, которые извлек нарушитель из факта неправомерного разглашения или использования конфиденциальной информации. Так, например, если один из несостоявшихся контрагентов использовал полученную конфиденциальную информацию при заключении договора с третьим лицом (например, выдал полученные в процессе переговоров от контрагента чертежи за свои и выиграл крупный тендер на изготовление соответствующей продукции, объявленный третьим лицом), то пострадавшая сторона вправе требовать от нарушителя перечисления ей всей прибыли, которую получил нарушитель от исполнения этого контракта. Последнее прямо предусмотрено в п. 4 ст. II.-3:302 Модельных правил европейского частного права.

4.5. Очень интересен вопрос об основаниях ответственности за разглашение конфиденциальной информации. Если исходить из деликтной природы такой ответственности, то логично допустить, что ответственность строится на началах вины (п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Соответственно если сторона, от которой данная информация «утекла» третьим лицам, докажет, что она не виновата в разглашении, так как последнее произошло не в силу умысла или неосторожности, то ответственности не будет. Такая ситуация может иметь место, в частности, если конфиденциальная информация утекла из-за изъятия правоохранительными органами компьютеров компании, на которых данная информация хранилась, по необоснованному уголовному делу и получения доступа к информации широкого круга третьих лиц либо из-за хакерской атаки на серверы компании, для предотвращения или пресечения которой контрагент проявил должные меры заботливости и осмотрительности.

В то же время если между сторонами на стадии переговоров заключено соглашение о конфиденциальности (неразглашении), то нарушение таких обязательств будет влечь уже договорную ответственность (ст. 393 ГК РФ), которая, как известно из п. 3 ст. 401 ГК РФ, для должников-коммерсантов от вины не зависит. Договорная ответственность в данном случае исключает применение правил о деликтной ответственности. Подробнее о таких соглашениях см. п. 5.1 комментария к настоящей статье.

5. Пункт 5 ст. 434¹ ГК РФ признает возможным заключение соглашения о переговорах, в котором стороны могут уточнить порядок ведения переговоров, в том числе установив распределение расходов на ведение переговоров. Вполне очевидно, что такое соглашение может также содержать условие о запрете на ведение параллельных переговоров с третьими лицами в течение установленного в таком соглашении срока ведения переговоров (так называемое условие об эксклюзивности переговоров), порядок раскрытия информации, обязательства в течение определенного срока не начинать конкурировать с другой стороной в случае срыва переговоров на стадии после предоставления этой другой стороной конфиденциальной информации о своих ноу-хау, используемых в бизнесе, и т.п. Стороны также могут зафиксировать в таком соглашении обязанность по уплате неустойки в случае нарушения установленных в таком соглашении правил ведения переговоров.

На практике такие соглашения иногда оформляются при ведении переговоров о заключении крупных инвестиционных или финансовых контрактов.

Соглашение о ведении переговоров отличается от предварительного договора тем, что оно не порождает обязательств заключить договор в будущем. Соответственно на основании такого соглашения нельзя предъявить иск о принуждении к заключению договора.

5.1. Особенно часто стороны в процессе переговоров или до их начала заключают соглашение о конфиденциальности (*non-disclosure agreement, confidentiality agreement*), которое подробно регулирует процесс передачи конфиденциальной информации (например, требуют сопровождения конфиденциальной информации соответствующими сопроводительными письмами, фиксируют лиц, уполномоченных на предоставление и получение информации, и т.п.), конкретизирует то, какая информация будет считаться конфиденциальной, устанавливают сроки сохранения информации в тайне, уточняют требование о недопустимости использования информации в своих целях, а также предусматривают неустойку за нарушение режима конфиденциальности. Такое соглашение прямо не урегулировано в законе, но возможность его заключения недвусмысленно вытекает из принципа свободы договора. Более того, такое соглашение может рассматриваться как особый вид соглашения о ведении переговоров, предусмотренного в комментируемом пункте. С учетом сложностей в толковании новых положений п. 4 об ответственности за нарушение правил о конфиденциальности сторонам для формирования более прочного и предсказуемого режима своих отношений рекомендуется заключать соглашение о конфиденциальности.

5.2. Если сторона нарушает условия соглашения о переговорах, речь должна идти об ответственности за нарушение обязательств по правилам ст. 393 ГК РФ и иным правилам гл. 25 ГК РФ. Нормы гл. 59 ГК РФ о деликтной ответственности здесь неприменимы. При этом здесь могут возникать интересные вопросы на стыке договорной и деликтной ответственности. Например, может сложиться ситуация, когда сторона формально не нарушает прямо прописанные в договоре правила ведения переговоров, но ее поведение явно недобросовестно. С одной стороны, в такой ситуации суд может применить правила настоящей статьи о преддоговорной ответственности и общие правила гл. 59 ГК РФ о деликте. С другой стороны, суд может расширить охват договорного правоотношения за счет выведения из общего принципа добросовестности некоторых дополнительных правил и условий (п. 3

ст. 307 ГК РФ) и применить к нарушителю таких подразумеваемых правил исполнения договорных обязательств общие нормы гл. 25 ГК РФ об ответственности договорной. Вопрос этот достаточно сложный. Предсказать, по какому пути пойдет судебная практика, на настоящий момент затруднительно.

6. Согласно п. 6 ст. 434¹ ГК РФ потребитель не несет ответственности ни за недобросовестные действия на стадии переговоров, ни за нарушение режима конфиденциальности. Такая норма вызывает некоторые сомнения. Из нее, в частности, следует странный вывод о том, что гражданин-потребитель вправе цинично глгть своему потенциальному коммерческому контрагенту на стадии ведения переговоров, не неся при этом никакой ответственности (например, сообщить банку при ведении переговоров о заключении договора кредита ложную информацию о своих доходах).

7. Согласно п. 7 ст. 434¹ ГК РФ правила данной статьи применяются независимо от того, был ли заключен по итогам переговоров договор или нет. Эта норма вызывает определенные вопросы. Она вполне применима к п. 4 данной статьи об ответственности за нарушение режима конфиденциальности, на что, впрочем, прямо и указывает п. 4. Но ее применение к ответственности за недобросовестное ведение переговоров по п. 2 данной статьи вступает в противоречие с тем, что согласно п. 3 в качестве санкции за недобросовестное ведение переговоров установлено возмещение негативного интереса (в том числе расходов на ведение переговоров, а также убытков, связанных с утратой возможности заключить договор с третьим лицом). Защита «негативного интереса» логична в основном в тех случаях, когда переговоры не привели к заключению договора и сторона хочет возместить понесенные расходы и восстановить статус-кво, имевший место до начала переговоров. Когда договор в итоге был заключен, возмещение понесенных на переговоры расходов, а также возмещение убытков, возникших в связи с утратой возможности заключить альтернативный договор с третьим лицом, выглядит не вполне логично.

Кроме того, как уже отмечалось, в случае сообщения на стадии переговоров недостоверной информации при условии последующего заключения договора ответственность по ст. 434¹ ГК РФ также исключается, уступая дорогу специальным нормам ст. 431² ГК РФ об ответственности за недостоверные заверения, из широкой формулировки которой может быть выведено (за исключением случая признания договора недействительным) полное возмещение убытков по модели защиты позитивного интереса (подробнее см. комментарий к ст. 431² ГК РФ).

Наконец, если недобросовестность стороны состояла в предоставлении недостоверной информации или умолчании об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны были быть доведены до сведения другой стороны, и сторонами был заключен договор, который позднее был признан судом по этой причине недействительным по правилам ст. 178 и 179 ГК РФ (введение в заблуждение или обман), то ответственность за данное недобросовестное поведение будет наступать по специальным правилам, указанным в ст. 178 и 179 ГК РФ. Поэтому ВС РФ вполне обоснованно отметил, что как минимум в случае указанного варианта недобросовестного ведения переговоров ответственность по правилам п. 3 ст. 434¹ ГК РФ применяется только в случаях, когда в результате такого поведе-

ния жертва отказалась заключать договор (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

С учетом этого сфера применения положения п. 7 ст. 434¹ ГК РФ о возможности взыскания убытков по правилам данной статьи и в случае заключения договора оказывается весьма узкой. В теории можно представить себе случай недобросовестного ведения переговоров, когда они привели другую сторону к утрате интереса в заключении договора, последний был в итоге заключен, но пострадавший решил взыскать со своего вновьявленного партнера не все понесенные на переговоры расходы, а специфические расходы, спровоцированные именно недобросовестностью партнера. Но и в таком случае сложно говорить о том, что возмещение этих убытков ставит пострадавшего в положение, в котором он находился до начала переговоров. Скорее, возмещение таких расходов направлено на то, чтобы поставить пострадавшую сторону в положение, в котором она находилась бы, если другая сторона не проявила недобросовестности.

8. Из смысла п. 8 ст. 434¹ ГК РФ вытекает, что положения данной статьи об ответственности за недобросовестное поведение на преддоговорной стадии не исключают предъявления дополнительных деликтных требований, если на стадии ведения переговоров будет причинен вред имуществу или личности одной из сторон. Например, если в результате осмотра дома, продажа которого была предметом переговоров, покупателю был причинен вред здоровью в результате падения черепицы, пострадавший вправе предъявить другой стороне обычный иск о возмещении вреда здоровью по правилам гл. 59 ГК РФ. Такая ответственность не будет охватываться правилами ст. 434¹ ГК РФ, а будет подчиняться общему режиму деликтной ответственности.

Статья 435. Оферта

1. Офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определено и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение.

Оферта должна содержать существенные условия договора.

2. Оферта связывает направившее ее лицо с момента ее получения адресатом.

Если извещение об отзыве оферты поступило ранее или одновременно с самой офертой, оферта считается не полученной.

Комментарий

1. Пункт 1 ст. 435 ГК РФ дает определение оферты. Для того чтобы адресованное одному или нескольким лицам предложение заключить договор считалось офертой, требуется соблюдение нескольких условий. Во-первых, предложение должно быть достаточно определено и содержать все существенные условия предлагаемого к заключению договора. Если в оферте не отражены существенные условия, то договор не будет считаться заключенным даже в случае акцепта, что неизбежно

следует из нормы п. 1 ст. 432 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 7 сентября 2010 г. № 1652/10). Во-вторых, из предложения должно вытекать намерение лица считать себя связанным таким предложением и готовность считать договор заключенным с тем, кто примет предложение (акцептует оферту). Примерно аналогичные требования к оферте содержатся и в п. 1 ст. II.-4:201 Модельных правил европейского частного права, ст. 2.1.2 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. 14 Венской конвенции 1980 г.

1.1. Самая типичная форма оферты – это отправка одной из сторон другой двух подписанных экземпляров договора с предложением подписать их и вернуть назад один экземпляр. Но оферта может быть оформлена и по-другому (например, заявка на отгрузку товара, заказ на выполнение работ, счет на предоплату, гарантийное письмо с гарантией оплаты в случае, если другая сторона решится осуществить указанное в письме предоставление, и т.п.). В описанных вариантах, как правило, достаточно легко вывести из текста письма подразумеваемую волю отправителя считать договор заключенным при положительном ответе.

Но иногда на практике встречаются более сложные случаи, когда возникает потребность в квалификации соответствующего письма в качестве либо оферты, либо приглашения делать оферту (вступить в переговоры). Такая дифференциальная квалификация имеет важные практические последствия, так как: (а) оферта связывает оферента, а приглашение делать оферту (вступить в переговоры) такого эффекта связанности не порождает и (б) ответ о согласии в ответ на оферту влечет признание договора заключенным без необходимости совершать какие-либо дополнительные действия, а положительный ответ на приглашение делать оферты не влечет заключение договора и может быть сам офертой или даже просто ничего не значащим элементом переговоров. Например, определенные проблемы вызывает интерпретация часто встречающихся в обороте коммерческих предложений, содержащих все существенные условия предлагаемого к заключению договора. Далеко не всегда понятно, что скрывается за предложением заключить договор: связывающая оферта или лишь предложение вступить в переговоры. В подобных не вполне однозначных ситуациях многое зависит от конкретных обстоятельств и текста соответствующего документа. Во избежание неясности сторонам разумно прямо фиксировать статус спорного документа в качестве оферты или, наоборот, прямо исключать такую квалификацию.

Также иногда в практике встречается ситуация, когда сторона направляет другой стороне два не подписанных экземпляра договора. Представляется, что воздержание отправителя от подписания отправляемого им другой стороне проекта договора свидетельствует о том, что он не намеревается считать данное действие офертой и речь идет лишь о приглашении делать оферту. В судебной практике встречается позиция, что в этом случае имеет место оферта (Постановление Президиума ВАС РФ от 23 декабря 2003 г. № 12998/03), но такой подход видится не вполне логичным.

1.2. Опубликованный в прессе, размещенный на сайте компании или представленный потенциальному контрагенту прайс-лист с указанием ассортимента товаров (услуг, работ) и цен по общему правилу не должен считаться офертой. Это связано с тем, что сам по себе такой прайс-лист не определяет существенные условия (например, количество товара) конкретной сделки с конкретным контрагентом (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 декабря 1997 г. № 4188/97). В то же время,

если в самом прайс-листе указано на то, что он является офертой, и на право любого желающего (публичная оферта) или конкретного лица акцептовать эту оферту в части любых указанных в прайс-листе товаров, работ или услуг в любых или ограниченных в оферте объемах, то такой прайс-лист уже можно признать офертой.

2. Согласно п. 2 ст. 435 ГК РФ оферта связывает оферента с момента ее доставки другой стороне.

Как указано в комментируемом пункте, оферент может всегда отменить оферту, если сможет обеспечить доставку заявления о ее отмене адресату до или одновременно с доставкой ему ранее отправленной оферты. Из смысла нормы вытекает, что это правило работает и тогда, когда оферта носит безотзывный характер. Аналогичное правило содержится в п. 2 ст. 15 Венской конвенции, п. 2 ст. 2.1.3 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. II.-4:202 Модельных правил европейского частного права.

Если же к моменту доставки оферты адресату не приходит извещение об отзыве оферты, на стороне оферента возникает эффект связанности. Последний означает, что оферент предоставляет акцептанту секундарное (преобразовательное) право своим односторонним волеизъявлением ввести договор в действие, а сам претерпевает неопределенность и должен быть готов считать договор заключенным, если в пределах соответствующего срока к нему поступит акцепт.

2.1. Так как оферта порождает правовые последствия в виде эффекта связанности на стороне оферента и возникновение у адресата оферты секундарного права навязать заключение договора своей односторонней волей, оферту следует считать односторонней сделкой. В случае акцепта такой оферты на месте односторонней сделки появляется договор. Соответственно, к оферте на этапе до ее акцепта могут применяться правила о сделках. В частности, такая оферта может быть признана недействительной по правилам о недействительности сделки (Постановление Президиума ВАС РФ от 29 июня 2010 г. № 3170/10).

Также нет серьезных возражений против того, чтобы оферта была поставлена под отлагательное или отменительное условие по правилам ст. 157 ГК РФ (Определение ВС РФ от 7 ноября 2014 г. № 303-ЭС14-524). В целом допустимость установки отлагательных или отменительных условий в односторонние сделки – вопрос не самый простой, и право ряда стран вводит некоторые ограничения в отношении такой возможности в тех случаях, когда односторонняя сделка вторгается в правовую сферу адресата такой сделки (например, зачет). Считается, что включение в одностороннюю сделку разнообразных условий, факт наступления которых может быть достаточно сложно установить, навязывает другому лицу правовую неопределенность, на которую он не соглашался. В то же время этот запрет на условность односторонних сделок нигде не является абсолютным; многое зависит от типа односторонней сделки и характера условия. С учетом того, что оферта как односторонняя сделка не создает для адресата никаких обязанностей, а лишь наделяет его секундарным правом, которым он волен воспользоваться, если уверен в наступлении указанного в оферте отлагательного условия или ненаступления условия отменительного, или не воспользоваться, нет политико-правовых причин беспокоиться о положении акцептанта. Если он не уверен в наступлении отлагательного условия, он просто волен оферту не акцептовать. Защищать же от неопределенности оферента нет никаких причин, так как он сам включает условие в оферту, принимая на себя соответству-

ющие риски. Иначе говоря, оферта (в отличие от акцепта) может быть поставлена под условие. Единственное сомнение возникает в тех случаях, когда для акцептанта заключение договора является обязательным. В такой ситуации вышеописанная логика, исключающая риски для акцептанта, начинает давать сбои, и поэтому здесь следует признавать определенное ограничение.

2.2. Эффект связанности отпадает до истечения указанного в оферте срока на акцепт, а при отсутствии такого срока – до истечения разумного срока, если оферент получит от акцептанта сообщение о том, что тот отвергает его оферту. Это вполне логичное правило прямо закреплено в ст. 2.1.5 Принципов УНИДРУА и в ст. II.-4:203 Модельных правил европейского частного права, а в контексте российского права, данный вопрос не регулирующего, аналогичное решение может выводиться из принципов разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ).

Интересный вопрос возникает в ситуации, когда акцептант направляет оференту не прямое отклонение оферты, а акцепт на иных условиях. В силу ст. 443 ГК РФ такой ответ означает отказ от оферты и выставление встречной оферты. Соответственно, действие первоначальной оферты прекращается и акцептант не может отыграть назад, отозвать свою встречную оферту и акцептовать безоговорочно первоначальную оферту. В такой ситуации если право будет признавать за акцептантом возможность передумать, отозвать свою встречную оферту и акцептовать изначальную оферту оферента, это может существенно нарушить разумные ожидания оферента. В то же время, если оферент, столкнувшись с таким непоследовательным поведением акцептанта, ответит ему согласием считать договор заключенным на условиях первоначальной оферты, праву стоит воспринимать такой договор в качестве заключенного.

В то же время отклонение оферты не происходит и она остается в силе, если акцептант в ответном письме хотя и воздерживается пока от прямого и безоговорочного акцепта, но испрашивает мнение оферента по поводу возможности изменить оферту (например, просит предоставить скидку или уточняет готовность оферента поставить больший объем продукции). Если из текста ответного письма не следует, что акцептант отвергает оферту или делает встречную оферту, а очевидно, что он сохраняет за собой право акцептовать оферту, оферта должна оставаться в силе.

2.3. Вопрос о последствиях смерти оферента до момента акцепта в российском законе не урегулирован. Есть основания предполагать, что оферта в этом случае должна прекращать свое действие и правовой эффект связанности офертой не переходит к наследникам оферента.

Не вполне проясненным в российском праве является также и вопрос о судьбе оферты в случае реорганизации организации-оферента. Логично предположить, что оферта в таком случае сохраняется и связывает правопреемника организации-оферента.

Статья 436. Безотзывность оферты

Полученная адресатом оферта не может быть отозвана в течение срока, установленного для ее акцепта, если иное не оговорено в самой оферте либо не вытекает из существа предложения или обстановки, в которой оно было сделано.

Комментарий

(а) Согласно ст. 436 ГК РФ оферта по общему правилу не может быть отозвана в течение установленного для ее акцепта срока, если иное не установлено в самой оферте. Она может быть произвольно или при наступлении указанных в оферте условий отменена оферентом после ее доставки адресату, только если на такую возможность в ней прямо указано или такая возможность вытекает из ее существа или обстановки, в которой она была оформлена.

Некоторые международные источники исходят из обратной презумпции: оферта по общему правилу может быть отозвана, если из ее текста не следует прямо или косвенно (например, в случае установления в оферте четкого срока на акцепт) ее безотзывный характер. В той или иной форме эта идея отражена в ст. 16 Венской конвенции 1980 г., ст. II.-4:202 Модельных правил европейского частного права, ст. 2.1.4 Принципов УНИДРУА. Представляется, что выбор российского законодателя в отношении правила по умолчанию в этом плане более корректен, так как в большей степени отвечает тому, что имеет в виду среднестатистический оферент и что ожидает среднестатистический акцептант на практике.

(б) Важно иметь в виду, что эффект связанности, указанный в ст. 436 ГК РФ, означает, что любое заявление оферента об отзыве не имеет правовой силы. Речь не идет о сугубо компенсационной защите прав акцептанта: безотзывность оферты означает не то, что оферент обязан возместить акцептанту убытки в случае отзыва такой оферты, а то, что отзыв оферты просто невозможен и не прекращает секундарное право акцептанта на акцепт после того, как оферта достигла акцептанта.

(в) В то же время в отступление от общего правила в оферте может быть указано на возможность ее отзыва. Наличие такой оговорки не лишает оферту правового, связывающего значения и статуса односторонней сделки. При такой оферте у адресата все равно появляется секундарное право, пусть эффект связанности в данном случае и оказывается ослаблен. Если акцептант отправит свой акцепт ранее, чем оферент решит отозвать оферту, и сообщит об этом акцептанту, договор будет считаться заключенным. При отзывной оферте оферент должен успеть отозвать оферту ранее, чем акцепт будет ему направлен акцептантом. ГК РФ не проясняет вопрос о том, когда наступает «точка невозврата»: в момент отправки акцептантом акцепта или в момент доставки его оференту. В то же время за такую точку логично брать именно момент отправки акцепта. Именно такое решение отражено в п. 1 ст. II.-4:202 Модельных правил европейского частного права, п. 1 ст. 2.1.4 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. 16 Венской конвенции 1980 г.

Статья 437. Приглашение делать оферты. Публичная оферта

1. Реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, рассматриваются как приглашение делать оферты, если иное прямо не указано в предложении.

2. Содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных

в предложении условиях с любым, кто отзовется, признается офертой (публичная оферта).

Комментарий

1. Согласно п. 1 ст. 437 ГК РФ реклама или иное предложение, адресованное неопределенному кругу лиц, предполагаются не офертой, а лишь предложения делать оферту, если только иное прямо не указано в предложении. Аналогичное правило закреплено в п. 2 ст. 14 Венской конвенции 1980 г.

2. Из смысла п. 2 ст. 437 ГК РФ вытекает следующее: если в рекламных материалах или иных подобных предложениях, адресованных неопределенному кругу лиц, указано, что они являются офертой, или иным образом очевидно, что воля автора предложения состояла в том, чтобы считать себя им связанным и считать договор заключенным с любым, кто отзовется на такое предложение, такое предложение признается публичной офертой.

При этом вполне возможно, что публичная оферта будет адресована не неопределенному, а несколько ограниченному кругу лиц (например, только физическим лицам или лицам, достигшим определенного возраста).

В данной статье не оговаривается специфика отзыва публичной оферты. Предполагается, что такая оферта может быть отозвана тем же способом, каким она была опубликована (п. 2 ст. II.-4:202 Модельных правил европейского частного права).

Статья 438. Акцепт

1. Акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии.

Акцепт должен быть полным и безоговорочным.

2. Молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, соглашения сторон, обычая или из прежних деловых отношений сторон.

3. Совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте.

Комментарий

1. Пункт 1 ст. 438 ГК РФ дает определение акцепта, т.е. согласия адресата оферты на принятие предложения.

1.1. Возникающее из оферты право акцепта является вторичным (преобразовательным) правом на введение договора в действие. Уполномоченный на акцепт акцептант своим односторонним волеизъявлением, доведенным до оферента, может породить полноценное договорное правоотношение.

К сожалению, в российском праве крайне плохо изучена проблематика трансферабельности (возможности уступки и перехода в силу закона) вторичных прав в целом и права акцепта в частности. Равно как нет полной ясности и в вопросе

о возможности отнесения права акцепта к категории имущества. Положения ст. 128 ГК РФ не исключают возможность отнесения права акцепта к категории имущественных прав, так как не ограничивает имущественное право только правами по обязательству, но вопрос остается не вполне проясненным. Представляется, что право на заключение договора, имеющего имущественное содержание, вполне может также характеризоваться как особое имущественное право. Но из этого может и не следовать со всей неизбежностью, что право акцепта может быть произвольно уступлено, перейти в порядке универсального правопреемства или быть подвержено обращению взысканию по долгам акцептанта.

Логично предположить, что право акцепта не может быть произвольно уступлено третьим лицам, если только сама оферта такую уступку прямо не допускает. При отсутствии такого согласия уступка права акцепта должна считаться ничтожной. Прямого нормативного основания для такого вывода нет, если мы признаем право акцепта имущественным правом. Если право акцепта — это имущественное право, то ограничение его распоряжения должно быть предусмотрено законом. В то же время представляется, что такой подразумеваемый запрет следует из того, что комментируемая норма допускает акцепт только тем лицом, который получил оферту.

Если согласие оферента на уступку в оферте отражено или выражено отдельно, такая уступка возможна. Этот вывод может быть получен в результате системного толкования закона. Если закон допускает ситуацию, когда оферта носит публичный характер, следовательно, он признает, что в ряде случаев личность акцептанта может не иметь значения для оферента. А если так, то нет причин блокировать возможность указания в оферте согласия оферента на уступку права акцепта.

В то же время правовой режим такой уступки права акцепта в российском праве не закреплен. Видимо, по аналогии закона здесь могут применяться некоторые нормы об уступке обязательственного права из [гл. 24 ГК РФ](#) (например, о необходимости уведомления должника).

Обращение взыскания на право акцепта, вероятно, также возможно лишь в случае, когда оферент выразил свое согласие на возможность уступки права акцепта.

Куда более сложным является вопрос о переходе права акцепта в порядке универсального правопреемства. Есть основания предполагать, что в случае реорганизации акцептанта право акцепта должно переходить к организации-правопреемнику. Менее очевидна возможность перехода права акцепта в порядке наследования. Впрочем, все эти вопросы в российском праве не прояснены.

1.2. Согласно норме комментируемого пункта акцепт должен быть полным и безоговорочным. Как предусмотрено в ст. [443 ГК РФ](#), согласие на условиях, отличных от тех, которые указаны в оферте, означает, что имеет место новая, встречная оферта и договор пока не заключен. Соответственно, в частности, если в ответ на получение двух подписанных экземпляров договора другая сторона возвращает один из них с подписью, обусловленной так называемым протоколом разногласий, договор не считается заключенным (Постановление Президиума ВАС РФ от 30 марта 1999 г. № 6417/98). При этом абсолютно неважно, по каким условиям, изложенным в оферте, выражены разногласия. Все такие условия в силу самого факта их отражения в оферте приобретают значение существенных условий, а любые разногласия при акцепте лишают его статуса безоговорочного. Стоит только

уточнить, что речь здесь идет об изменении именно условий договора, а не каких-либо ничего не значащих реквизитов (например, указанной в преамбуле договора, подписанного оферентом и отправленного им для подписания акцептанту, фамилии лица, уполномоченного на подписание договора от имени акцептанта; банковских реквизитов акцептанта и т.п.).

В ряде зарубежных правовых порядков отражен иной подход, согласно которому акцепт с оговорками влечет признание договора заключенным в редакции акцептанта (т.е. с учетом его оговорок), если (а) оферент, получив такой ответ, немедленно не напишет о несогласии принимать договор заключенным в редакции акцептанта, и при этом (б) оговорки, содержащиеся в таком ответе, были несущественными (ст. 2.1.11 Принципов УНИДРУА; ст. II.-4:208 Модельных правил европейского частного права; ст. 19 Венской конвенции 1980 г.). Такое решение представляется намного менее удачным, чем то, которое закреплено в ГК РФ в п. 1 ст. 438 и в ст. 443. Решение российского законодателя в большей степени обеспечивают определенность и предсказуемость в отношениях сторон и исключает множество споров о существенности разногласий и, соответственно, заключенности договора при молчании оферента в ответ на поступивший акцепт с оговорками.

Иногда в России звучат голоса в пользу реализации иного решения, отличного как от того строгого подхода, который следует из буквы ГК РФ, так и от того, который встречается в международных актах унификации договорного права. Предлагается считать, что при возврате акцепта с оговорками договор должен считаться заключенным в части тех условий, по которым у акцептанта не было возражений, и, соответственно, незаключенным в остальной части, если акцептант выразил согласие по тем условиям, которые характеризуют предмет договора и являются существенными в силу закона. Этот уникальный, не встречающийся в международной практике и в целом странный подход, безусловно, противоречит букве ГК РФ, который достаточно четко заявляет о необходимости безоговорочного акцепта. Но самое главное, он грубо противоречит идее свободы воли сторон. Никто не может точно определить, согласилась бы соответствующая сторона на заключение договора без учета тех или иных, казалось бы, несущественных в силу закона условий (например, без условия о большой неустойке, условий о распределении рисков, праве на отказ от договора и т.п.). Реконструкция гипотетической воли сторон в такой ситуации будет приводить к чистым спекуляциям и сильно дестабилизировать договорные отношения. В связи с этим следует признать, что строгий, но ясный и простой в применении подход российского законодателя в вопросе о том, когда между сторонами договор считается заключенным, ни в коем случае не стоит заменять на эту опасную альтернативу.

1.3. Более сложная ситуация возникает, если после доставки оференту письма, в котором другая сторона соглашается с предложением в целом, но с определенными оговорками (например, возврата подписанного экземпляра договора с протоколом разногласий), договор начинает исполняться обеими сторонами. В такого рода случаях договор логично считать заключенным, а его условия определять в зависимости от последовательности соответствующих событий. Если адресат оферты начинает исполнять условия оферты до отправки оференту письма со своими разногласиями, то договор следует считать заключенным конклюдентными действиями (п. 3 ст. 438 ГК РФ) на условиях изначальной оферты. В некоторых

других случаях определение редакции заключенного договора может порождать более серьезные сложности, например, если акцептант сначала возвращает оференту акцепт с оговорками (в частности в форме протокола разногласий), а затем, не дожидаясь ответа, приступает к исполнению.

В самых крайних случаях суд может признавать договор заключенным в части согласованных условий и исключать те несущественные в силу закона условия, по которым к моменту исполнения имелись неснятые разногласия. В ряде судебных актов такой метод применял Президиум ВАС РФ (постановления Президиума ВАС РФ от 26 января 1999 г. № 2509/98, от 23 февраля 1999 г. № 2792/98, от 15 марта 2002 г. № 6341/01). Как отмечалось выше, такой подход отвергается нами в тех случаях, когда стороны не начали исполнять обязательства, так как нет никаких оснований считать, что стороны согласны вступить в договорные отношения до снятия всех разногласий. Но если обе стороны приступили к исполнению, тем самым просигнализовав о своей согласии считать себя вступившими в договорные отношения, и при этом затруднительно определить момент, когда соответствующая оферта была акцептована конклюдентными действиями, видимо, у этого метода исключения несогласованных условий не остается альтернатив.

1.4. Если в оферте определены особые требования к акцепту (его форме, порядку направления, адресу доставки и т.п.), акцепт влечет заключение договора, только если акцептант соблюдал эти требования (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2010 г. № 13877/09; см. также комментарий к п. 4 ст. 434 ГК РФ).

2. По общему правилу молчание адресата, получившего оферту, не рассматривается в качестве акцепта (аналогичное правило см. в п. 2 ст. II.-4:204 Модельных правил европейского частного права). При этом иное не может быть определено в самой оферте. В то же время иное (оценка молчания в качестве акцепта) может следовать из некоего ранее заключенного договора (например, рамочного), закона, обычая или прежних деловых отношений сторон. Эта норма, по сути, уточняет действие общего правила п. 3 ст. 158 ГК РФ, согласно которому молчание признается выражением воли совершить сделку в случаях, указанных в законе или соглашении сторон. При этом по сравнению с формулировкой п. 3 ст. 158 ГК РФ акцепт молчанием согласно п. 2 ст. 438 ГК РФ оказывается допустимым не только в случаях, указанных в законе или договоре, но и тогда, когда это следует из обычая или прежних деловых отношений сторон.

В случае, когда молчание адресата приравнивает к акцепту ранее заключенный договор, сторонам стоит указать в таком договоре тот срок, молчание в течение которого будет свидетельствовать об акцепте. В случае отсутствия такого указания следует исходить из разумного срока.

3. Пункт 3 допускает акцепт конклюдентными действиями. В такой ситуации адресат оферты вместо направления оференту какого-либо письма о принятии предложения сразу приступает к исполнению условий оферты (отгружает товар, перечисляет деньги и т.п.) или совершает иные действия, из которых недвусмысленно вытекает его воля акцептовать оферту.

3.1. При этом моментом заключения договора будет являться момент, когда оферент узнал или должен был узнать о начале совершения конклюдентных действий.

Это правило не закреплено в законе прямо, но вытекает из принципов разумности, добросовестности и справедливости (ст. 6 ГК РФ), а также из применения по аналогии нормы п. 1 ст. 433 ГК РФ (согласно которой договор заключен с момента доставки акцепта оференту) и ст. 165¹ ГК РФ (согласно которой юридически значимые сообщения приобретают правовой эффект с момента их доставки адресату). Кроме того, похожее решение сейчас закреплено в п. 2 ст. II.-4:205 Модельных правил европейского частного права.

В то же время данное подразумеваемое правило может быть исключено ранее заключенным соглашением сторон (например, рамочным договором), которое допустит вступление договора между сторонами в силу в сам момент начала совершения конклюдентных действий, а также аналогичным положением самой оферты или обычаями оборота, практикой, сложившейся в отношениях сторон, спецификой и существом заключаемого договора. На это указывает и п. 3 ст. II.-4:205 Модельных правил европейского частного права. Кроме того, в порядке исключения допускает в подобных случаях вступление договора в силу в сам момент начала совершения конклюдентных действий и п. 3 ст. 18 Венской конвенции 1980 г., и п. 3 ст. 2.1.6 Принципов УНИДРУА.

Так, например, специфика продажи товаров посредством автоматов предполагает, что покупатель акцептует публичную оферту, отраженную на соответствующем автомате в виде текста или имплицитно выводимую из обстоятельств заключения договора (например, посредством помещения того или иного товара в витрину автомата), путем акцепта конклюдентными действиями в виде оплаты. При этом такой договор считается заключенным, несмотря на то, что оферент (владелец автомата) в момент оплаты и получения потребителем покупки не знает и не может знать о моменте заключения данного договора и даже личности контрагента.

3.2. Согласно прямому указанию в п. 3 ст. 438 ГК РФ, для того чтобы договор был признан заключенным, конклюдентные действия должны быть совершены в пределах установленного в оферте, а при отсутствии такового – в пределах разумного срока на акцепт. При этом данное положение следует толковать таким образом, что как минимум по общему правилу в указанный срок оферент должен узнать о том, что акцептант приступил к исполнению. Если акцептант приступил к исполнению в пределах соответствующего срока, а оферент узнает об этом намного позже, следует применять правила о запоздавшем акцепте.

3.3. Если адресат оферты исполнил лишь часть того, что было указано в оферте, договор считается заключенным в целом на всех условиях оферты (п. 58 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8).

3.4. В силу прямого указания в п. 3 ст. 438 ГК РФ оферта может прямо запретить возможность акцепта конклюдентными действиями.

3.5. Не исключена такая форма заключения договора, при которой обе стороны совершают встречные конклюдентные действия (например, отгрузка и оплата), т.е. отсутствует полноценная оформленная письменно оферта, в ответ на которую другая сторона приступает к исполнению. В такой ситуации трудно говорить о соблюдении письменной формы сделки, но это по общему правилу само по себе не влечет ничтожность договора (исключения см. комментарий к ст. 434 ГК РФ). В силу ст. 162 ГК РФ для доказывания факта ее совершения могут быть представлены соответствующие первичные документы, подтверждающие встречное

исполнение обязательств. Договоры, заключаемые в такой форме, нередко становятся предметом судебных разбирательств и в целом судами признаются (см. постановления Президиума ВАС РФ от 13 мая 2008 г. № 2745/04 и от 6 октября 1998 г. № 981/98). Как справедливо указывается в ст. 2.1.1 Принципов УНИДРУА, договор может быть заключен не только путем акцепта оферты, но и «в результате поведения сторон, достаточно свидетельствующего о наличии между ними соглашения».

Статья 439. Отзыв акцепта

Если извещение об отзыве акцепта поступило лицу, направившему оферту, ранее акцепта или одновременно с ним, акцепт считается не полученным.

Комментарий

Согласно ст. 439 ГК РФ, если акцептант после отправки акцепта неожиданно передумал, он может немедленно отправить заявление об отзыве акцепта. Акцепт считается не полученным (т.е. по сути эффективно отозванным), если такое заявление пришло к оференту ранее или одновременно с акцептом. Если такое заявление придет позднее, отменить факт заключения договора это заявление не сможет.

Аналогичное решение закреплено в ст. 22 Венской конвенции 1980 г., ст. 2.1.10 Принципов УНИДРУА.

Статья 440. Заключение договора на основании оферты, определяющей срок для акцепта

Когда в оферте определен срок для акцепта, договор считается заключенным, если акцепт получен лицом, направившим оферту, в пределах указанного в ней срока.

Комментарий

(а) Согласно ст. 440 ГК РФ в случае, когда в оферте установлен срок на ее акцепт, последний должен быть доставлен оференту в этот срок. Аналогичный подход закреплен в п. 1 ст. II.-4:206 Модельных правил европейского частного права, п. 2 ст. 2.1.6 и ст. 2.1.7 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. 18 Венской конвенции 1980 г.

(б) Возникает вопрос, с какого момента считать этот срок, если он установлен в виде периода времени, но из текста оферты не ясно, должен ли он считаться с момента отправки оферты или с момента ее доставки адресату. Последний вариант представляется более логичным в качестве общего правила. В то же время в ст. 2.1.8 Принципов УНИДРУА, в п. 1 ст. 20 Венской конвенции 1980 г. отражен иной подход: по общему правилу срок на акцепт должен рассчитываться с момента отправки оферты. ГК РФ данный вопрос прямо не регулирует. В то же время с учетом общих

правил о моменте возникновения правовых последствий юридически значимых сообщений (ст. 165¹ ГК РФ) логичнее исходить из того, что в случае отсутствия в оферте прямого указания на иной момент начала данного срока такой срок следует считать с момента, когда оферта вступает в силу (т.е. с момента ее доставки). Если оферент не желает утруждать себя отслеживанием момента доставки оферты акцептанту в целях расчета срока на акцепт, ему достаточно указать в оферте срок на акцепт путем фиксации календарной даты или прямо указать, что срок в виде периода времени будет исчисляться с момента отправки оферты или с даты, указанной в реквизитах оферты.

(в) Положение ст. 440 ГК РФ применительно к решению вопроса о своевременности акцепта отступает от общего правила, содержащегося в п. 3 ст. 194 ГК РФ, согласно которому «письменные заявления и извещения, сданные в организацию связи до двадцати четырех часов последнего дня срока, считаются сделанными в срок». В отличие от этого общего правила акцепт, лишь сданный на почту до окончания установленного в оферте срока на акцепт (включая последний день срока), но не полученный оферентом до окончания указанного срока, не считается сделанным в срок.

Статья 441. Заключение договора на основании оферты, не определяющей срок для акцепта

1. Когда в письменной оферте не определен срок для акцепта, договор считается заключенным, если акцепт получен лицом, направившим оферту, до окончания срока, установленного законом или иными правовыми актами, а если такой срок не установлен, — в течение нормально необходимого для этого времени.

2. Когда оферта сделана устно без указания срока для акцепта, договор считается заключенным, если другая сторона немедленно заявила о ее акцепте.

Комментарий

1. Согласно п. 1 ст. 441 ГК РФ в случае отсутствия в оферте, законе или ином правовом акте прямо зафиксированного срока на ее акцепт договор будет считаться заключенным, если акцепт будет доставлен оференту в пределах нормально необходимого периода времени (т.е. разумного срока). Последний должен определяться судом с учетом конкретных обстоятельств (например, для случаев заключения бытовых сделок он может быть короче, для случаев заключения крупных и сложных инвестиционных сделок — длиннее), но в большинстве случаев вряд ли он должен превышать несколько недель. Аналогичное решение отражено в п. 2 ст. 18 Венской конвенции 1980 г., ст. 2.1.7 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. II.-4:206 Модельных правил европейского частного права.

2. В случае устной оферты, не указывающей прямо на некий четкий срок на акцепт, последний в силу п. 2 ст. 441 ГК РФ должен последовать немедленно. Соответственно, если договор заключается устно, оферент может, озвучив свое предложение,

дать другой стороне некоторый срок на то, чтобы обдумать свой ответ. Если такая оговорка оферентом не сделана, устный акцепт должен поступить немедленно, т.е. до разрыва непосредственного аудиовизуального контакта с оферентом. Это правило также знакомо международным актам унификации договорного права (см. ст. 2.1.7 Принципов УНИДРУА; п. 2 ст. 18 Венской конвенции 1980 г.).

Статья 442. Акцепт, полученный с опозданием

В случаях, когда своевременно направленное извещение об акцепте получено с опозданием, акцепт не считается опоздавшим, если сторона, направившая оферту, немедленно не уведомит другую сторону о получении акцепта с опозданием.

Если сторона, направившая оферту, немедленно сообщит другой стороне о принятии ее акцепта, полученного с опозданием, договор считается заключенным.

Комментарий

Статья 442 ГК РФ несколько противоречива. С одной стороны, в абз. 1 указывается на то, что, если акцепт был направлен своевременно, но получен с опозданием, договор считается заключенным, если оферент немедленно не уведомит акцептанта о том, что акцепт запоздал и им не принимается. Иначе говоря, молчание оферента в таком случае влечет заключение договора. При этом, судя по всему, моментом заключения договора в такой ситуации будет считаться момент доставки запоздавшего, но немедленно не отвергнутого акцепта.

С другой стороны, в абз. 2 устанавливается совсем иное последствие запоздания акцепта: здесь указывается на то, что для признания договора заключенным при запоздании акцепта требуется, чтобы оферент немедленно прямо заявил акцептанту о принятии запоздавшего акцепта. Иначе говоря, здесь молчание оферента означает, что договор не считается заключенным.

Единственный логичный способ примирить это противоречие состоит в том, чтобы толковать абз. 2 таким образом, что он применяется только тогда, когда нет оснований для применения правила из абз. 1, т.е. когда акцепт не только поступил с опозданием, но и был отправлен несвоевременно (либо за такой срок до окончания срока на акцепт, при котором трудно было разумно ожидать его своевременного поступления оференту, либо вовсе по окончании срока на акцепт). Именно такое решение, дифференцирующее правовую судьбу запоздавшего акцепта в зависимости от своевременности его отправки, закреплено в ст. 2.1.9 Принципов УНИДРУА, а также ст. II.-4:207 Модельных правил европейского частного права, ст. 21 Венской конвенции 1980 г.

Статья 443. Акцепт на иных условиях

Ответ о согласии заключить договор на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом.

Такой ответ признается отказом от акцепта и в то же время новой офертой.

Комментарий

Положения ст. 443 ГК РФ о том, что акцепт на иных условиях, чем предложено в оферте (акцепт с оговорками), является отказом от акцепта и новой, встречной офертой, в полной мере вытекают из нормы п. 1 ст. 438 ГК РФ о том, что акцепт должен быть полным и безоговорочным.

Акцепт с оговорками состоит в выражении принципиального согласия вступить в договор, обусловленного при этом изменением ряда положений, указанных в оферте, отклонением некоторых из них или теми или иными дополнениями.

Подробнее см. п. 2.2 комментария к ст. 435 ГК РФ.

Статья 444. Место заключения договора

Если в договоре не указано место его заключения, договор признается заключенным в месте жительства гражданина или месте нахождения юридического лица, направившего оферту.

Комментарий

Статья 444 ГК РФ устанавливает в качестве места заключения договора место нахождения или место жительства оферента, если стороны прямо не оговорили место заключения в самом договоре. Из этой нормы следует, что, если стороны не указали в самом договоре место его заключения, суд не должен выяснять истинное место заключения договора, а должен автоматически признать таким местом место нахождения оферента. В принципе, указание на место нахождения оферента может показаться логичным, так как по общему правилу договор считается заключенным в момент доставки оференту акцепта. Но в реальной практике место заключения договора (место подписания договора в присутствии сторон или место, в котором оференту был доставлен акцепт при дистанционной форме заключения договора) может не иметь ничего общего с местом государственной регистрации (проживания) оферента. Поэтому вызывает сомнения сама идея исключить реальное выяснение фактических обстоятельств заключения договора при отсутствии в договоре прямого указания на место его заключения. Вероятно, было бы разумно исходить из того, что в такой ситуации привязка к месту нахождения оферента есть лишь опровержимая презумпция, которой суду стоит придерживаться, если одной из сторон не будет доказано, что реальное место заключения договора было иным.

В большинстве случаев никакого особого правового значения место заключения договора не имеет. Но в ряде случаев все же юридический смысл данного реквизита договора проявляется. Например, согласно п. 7 ст. 29 ГПК РФ потребитель вправе подать иск по месту заключения договора. Кроме того, при заключении договоров между предприятиями, зарегистрированными в разных странах СНГ, отсутствие в договоре оговорки о применимом праве будет влечь применение к правам и обязанностям сторон договора гражданского законодательства страны места заключения договора (п. 11 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г.).

Также стоит заметить, что само указание на место заключения договора в тексте контракта не должно иметь абсолютного характера. Если в ходе судебного процесса будет доказано, что реальное место заключения договора было иным, суду следует ориентироваться на то место, в котором договор был фактически заключен. Так, например, если в предложенной коммерческой компанией и подписанной потребителем форме договора указано, что он заключен в Москве, но фактически договор заключался в филиале компании в ином городе, потребитель имеет право, доказав несоответствие этого реквизита договора реальности, предъявить иск в суд по месту фактического заключения договора.

Статья 445. Заключение договора в обязательном порядке

1. В случаях, когда в соответствии с настоящим Кодексом или иными законами для стороны, которой направлена оферта (проект договора), заключение договора обязательно, эта сторона должна направить другой стороне извещение об акцепте, либо об отказе от акцепта, либо об акцепте оферты на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора) в течение тридцати дней со дня получения оферты.

Сторона, направившая оферту и получившая от стороны, для которой заключение договора обязательно, извещение о ее акцепте на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора), вправе передать разногласия, возникшие при заключении договора, на рассмотрение суда в течение тридцати дней со дня получения такого извещения либо истечения срока для акцепта.

2. В случаях, когда в соответствии с настоящим Кодексом или иными законами заключение договора обязательно для стороны, направившей оферту (проект договора), и ей в течение тридцати дней будет направлен протокол разногласий к проекту договора, эта сторона обязана в течение тридцати дней со дня получения протокола разногласий известить другую сторону о принятии договора в ее редакции либо об отклонении протокола разногласий.

При отклонении протокола разногласий либо неполучении извещения о результатах его рассмотрения в указанный срок сторона, направившая протокол разногласий, вправе передать разногласия, возникшие при заключении договора, на рассмотрение суда.

3. Правила о сроках, предусмотренные пунктами 1 и 2 настоящей статьи, применяются, если другие сроки не установлены законом, иными правовыми актами или не согласованы сторонами.

4. Если сторона, для которой в соответствии с настоящим Кодексом или иными законами заключение договора обязательно, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. В этом случае договор считается заключенным на условиях, указанных в решении суда, с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда.

Сторона, необоснованно уклоняющаяся от заключения договора, должна возместить другой стороне причиненные этим убытки.

Комментарий

1. По общему правилу в силу принципа свободы договора стороны свободны вступать в договор или воздерживаться от этого шага, что вполне естественно в ус-

ловиях рыночной экономики. Абзац 1 п. 1 комментируемой статьи вслед за ст. 421 ГК РФ повторяет, что исключение из фундаментального принципа свободы договора в виде обязательности заключения договора для одной из сторон может быть предусмотрено лишь ГК РФ или иным законом.

Такая обязанность, например, следует из правил ГК РФ о публичном договоре (ст. 426 ГК РФ). Нормы ст. 1362 и 1423 ГК РФ предусматривают обязательность для обладателя исключительного права заключения лицензионного договора (принудительная лицензия) в ряде установленных в законе случаев (п. 18 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29). В силу подп. 5 п. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции допускается принуждение субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, к заключению договора, если он необоснованно уклоняется от заключения договора и у него имеется экономическая и технологическая возможность заключить такой договор (постановления Президиума ВАС РФ от 1 июля 2014 г. № 2449/14 и от 22 декабря 2009 г. № 6787/09).

1.1. Понуждение не допускается, если обязанность одной из сторон заключить договор установлена подзаконным актом (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 7 октября 2008 г. № 5721/08). Нарушение требования такого акта может повлечь какую-либо публично-правовую ответственность, но не позволит понуждать сторону к заключению ею договора в смысле ст. 445 ГК РФ.

Мотивы такого законодательного решения понятны: заключение договора в принудительном порядке, понуждение к заключению договора вступают в конфликт с основными началами гражданского законодательства и поэтому требуют либо прямого указания федерального закона, либо явно выраженного соглашения сторон.

1.2. Пункт 1 комментируемой статьи регулирует ситуацию, когда заключение договора обязательно для стороны, получающей оферту. Такая сторона, получив оферту (в том числе оформленную в виде проекта договора), должна в течение 30 дней определиться и либо акцептовать оферту (например, подписать и вернуть экземпляр договора), либо прислать акцепт с оговорками, т.е. встречную оферту (в том числе в виде протокола разногласий).

Как следует из абз. 2 данного пункта, в случае, если оферент получает от обязательной стороны встречную оферту (в том числе оформленную в виде протокола разногласий), он вправе передать урегулирование преддоговорного спора на разрешение суда по правилам ст. 446 ГК РФ в течение 30 дней с момента получения акцепта с оговорками. В этом случае суд определяет условия договора за стороны.

Как указано в п. 4 ст. 445 ГК РФ, если акцептант уклоняется от акцепта (например, не отвечает на оферту в течение 30 дней или отвечает прямым отказом), оферент вправе подать иск о понуждении акцептанта к заключению договора. В таком случае договор будет считаться заключенным на определенных судом условиях в момент вступления в силу решения суда (см. подробнее комментарий к п. 4 комментируемой статьи).

1.3. Указанный в этой норме 30-дневный срок на предъявление в суд требований об урегулировании разногласий вызывает определенные вопросы. Ранее в судебной практике был отражен подход, согласно которому этот срок не имеет пресекающего характера и не может служить основанием к отказу в принятии иска (поста-

новления Президиума ВАС РФ от 31 января 2012 г. № 11657/11 и от 9 июля 2002 г. № 1662/02). В тех случаях, когда заинтересованная сторона передала разногласия на рассмотрение суда по его истечении, а другая сторона не возразила против этого, суд рассматривает такое исковое заявление по существу (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. № 14). Если же ответчик возразит против рассмотрения спора об урегулировании разногласий, инициированного истцом по прошествии 30-дневного срока, суд, по логике ВАС РФ, должен отказаться разрешать преддоговорный спор. Из этого подхода следовало, что данный срок похож на своего рода срок давности, применяемый по заявлению ответчика: при отсутствии у ответчика возражений суд определяет условия договора, даже если соответствующее требование передано в суд по истечении указанного срока. Впрочем, в судебной практике последних лет встречались примеры, когда отказ судов в рассмотрении спора об урегулировании разногласий по причине пропуска указанного 30-дневного срока признавался вовсе неправомерным (Определение КЭС ВС РФ от 14 апреля 2016 г. № 309-ЭС15-17035).

В любом случае с 1 июня 2015 г. эти положения вступают в очевидное противоречие с положениями п. 2 ст. 446 ГК РФ, согласно которым право на передачу иска об урегулировании разногласий в суд утрачивается лишь по истечении шести месяцев.

Следует ли считать, что старые разъяснения ВАС РФ в отношении 30-дневного срока, намекающие на то, что это своего рода срок давности, остаются в силе, а новый 6-месячный срок выступает в качестве пресекающего, по истечении которого истец теряет право на передачу разногласий на урегулирование суда и отказ в иске уже предрешен, даже если ответчик не заявит какие-либо возражения? Или следует вовсе игнорировать 30-дневный срок и отдавать приоритет новому 6-месячному сроку в силу принципа *lex posterior*? На настоящий момент судебная практика по данной проблеме еще не сложилась.

1.4. Закон не дает право стороне, для которой заключение договора обязательно, передать разногласия по договору на рассмотрение суда, однако если эта сторона все же подала в суд такой иск, а контрагент представил в суд свои предложения по условиям договора, то в этом случае арбитражный суд должен исходить из того, что спор передан на его рассмотрение по соглашению сторон (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. № 14).

2. Пункт 2 касается ситуации, когда оферту направляет обязанная сторона, и регулирует ее сходным образом — отклонение протокола разногласий на оферту или неполучение извещения о его принятии обязанной стороной в течение 30 дней со дня его получения дает управомоченной на заключение договора стороне право требовать урегулирования разногласий в судебном порядке.

Здесь примечательно, что законодатель в п. 2 умалчивает о 30-дневном сроке для передачи разногласия на рассмотрение суда, как это сделано в п. 1. Тем не менее ранее в одном из разъяснений ВАС РФ, по сути, применил правило о сроке, предусмотренное в п. 1 комментируемой статьи, и к данной ситуации, видимо руководствуясь аналогией закона (абз. 9 п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. № 14). Соответственно, возникает все та же пока не разрешенная в судебной практике коллизия между этим сроком и новой редакцией п. 2 ст. 446

ГК РФ, устанавливающей 6-месячный срок на передачу спора об урегулировании разногласий в суд.

3. Как указано в п. 3 комментируемой статьи, правила о сроках на рассмотрение оферты или встречной оферты могут быть изменены соглашением сторон (видимо, оформленным ранее), либо законом или иным правовым актом. Ряд таких законов и актов установлен в отношении отдельных видов публичных договора и устанавливает те или иные сроки на передачу спора об урегулировании разногласий в суд.

4. Пункт 4 посвящен иску о понуждении к заключению договора в случае уклонения обязанной стороны. Такой иск может быть предъявлен в случаях, когда заключение договора для ответчика является обязательным в силу закона. Кроме того, как следует из п. 5 ст. 429 ГК РФ, иск о понуждении к заключению договора может быть предъявлен и тогда, когда обязанность одной из сторон заключить договор следует из ранее заключенного сторонами предварительного договора.

4.1. Если обязательность заключения договора для одной из сторон не следует из закона или условий предварительного договора, такой иск подлежит отклонению. При этом если при отсутствии обязанности одной из сторон заключить договор возникли разногласия по редакции договора и стороны добровольно передали спор об урегулировании разногласий в суд, такой спор рассматривается по правилам ст. 446 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 7 октября 2008 г. № 5721/08).

4.2. Долгое время иск о понуждении к заключению договора, который в силу комментируемой нормы надлежит подавать при уклонении обязанной стороны от заключения договора, противопоставлялся иску об урегулировании разногласий, подаваемому в силу п. 1 и 2 ст. 446 ГК РФ в случае, когда обязанная сторона не соглашается с предложениями управомоченной стороны или не отвечает на соответствующую оферту или протокол разногласий в течение 30 дней.

Утверждалось, что в первом случае суд лишь обязывает стороны заключить договор на указанных в его решении условиях, а во втором, собственно, формулирует эти условия. Получалось, что в первом случае необходимо было посредством исполнительного производства добиваться исполнения решения, что могло быть не всегда эффективным. Обязанное лицо (должника в исполнительном производстве) санкция за неисполнение судебного решения могла устрашать меньше, чем вступление в силу договора, который он принужден заключить.

Этому различию во многом способствовало процессуальное законодательство (см. ст. 173 АПК РФ: «По спору, возникшему при заключении или изменении договора, в резолютивной части решения указывается вывод арбитражного суда по каждому спорному условию договора, а по спору о понуждении заключить договор указываются условия, на которых стороны обязаны заключить договор»).

Получалось, что если ответчик вовсе уклонялся от заключения договора, то против него выносилось трудноисполнимое решение о понуждении к заключению договора, а если он пошел на переговоры и согласовал часть условий, иные условия урегулировались в судебном порядке, что указывалось в резолютивной части решения, с момента вступления которого в законную силу договор оказывался заключенным.

Однако Постановление Президиума ВАС РФ от 31 января 2012 г. № 11657/11 устранило это надуманное различие.

В этом ключевом для понимания ст. 445 ГК РФ акте ВАС РФ указано, что реализация права стороны, управомоченной требовать заключения договора в судебном порядке, не может зависеть от формы уклонения обязанной стороны от его заключения на предложенных условиях (отказ от подписания договора, подписание его в суде с протоколом разногласий, утрата протокола разногласий при пересылке или подписание неуполномоченным лицом и т.п.). Поскольку заключение договора является обязательным, обязанностью суда является обеспечение защиты прав лица, обратившегося с требованием о понуждении к заключению договора.

Статья 173 АПК РФ была истолкована так, что «разрешение судом спора о понуждении к заключению договора и при уклонении от заключения договора, и при возникновении разногласий по конкретным его условиям сводится по существу к внесению определенности в правоотношения сторон и установлению судом условий, не урегулированных сторонами в досудебном порядке».

В конечном итоге сделан вывод, что установление судом или изменение при рассмотрении спора о понуждении к заключению договора фактических обстоятельств, влияющих на формулировку искового требования, не меняют его предмета как спора о заключении договора и не должны приводить к отказу в понуждении к его заключению. Последствием такого отказа является необходимость предъявления нового иска, что может привести к нарушению прав на судопроизводство в разумный срок.

ВАС РФ указал, что при ином подходе не будет достигнута цель обращения в суд, будет «не выполнено требование гражданского законодательства о заключении переданного на рассмотрение суда договоры в обязательном порядке».

Иными словами, и при урегулировании разногласий, и при рассмотрении иска о понуждении заключить договоры суд формулирует спорные условия или весь договор в резолютивной части решения. С момента вступления его в законную силу стороны связаны договором. Исполнительное производство здесь не требуется.

4.3. Различение этих исков становится еще более спорным в силу того, что в рамках новой редакции п. 4 комментируемой статьи, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., если иск о понуждении заключить договор удовлетворен, договор считается заключенным на условиях, указанных в решении суда, с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда. Ранее такой подход был намечен в практике ВАС РФ (Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 октября 2011 г. № 4408/11). Такое решение суда носит преобразовательный характер. Суд выносит волеизъявляющее решение: судебное решение замещает необходимое для заключения договора волеизъявление сторон. В связи с этим название искового требования (понуждение к заключению договора) несколько некорректно, так как намекает на то, что иск носит характер иска о присуждении, в то время как на самом деле он является преобразовательным.

4.4. Из всего изложенного следует, что если истец заявляет требование о понуждении к заключению договора, не указывая на необходимость урегулирования разногласий, это не блокирует обязанность суда определить условия договора, оценить проект договора, предложенный истцом, и разногласия к нему, которые может выдвинуть ответчик (если, конечно, он их выдвигает). Иначе говоря, суд все

равно должен рассмотреть требование и определить условия, на которых договор будет считаться заключенным.

4.5. В равной степени, если истец заявляет в суд иск об урегулировании разногласий по п. 2, 3 комментируемой статьи, это требование может соединяться с требованием о понуждении к заключению договора. Правила ст. 446 ГК РФ указывают на то, что по итогам рассмотрения спора об урегулировании разногласий суд определяет условия заключаемого договора. Представляется, что в таком случае договор также должен считаться заключенным с момента вступления в силу решения суда, как если бы иск был заявлен о понуждении к заключению договора как минимум, если истец заявляет такое требование. Более того, возможно, логично допустить, что любой иск об урегулировании разногласий подразумевает требование о понуждении к заключению договора в соответствующей редакции. В этом плане результат рассмотрения спора об урегулировании разногласий должен быть идентичен результату рассмотрения иска о понуждении к заключению договора. Иначе бы право допускало грубое нарушение принципа процессуальной экономии. Стороны судились бы ради определения условий договора, а затем одной из сторон пришлось бы заново идти в суд с требованием о понуждении к заключению договора на определенных в рамках рассмотрения предыдущего спора условиях.

4.6. Каков срок давности по требованиям о понуждении к заключению договора? На этот вопрос не так легко ответить. Казалось бы, здесь должен применяться общий трехлетний срок давности. Но смущает то, что п. 2 ст. 446 ГК РФ устанавливает с 1 июня 2015 г. 6-месячный пресекательный срок на передачу в суд требований об урегулировании разногласий, а п. 1 ст. 445 ГК РФ говорит применительно к этому же требованию о 30-дневном сроке. Как уже отмечалось, иск о понуждении к заключению договора неизбежно сопрягается с требованием об определении условий договора и может быть заявлен как при уклонении ответчика от заключения договора, так и при выдвижении им встречных предложений (Постановление Президиума ВАС РФ от 31 января 2012 г. № 11657/11). Собственно говоря, разница между этими исками очень туманна. Логично ли в таких условиях применять к требованию о понуждении к заключению договора трехлетний срок давности, а к требованию об урегулировании разногласий иной (30-дневный или 6-месячный) срок? Представляется, что такого рода дифференцированное решение крайне сомнительно. Видимо, разумнее исходить из того, что в отношении всех таких требований должен действовать какой-то единый срок (либо 30 дней, либо 6 месяцев — в зависимости от того, как судебная практика разрешит коллизию между п. 1 ст. 445 и п. 2 ст. 446 ГК РФ в части сроков на передачу преддоговорного спора в суд).

4.7. Согласно комментируемому пункту сторона, обязанная к заключению договора и необоснованно уклонявшаяся от исполнения этой обязанности, должна возместить другой стороне убытки. Речь в данном случае идет об особой форме деликтной ответственности (гл. 59 ГК РФ), близкой по своему характеру к преддоговорной (ст. 431¹ ГК РФ). При этом из смысла нормы следует, что такая ответственность наступает только в случае отказа от заключения договора или игнорирования соответствующей оферты (встречной оферты). Если обязанная сторона не уклонялась от заключения договора, а лишь представила свои возражения (протокол разногласий), после чего истец предъявил в суд иск об урегулировании разногласий, ответчика (за исключением, возможно, каких-то исключительных случаев, когда

отсутствуют сомнения в том, что выдвижение заведомо неразумных возражений имело целью прикрыть фактический отказ заключать договор) вряд ли можно обвинить в недобросовестном или неправомерном поведении. Соответственно, возможность взыскания убытков исключается.

Статья 446. Преддоговорные споры

1. В случаях передачи разногласий, возникших при заключении договора, на рассмотрение суда на основании статьи 445 настоящего Кодекса либо по соглашению сторон условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда.

2. Разногласия, которые возникли при заключении договора и не были переданы на рассмотрение суда в течение шести месяцев с момента их возникновения, не подлежат урегулированию в судебном порядке.

Комментарий

1. Пункт 1 ст. 446 ГК РФ указывает на то, что при разрешении спора об урегулировании разногласий суд определяет условия договора, на которых договор должен считаться заключенным.

Преддоговорный спор разрешается судом тогда, когда стороны не смогли договориться по содержанию договора, заключение которого для одной из сторон обязательно (ст. 445 ГК РФ), а равно тогда, когда они добровольно передают возникший у них в процессе переговоров спор о редакции договора на разрешение суда.

Как уже отмечалось в комментарии к предыдущей статье, аналогичным образом суд определяет условия договора и тогда, когда был подан иск о понуждении к заключению договора, так как такой иск неминуемо ставит перед судом вопрос о фиксации условий договора.

1.1. Определяя условия договора и оценивая предложенный истцом проект договора и возражения по тексту, представленные ответчиком, суд должен стремиться отразить в них разумный баланс интересов сторон. В принципе, суд не связан буквой тех предложений, которые ему представляют стороны, и может определить условия договора в компромиссной редакции, полагаясь на соображения разумности, справедливости и добросовестности и обычаи оборота. ВАС РФ ориентировал суды при рассмотрении преддоговорных споров учитывать характер сложившихся между сторонами правоотношений, экономический смысл проекта договора и реальные цели, которые преследует истец путем понуждения ответчика к заключению договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 ноября 2011 г. № 9113/11). При этом логично исходить из того, что суд должен предварительно выносить на обсуждение сторон те условия, которые он намерен определить при разрешении преддоговорного спора.

1.2. При этом суд не ограничен возможностью зафиксировать в условиях договора содержание диспозитивных норм закона (тем более, что в этом нет особого смысла) и вправе выискивать условия, которые представляются ему с учетом всех аргументов сторон наиболее адекватными (Постановление Президиума ВАС РФ от 1 июля

2008 г. № 3431/08). Буквально эту позицию можно понять так, что раз стороны свободны в том, чтобы отказаться от правила диспозитивной нормы, то и суд может, исходя из обстоятельств дела, сформулировать отличное от нее условие договора, раз речь идет о замещении волеизъявлений сторон судебным актом.

1.3. Могут ли быть переданы судам споры об урегулировании разногласий в отношении предмета договора или иных существенных в силу прямого указания в законе условий? Судебная практика отвечала на этот вопрос утвердительно (постановления Президиума ВАС РФ от 15 мая 2007 г. № 1340/07, от 14 сентября 2010 г. № 4667/10). С такой позицией следует однозначно согласиться, если речь идет о ситуации, когда заключение договора для одной из сторон обязательно (ст. 445 ГК РФ). Но разумно ли считать, что стороны могут и в иных случаях добровольно передать суду вопрос об урегулировании разногласий по существенным условиям (например, попросить суд определить объем подлежащего отгрузке товара, техническое задание по договору подряда, сроки строительства и т.п.)? У нас есть определенные сомнения в том, что стороны могут во всех случаях озадачить суд такими нетривиальными вопросами, как определение самого предмета договора (например, наименования и количества товара, подлежащего отгрузке, вида и объема строительных работ, подлежащих выполнению, и т.п.), так как нередко это будет возлагать на суд непосильное бремя принятия сугубо коммерческих решений за стороны. Вряд ли это входит в задачи судебной власти.

1.4. Условия, определяемые судом, указываются в резолютивной части решения (ст. 173 АПК РФ).

1.5. По общему правилу решение суда, определяющее условия договора, приводит к признанию договора заключенным в момент вступления в силу решения суда. Но нет препятствий к тому, чтобы суд указал в качестве даты вступления в силу договора более позднюю дату.

1.6. В случаях, когда преддоговорный спор передается в суд не по правилам ст. 445 ГК РФ, а в силу соглашения сторон, такое соглашение может быть достигнуто сторонами в ходе зашедших в тупик переговоров, либо включено в рамочный договор и касаться урегулирования разногласий по отсутствующим в рамочном договоре существенным условиям, либо отражено в полноценном делящемся договоре и касаться возможности изменения тех или иных условий. В последнем случае стороны договора (например, аренды) договариваются приступить к исполнению и продолжить переговоры по тем или иным несущественным условиям, а на случай возможного недостижения согласия по таким условиям договариваются о возможности передать спор об урегулировании разногласий по требованию одной из сторон в суд. Кроме того, если заранее такое соглашение не было заключено, но одна из сторон передала спор об урегулировании разногласий в суд, а другая вступила в процесс и не возразила против такого развития событий, а прямо направила суду свои предложения по тексту договора, следует исходить из того, что такое соглашение достигнуто, а преддоговорный спор подлежит урегулированию судом.

2. Пункт 2 комментируемой статьи, вступивший в силу 1 июня 2016 г., устанавливает 6-месячный срок на предъявление в суд требований об урегулировании разногласий. Возникает вопрос, идет ли тут речь о сокращенном сроке исковой давности или о пресекательном сроке, по окончании которого прекращается само

право передать преддоговорный спор на урегулирование суда? В первом случае такая давность может быть прервана, восстановлена и т.п., а также ее применение требует заявления возражения о давности со стороны ответчика. Во втором случае правила об исковой давности (в том числе о перерыве, восстановлении и т.п.) не применяются и иск отклоняется, даже если ответчик возражений на сей счет не представил. Этот вопрос пока в судебной практике не разрешен. Равно как и нет ясности и в вопросе о соотношении этого срока и 30-дневного срока, указанного в ст. 445 ГК РФ.

В любом случае, если такой иск будет подан позже, а ответчик представит свои возражения по тексту предложенного истцом проекта (т.е. вступит в спор о редакции заключаемого договора), следует считать, что спор передан на урегулирование суда по соглашению сторон по п. 1 ст. 446 ГК РФ. Последующая ссылка ответчика на пропуск указанного срока должна рассматриваться как злоупотребление правом в форме противоречивого и непоследовательного поведения (эстоппель) и отклоняться судом.

2.1. При расчете указанного 6-месячного срока следует иметь в виду, что между сторонами на досудебной стадии может иметь место несколько циклов обмена документами (офертами и встречными офертами). Срок для передачи разногласий на рассмотрение суда по своему смыслу исчисляется по последнему по времени циклу, а именно с момента истечения срока на рассмотрение будущим ответчиком последней по времени оферты (встречной оферты) будущего истца; с момента заявления ответчиком прямого отказа от заключения договора с истцом или с момента возвращения истцу встречной оферты, в которой ответчик отклоняет оферту истца и настаивает на своей редакции.

Статья 447. Заключение договора на торгах

1. Договор, если иное не вытекает из его существа, может быть заключен путем проведения торгов. Договор заключается с лицом, выигравшим торги.

2. В качестве организатора торгов могут выступать собственник вещи, обладатель иного имущественного права на нее, другое лицо, имеющее интерес в заключении договора с тем, кто выиграет торги, а также лицо, действующее на основании договора с указанными лицами и выступающее от их имени или от своего имени, если иное не предусмотрено законом (нотариус, специализированная организация и др.).

3. В случаях, указанных в настоящем Кодексе или ином законе, договоры о продаже вещи или имущественного права могут быть заключены только путем проведения торгов.

4. Торги (в том числе электронные) проводятся в форме аукциона, конкурса или в иной форме, предусмотренной законом.

Выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую цену, а по конкурсу — лицо, которое по заключению конкурсной комиссии, заранее назначенной организатором торгов, предложило лучшие условия.

Форма торгов определяется собственником продаваемой вещи или обладателем реализуемого имущественного права, если иное не предусмотрено законом.

5. Аукцион и конкурс, в которых участвовал только один участник, признаются несостоявшимися. Иные основания признания торгов несостоявшимися устанавливаются законом.

6. Правила, предусмотренные статьями 448 и 449 настоящего Кодекса, применяются также к торгам, проводимым в целях заключения договоров на приобретение товаров, выполнение работ, оказание услуг или приобретение имущественных прав, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений.

К организованным торгам правила, предусмотренные статьями 448 и 449 настоящего Кодекса, не применяются, если иное не установлено законом.

Комментарий

1. Торги представляют собой традиционный институт договорного права, отражающий особый процедурный аспект заключения договора. Однако в наши дни институт торгов приобрел межотраслевой характер: с определенными особенностями он применяется не только в гражданском праве, но и за его пределами.

Торги – это универсальная модель приобретения различного рода прав. И это далеко не всегда права по классическим гражданско-правовым договорам. Иллюстрацией тому служит государственная система лицензирования, составной частью которой нередко (обычно в тех случаях, когда отсутствует возможность предоставления неограниченного количества лицензий) выступают торги, определяющие доступ частных лиц к тем или иным экономическим ресурсам (например, лицензии на право пользования участками недр или использования определенного радиочастотного спектра). Нередко такие права возникают посредством заключения по результатам торгов договора (например, заключение по результатам аукциона договора о закреплении квот добычи (вылова) водных биоресурсов).

Торги могут быть нацелены и на заключение договоров, вовсе не имеющих гражданско-правовой природы, таковы, например, конкурсы на замещение должностей (ст. 18 ТК РФ), служащие юридическими фактами для возникновения трудовых, но не гражданских правоотношений.

Торги как межотраслевое явление обладают двумя конститутивными признаками, характерными и для торгов как гражданско-правового института, – это равенство участников торгов и их состязательность друг с другом.

В силу ст. 2 ГК РФ положения норм ГК РФ о торгах напрямую применяются лишь к торгам на заключение гражданско-правовых договоров. В то же время не исключено применение тех или иных норм о гражданско-правовых торгах к торгам, проводимым в рамках иных отраслей права, в порядке межотраслевой аналогии закона.

Использование торгов возможно при заключении любых гражданско-правовых договоров, совершение которых на торгах совместимо с их сущностью. Таким путем могут заключаться договоры купли-продажи, выполнения работ, оказания услуг (преподавательские, экспертные и т.п.) и даже теоретически договоры о совместной деятельности.

Также вполне возможно использование торгов в целях заключения договора дарения (а равно и мены), все зависит от целей, которые ставит перед собой заказчик торгов. Допустим, дарение вещи сопряжено с условиями ее последующего использования, например, если даритель ставит условием дара определенное обращение одаряемого с подаренной вещью (ст. 578 ГК РФ). Здесь на первый план выходит субъективный юридически значимый интерес дарителя.

Попытки точно выделить модели договоров, которые можно или нельзя заключать на торгах, являются бесперспективными. Вид договора сам по себе для выбора способа его заключения значения не имеет.

Важны другие обстоятельства, обуславливающие сущностное предназначение торгов:

1) субъективный юридически значимый интерес одного лица (заказчика торгов) устроить соревнование по заранее определенным правилам между двумя и более лицами (претендентами) с тем, чтобы только лишь одному из них предоставить особое право на заключение такого договора, одновременно выявив наиболее предпочтительные его условия;

2) наличие двух и более претендентов, желающих заключить данный договор и готовых к соперничеству друг с другом.

1.1. Комментируемый пункт устанавливает правило, согласно которому по результатам торгов договор заключается с победителем торгов. Но иногда специальное законодательство устанавливает правила, согласно которым договор по результатам торгов может заключаться не с тем, кто их формально выиграл. Так, например, в случае уклонения или отказа победителя торгов, проводимых в рамках дела о банкротстве, от заключения договора купли-продажи арбитражный управляющий вправе предложить заключить договор купли-продажи участнику торгов, занявшему вторую позицию в ранжировке заявок (абз. 2 п. 16 ст. 110 Закона о банкротстве). Управляющий обращается к участнику торгов, чье предложение (шаг аукциона) предшествовало предложению победителя торгов. Важно подчеркнуть, что второй участник, в отличие от победителя торгов, вправе, но не обязан заключить договор купли-продажи, поэтому для него отказ от приобретения имущества не влечет утраты задатка. При этом обращаться к третьему, четвертому шагу и т.д. арбитражный управляющий не вправе. Если по результатам первых торгов договор купли-продажи так и не будет заключен, управляющий должен объявить о проведении повторных торгов (п. 16–18 ст. 110 Закона о банкротстве).

2. Фигура организатора торгов может совпадать с заказчиком торгов (в том числе собственником вещи, обладателем иного имущественного права на нее, лицом, намеревающимся закупить то или иное имущество или заказать услуги или работы, и т.п.), но может и не совпадать. В последних случаях организатор торгов будет находиться с заказчиком торгов, как правило, в договорных отношениях (специализированная организация, нотариус и т.п.).

Отношения между заказчиком торгов и их организатором не могут быть сведены к традиционному договору поручения (агентскому договору), в рамках которого организатор торгов проводит торги от имени заказчика торгов, и договор заключается организатором торгов по итогам торгов от имени заказчика. В силу прямого указания в комментируемом пункте отношения могут строиться и таким образом, что организатор торгов проводит торги и заключает по их итогам договор от своего имени; в этом случае ответственность за исполнение договора, заключенного по результатам торгов, перед участниками торгов несет именно организатор, а не заказчик торгов (п. 1 ст. 990 ГК РФ).

2.1. Пункт 2 комментируемой статьи относит к возможным организаторам торгов, привлекаемых тем лицом, в чьих интересах проводятся торги (заказчиком торгов),

специализированные организации, нотариусов и иных лиц. Иначе говоря, по общему правилу закон не устанавливает каких-либо требований к организаторам торгов. На практике организаторами торгов нередко выступают не только юридические лица, но и индивидуальные предприниматели¹.

Но есть случаи, когда в силу прямого указания в нормативном правовом акте организатором торгов может быть только прямо указанная в таком акте организация. Например, функции по организации продажи приватизируемого федерального имущества, реализации имущества, арестованного во исполнение судебных решений или актов органов, которым предоставлено право принимать решения об обращении взыскания на имущество, функции по реализации конфискованного, движимого бесхозяйного, изъятого и иного имущества, обращенного в собственность государства, осуществляет Федеральное агентство по управлению государственным имуществом (Росимущество)².

2.2. Организатор торгов должен быть лицом беспристрастным, поэтому ни он сам, ни его сотрудники не должны принимать участие в соответствующих торгах. Это правило в общем виде сформулировано в ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, причем в других нормативных правовых актах оно часто дублируется и (или) уточняется. Так, в качестве организатора торгов по продаже имущества должника в ходе внешнего управления или конкурсного производства выступает арбитражный управляющий или привлекаемая для этих целей специализированная организация. Указанная организация не должна быть заинтересованным лицом в отношении должника, кредиторов или арбитражного управляющего (п. 8 ст. 110, п. 3 ст. 139 Закона о банкротстве). Другой пример: специализированная организация, привлеченная заказчиком или уполномоченным органом для осуществления отдельных функций по проведению конкурса или аукциона, не может быть участником соответствующей процедуры закупки (ч. 5 ст. 40 Закона о контрактной системе).

2.3. Вознаграждение (включающее само вознаграждение, а также компенсацию затрат) организатору торгов должен оплачивать их заказчик, т.е. контрагент организатора торгов. Однако на многих торгах применяется иное правило – обязанность по компенсации затрат на организацию и проведение торгов возлагается на победителя, а иногда на всех участников соответствующих торгов. Включение в конкурсную или аукционную документацию положения о компенсации расходов на организацию и проведение торгов или уплату полноценного вознаграждения организатору торгов является на сегодняшний день очень распространенным явлением. В ряде случаев есть четкие законодательные нормы, санкционирующие взимание платы за участие в торгах. Так, согласно ч. 25 ст. 44 Закона о контрактной системе после заключения государственного или муниципального контракта с победителем открытого аукциона в электронной форме с его счета списываются денежные средства в качестве платы за участие в аукционе.

¹ Пункт 5.2 Порядка проведения и условия конкурса по отбору организатора торгов по привлечению инвестиций в отношении находящихся в федеральной собственности объектов недвижимого имущества, утвержденного приказом Минэкономразвития России от 6 марта 2008 г. № 60.

² Пункт 1 Положения о Федеральном агентстве по управлению государственным имуществом, утвержденного постановлением Правительства РФ от 5 июня 2008 г. № 432.

3. Согласно комментируемому пункту закон может установить обязательность заключения договора по продаже вещи или иного имущественного права посредством проведения торгов. В качестве примера обязательного проведения торгов можно назвать ст. 350 ГК РФ, посвященную порядку реализации заложенного имущества при обращении на него взыскания. Существует множество иных гражданско-правовых отношений, в которых использование института торгов в обязательном порядке предусмотрено законом.

Среди них можно назвать: 1) конкурсы на право заключения концессионных соглашений; 2) публичные торги в ходе исполнительного производства; 3) приватизационные торги (продажа государственного или муниципального имущества); 4) земельные торги (продажа или аренда земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности); 5) рекламные торги (установка рекламных конструкций на объектах недвижимости, находящихся в государственной или муниципальной собственности); 6) торги по реализации предмета ипотеки; 7) торги по продаже имущества должника в ходе внешнего управления и конкурсного производства; 8) аукционы на право заключения договора водопользования; 9) аукционы по реализации изделий из драгоценных металлов и драгоценных камней; 10) торги на право заключения государственных и муниципальных контрактов; 11) конкурсы по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом и проч.

Важно отметить, что комментируемой нормой корреспондируют требования п. 6–8 ст. 448 ГК РФ, посвященные именно тем случаям, когда заключение договора возможно только на торгах, т.е. проведения торговой процедуры требуют нормы ГК РФ или иного закона.

3.1. Следует обратить внимание на одну очевидную неточность комментируемой нормы. Она указывает на то, что законы могут устанавливать обязательность проведения торгов на продажу вещи или имущественного права. В то же время во многих случаях в силу прямого указания в законе посредством проведения торгов в обязательном порядке заключаются и иные договоры (например, на оказание услуг или выполнение работ). Есть все основания толковать данную норму ГК РФ расширительно и допускать возможность установления в законе или иных правовых актах случаев обязательности проведения торгов в отношении любых гражданско-правовых договоров.

4. На протяжении долгого времени наше законодательство предусматривало две формы проведения торгов: аукцион и конкурс. Однако сейчас новая редакция п. 4 комментируемой статьи позволяет отнести к торгам процедуры, не являющиеся аукционом или конкурсом, но обозначенные в качестве торгов законом. Под иной формой торгов следует понимать торги по продаже имущества посредством публичного предложения, практикуемые в конкурсном производстве, а также в деятельности ломбардов.

Например, если повторные торги по продаже имущества должника признаны несостоявшимися или договор купли-продажи не был заключен с их единственным участником, а также в случае незаключения договора купли-продажи по результатам повторных торгов продаваемое на торгах имущество должника подлежит продаже посредством публичного предложения (п. 4 ст. 139 Закона о банкротстве).

Управляющий, публикуя извещение о продаже имущества должника посредством публичного предложения, обязан сообщить о начальной цене продажи, величине и периодах ее последовательного снижения. Если заявок о приобретении имущества не поступает, цена снижается в порядке, установленном в сообщении, и начинается новый период ожидания заявок от заинтересованных лиц. Покупателем признается тот, кто первым подаст заявку о приобретении имущества по цене, которая не ниже начальной в данном периоде.

4.1. Различие между аукционом и конкурсом состоит лишь в алгоритме определения победителя. Победителем аукциона (от лат. *Auctio* – приумножение, прибавление) является лицо, предложившее «лучшую цену». Необходимо оговориться, что в точном соответствии с абз. 2 п. 4 ст. 447 ГК РФ выигравшим торги на аукционе признается лицо, предложившее наиболее высокую, а не лучшую цену. Однако в системной взаимосвязи с п. 6 комментируемой статьи следует дать более широкую трактовку этой формулировке.

В активном аукционе победитель определяется путем повышения цены на товар (имущество). Перед началом торгов объявляется «шаг аукциона» – денежный интервал, на который увеличивается цена предмета торгов на аукционе. Шаг аукциона чаще всего устанавливается в процентном отношении к начальной (стартовой) цене. В подобном аукционе каждая последующая оферта по цене превышает предыдущую, и выигрывает последний оферент.

Активный аукцион всегда используется в сфере исполнительного производства, так как основной смысл продажи арестованного имущества должника заключается в получении судебным приставом-исполнителем наибольшей суммы для покрытия задолженности по исполнительным листам¹. Помимо этого, активные аукционы являются способом приватизации государственного и муниципального имущества (ст. 18 Закона о приватизации), продажи или аренды земельных участков, находящихся в публичной собственности (ст. 39¹² ЗК РФ), а также во многих других случаях.

4.2. При проведении торгов на приобретение товаров, работ или услуг заказчик торгов, наоборот, заинтересован в получении минимальной цены. Победитель подобного аукциона (*редукциона*) определяется путем пошагового (при очном соревновании) понижения начальной (стартовой) цены. Его синонимы – «обратный аукцион», «голландский аукцион». Начальная цена является предельной ценой, она обязательно должна быть снижена участниками торгов. Редукционы применяются, в частности, при осуществлении государственных и муниципальных закупок.

4.3. На конкурсных торгах (от лат. *concursum* – течение, столкновение) победителем считается лицо, предложившее лучшие условия исполнения договора, использования имущества. Критерии отбора устанавливает заранее сформированная конкурсная комиссия, в которую могут входить лица, имеющие научный авторитет, профессиональную репутацию, считающиеся специалистами в определенной области.

В ряде случаев в законодательстве уточняются требования к членам конкурсной комиссии и к ее численному составу. Так, согласно ч. 3, 5 ст. 39 Закона о контрактной системе число членов комиссии должно быть не менее пяти человек, а в ее

¹ Статьи 89–92 Закона об исполнительном производстве.

состав должны включаться преимущественно лица, прошедшие профессиональную переподготовку или повышение квалификации в сфере закупок, а также лица, обладающие специальными знаниями, относящимися к объекту закупки.

Конкурсная комиссия не только определяет победителя торгов, к ее компетенции относится также допуск претендентов к участию в торгах (ст. 53 Закона о контрактной системе).

Иногда специальное законодательство устанавливает ограничения по персональному составу конкурсных комиссий. Например, в соответствии с ч. 2 ст. 25 Закона о концессионных соглашениях членами конкурсной комиссии не могут быть граждане, представившие заявки на участие в конкурсе или состоящие в штате организаций, представивших такие заявки, либо граждане, являющиеся акционерами (участниками) этих организаций, членами их органов управления или аффилированными лицами участников конкурса.

К критериям конкурсного отбора, как правило, относятся финансовое состояние компании, трудовые ресурсы, профессиональные навыки персонала, наличие необходимого оборудования, опыт работы и т.п. Торги в форме конкурса являются удобным способом для их инициатора выбрать контрагента, способного предложить оптимальные условия сделки или лучше исполнить определенные заранее условия. Цена также выступает критерием конкурсной оценки, однако в отличие от аукционного соревнования лучшая цена на конкурсе еще не означает победы, оценка производится по совокупности условий, в том числе с использованием подкритериев, дополнительных, альтернативных критериев и проч. Одним словом, конкурс – это мероприятие, целью которого является определение лиц, наиболее способных к оптимальному решению поставленной заказчиком задачи.

4.4. В комментируемой норме в рамках реформы 2015 г. появилось указание на возможность проведения электронных торгов. Подобные торги в форме электронного аукциона активно проводятся при осуществлении государственных и муниципальных закупок (ст. 59 Закона о контрактной системе). Кроме того, электронные торги давно предусмотрены в п. 7 ст. 110 Закона о банкротстве. Практика проведения таких торгов расширяется год от года. Отличительной особенностью электронных торгов следует назвать появление в них еще одного лица – оператора электронной площадки (сайта в Интернете), с помощью аппаратно-программного комплекса которой осуществляется прием заявок от претендентов на участие в торгах, а также проводится вся процедура торгов, включая определение их победителя и заключения с ним договора. Оператор электронной площадки связан договорными отношениями с организатором торгов. Для самих же претендентов участие в электронных торгах сопряжено с наличием электронной подписи, наличием периферийного оборудования, устойчивым доступом к Интернету, а также прохождением предварительной аккредитации (регистрации) на электронной площадке.

5. В комментируемой норме отмечается лишь одна причина, по которой первые торги могут быть объявлены несостоявшимися, – торги с одним участником. Иные основания признания торгов несостоявшимися устанавливаются законом. Основания для объявления торгов несостоявшимися, а равно и правовые последствия этого события детализируются в специальных актах отечественного законодательства по-разному.

Например, при реализации предмета ипотеки торгов может быть не более двух. Закон об ипотеке устанавливает три основания для объявления ипотечных торгов несостоявшимися: 1) на торги явилось менее двух покупателей (личная явка участников обязательна, поскольку предложения о приобретении заложенного имущества делаются в устной форме); 2) на торгах не сделана надбавка против начальной продажной цены заложенного имущества (не использован шаг аукциона); 3) победитель торгов не внес покупную цену в установленный срок.

6. Долгое время в ГК РФ был регламентирован лишь один вид торгов, а именно торги продавца. Хотя огромное количество торгов проводится как раз не на продажу, а на приобретение товаров (работ, услуг). Характерный пример — государственные (муниципальные) закупки, когда в целях заключения государственного (муниципального) контракта проводятся именно торги покупателя.

С 1 июня 2015 г. законодатель уравнил торги продавца и торги покупателя (заказчика) с точки зрения их регулирования, правда, с оговоркой о том, что иное может следовать из закона или существа отношений. Несмотря на то что далеко не все положения ГК РФ применимы к «торгам покупателя (заказчика)» (это касается норм о задатке и не только), все же в целом такие изменения следует приветствовать, потому что они обусловлены конструкцией торгов как универсального способа предоставления прав, включая право на заключение договора. В качестве предмета торгов следует рассматривать не какое-либо имущество само по себе, а право на приобретение или продажу этого имущества, опосредованное заключением соответствующего договора, а также право на заключение иного гражданско-правового договора.

6.1. В комментируемой норме установлено изъятие о том, что правила ГК РФ не применяются к организованным торгам, что корреспондирует ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах». Такие торги, в частности биржевые, проводятся по внутренним правилам организаторов торгов, подлежащим регистрации в Банке России.

Статья 448. Организация и порядок проведения торгов

1. Аукционы и конкурсы могут быть открытыми и закрытыми. В открытом аукционе и открытом конкурсе может участвовать любое лицо. В закрытом аукционе и закрытом конкурсе участвуют только лица, специально приглашенные для этой цели.

2. Если иное не предусмотрено законом, извещение о проведении торгов должно быть опубликовано организатором не позднее чем за тридцать дней до их проведения. Извещение должно содержать сведения о времени, месте и форме торгов, об их предмете, о существующих обременениях продаваемого имущества и о порядке проведения торгов, в том числе об оформлении участия в торгах, определении лица, выигравшего торги, а также сведения о начальной цене.

3. Условия договора, заключаемого по результатам торгов, определяются организатором торгов и должны быть указаны в извещении о проведении торгов.

4. Если иное не предусмотрено в законе или в извещении о проведении торгов, организатор открытых торгов, опубликовавший извещение, вправе отказаться от про-

ведения аукциона в любое время, но не позднее чем за три дня до наступления даты его проведения, а от проведения конкурса — не позднее чем за тридцать дней до проведения конкурса.

В случае, если организатор открытых торгов отказался от их проведения с нарушением указанных сроков, он обязан возместить участникам понесенный ими реальный ущерб.

Организатор закрытого аукциона или закрытого конкурса обязан возместить приглашенным им участникам реальный ущерб независимо от того, в какой именно срок после направления извещения последовал отказ от проведения торгов.

5. Участники торгов вносят задаток в размере, в сроки и в порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Задаток возвращается также лицам, которые участвовали в торгах, но не выиграли их.

При заключении договора с лицом, выигравшим торги, сумма внесенного им задатка засчитывается в счет исполнения обязательств по заключенному договору.

Если иное не установлено законом, обязательства организатора и участников торгов по заключению договора по результатам торгов могут обеспечиваться независимой гарантией.

6. Если иное не установлено законом, лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, который имеет силу договора.

Лицо, уклонившееся от подписания протокола, обязано возместить причиненные этим убытки в части, превышающей размер предоставленного обеспечения.

Если в соответствии с законом заключение договора возможно только путем проведения торгов, при уклонении организатора торгов от подписания протокола победитель торгов вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, вызванных уклонением от его заключения.

7. Если в соответствии с законом заключение договора возможно только путем проведения торгов, победитель торгов не вправе уступать права и осуществлять перевод долга по обязательствам, возникшим из заключенного на торгах договора. Обязательства по такому договору должны быть исполнены победителем торгов лично, если иное не установлено в соответствии с законом.

8. Условия договора, заключенного по результатам торгов в случае, когда его заключение допускается только путем проведения торгов, могут быть изменены сторонами, если это изменение не влияет на условия договора, имевшие существенное значение для определения цены на торгах, а также в иных случаях, установленных законом.

Комментарий

1. Комментируемая норма различает открытые и закрытые торги. Здесь следует назвать два основания такой классификации. Во-первых, торги делятся на открытые и закрытые по порядку приглашения участников, основание такого деления торгов на виды прямо закреплено в п. 1 ст. 448 ГК РФ. Так, в открытых торгах может участвовать любое лицо, в закрытых же принимают участие специально приглашенные для этой цели лица.

Промежуточной формой между открытыми и закрытыми торгами следует назвать торги с избирательным подходом к определению круга их возможных участников,

с ограниченным кругом участников. В подобных торгах круг возможных участников не закрыт, но ограничен. Например, возможно ограничение допуска к участию в торгах на право пользования недрами для юридических лиц с участием иностранных инвесторов (ст. 13¹ Закона РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах»).

Если для участия в торгах претендент должен соответствовать ряду формальных требований, такие торги следует считать специализированными, но никак не закрытыми. Следует различать такие стадии проведения подобных специализированных торгов, как «отборочная» и «оценочная». На первой стадии происходит отбор претендентов для участия в торгах, и именно здесь устанавливаются так называемые фильтры, входные барьеры – требования, которым должен соответствовать претендент для того, чтобы пройти процедуру допуска, перейти в статус участника торгов. На второй стадии происходит собственно аукционное или конкурсное соревнование в соответствии с заданными критериями.

«Требования» характерны для отборочной стадии торгов, они устанавливаются в отношении претендентов, а «критерии» относятся к оценочной стадии торгов и предназначены для выявления победителя торгов.

Бывает, что и в самом законе торги неверно разграничены по видам. Пример тому – торги, проводимые для реализации имущества должника в ходе внешнего управления и конкурсного производства. Общее правило состоит в том, что подобные торги должны быть открытыми по составу участников. В тех случаях, когда продаже подлежит имущество, относящееся к ограниченно оборотоспособному, организуются закрытые торги. В них принимают участие только те лица, которые вправе в соответствии с федеральным законом иметь в собственности или на ином вещном праве имущество, относящееся к ограниченно оборотоспособному (п. 4 ст. 110 Закона о банкротстве). Обозначив подобные торги «закрытыми», Закон о банкротстве не сделал в отношении их никаких изъятий относительно порядка информационного обеспечения. Хотя именно по данному критерию ГК РФ разграничивает открытые (для всех желающих) и закрытые (для специально приглашенных) торги. Даже если продаже на торгах подлежит ограниченно оборотоспособное имущество, сообщение о продаже будет публиковаться и размещаться в Едином федеральном реестре сведений о банкротстве. Помимо этого, сообщение о продаже имущества должно размещаться на тех сайтах в Интернете, которые были выбраны собранием (или комитетом) кредиторов по предложению арбитражного управляющего (п. 7¹, 9 ст. 110 Закона о банкротстве). Таким образом, торги, названные Законом о банкротстве «закрытыми», будут проводиться по всем правилам, предназначенным для открытых торгов. На наш взгляд, совершенно очевидно, что речь идет об открытых торгах, даже если для приобретения продаваемого на них ограниченно оборотоспособного имущества потенциальным покупателям нужно иметь особый правовой статус.

1.1. Закрытые торги (или «торги по приглашению») характерны не только для частной, но и для публичной сферы экономических отношений. Так, нормы Закона о контрактной системе (§ 5 гл. 3) допускают проведение закрытых конкурсов и аукционов. Проведение закрытых торгов в этой сфере обусловлено несколькими причинами: 1) сведения о самом объекте закупки составляют государственную тайну или в документации о закупке содержатся подобные сведения; 2) требуется закупка услуг по транспортировке, страхованию ценностей Госфонда России, музейных

предметов, коллекций; 3) закупаются услуги по уборке помещений и услуги водителей для нужд судей и судебных приставов.

Любые протоколы, составленные в ходе проведения закрытых торгов, а также прочая информация не подлежат опубликованию в СМИ и размещению в Интернете. Схожие правила действуют и в случае проведения закрытых конкурсов на право заключения концессионного соглашения, если сведения об объекте концессионного соглашения составляют государственную тайну или же данный объект имеет стратегическое значение для обеспечения обороноспособности и безопасности государства (ч. 2 ст. 21 Закона о концессионных соглашениях).

1.2. От понятий «открытые» и «закрытые» торги следует отличать открытую или закрытую форму подачи предложений участниками торгов. Открытая форма подачи предложений означает устное соревнование между участниками торгов, часто используемое в ходе проведения пошаговых аукционов. Закрытая форма подачи предложений (или «аукцион первой цены») сводится к их передаче организатору торгов в запечатанных конвертах в день подачи предложения или позднее, непосредственно в день проведения конкурса или аукциона. Определяющим здесь является тот факт, что независимо от времени подачи запечатанных предложений их содержание не подлежит разглашению до начала проведения торгов.

Торги могут быть открытыми по составу участников, но одновременно закрытыми по форме подачи предложений и наоборот. В то же время неограниченного разнообразия вариантов сочетаний открытости (закрытости) торгов по составу участников с открытой (закрытой) формой предложений о цене наше законодательство не допускает. Например, приватизационный конкурс проводится исключительно с запечатанными конвертами, а соответствующий аукцион может быть любым по форме подачи ценовых заявок (п. 2, 3 ст. 18, п. 3 ст. 20 Закона о приватизации).

При продаже имущества должника в ходе банкротства форма подачи ценового предложения о приобретении имущества определяется собранием (или комитетом) кредиторов по предложению арбитражного управляющего и в обязательном порядке включается в сообщение о продаже имущества должника.

2. Извещение о предстоящих торгах является первым юридически значимым действием во всем механизме торгов, от него зависит не только легальность всей последующей процедуры их проведения, но и ответ на вопрос, достигнут ли торги своей цели, будет ли удовлетворен интерес заказчика торгов в их проведении. В комментируемой норме дается минимальный перечень информации, которая должна быть включена в извещение о торгах.

Извещение о предстоящих торгах – не публичная оферта, но односторонняя сделка их организатора, следствием которой является приглашение сделать оферты, коими выступают заявки претендентов на участие в торгах. Извещение существует само по себе и не требует какого-либо акцепта.

Согласно п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101 отсутствие в извещении о торгах сведений, предусмотренных п. 2 ст. 448 ГК РФ, является нарушением порядка проведения торгов и основанием для признания торгов недействительными по иску заинтересованного лица.

2.1. Дискуссионным представляется включение в п. 2 комментируемой статьи указания о том, что извещение о торгах должно быть опубликовано их организа-

тором. Дело в том, что к участию в закрытых торгах специально приглашаются конкретные лица, поэтому извещение не должно публиковаться, оно именно делается организатором торгов путем рассылки персональных приглашений. Только открытые торги предполагают публикацию извещения для всеобщего сведения. С учетом этого, видимо, и стоит толковать данную норму.

2.2. Для принятия решения об участии или неучастии в открытых (публичных) торгах потенциальному претенденту требуется время. Оно необходимо, чтобы оценить условия торга и свои возможности для победы в нем. Именно поэтому претендент должен «иметь под рукой» всю необходимую информацию, т.е. опубликованное извещение о торгах или персональное приглашение к участию в них. Например, информация, содержащая перечень продаваемых объектов, их характеристики, данные о первоначальной цене, месте, времени и правилах проведения торгов, довольно значительна по объему и сложна для восприятия на слух. Именно поэтому в судебно-арбитражной практике выработана позиция о том, что сообщение сложной и большой по объему информации, сделанное по радио, или извещение, однократно переданное по местному каналу телевидения, является ненадлежащим извещением о торгах, так как не позволяет эту информацию зафиксировать (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101). Иными словами, способ доведения информации о торгах должен обеспечивать ее доступность для лиц, потенциально заинтересованных в приобретении реализуемого имущества, а также возможность фиксации опубликованных данных потенциальными участниками торгов.

2.3. Не следует сбрасывать со счетов и информирование посредством Интернета. Трудно сказать, что должно быть первостепенным, какому способу информирования следует отдать предпочтение в случае, скажем, противоречий в содержании опубликованного извещения и извещения, размещенного на интернет-портале. Учитывая широкое распространение Интернета и постоянное увеличение числа пользователей этой сети, можно заметить, что в ряде случаев информация, размещенная там, может оказаться более доступной для широкого круга лиц, нежели газета, поступающая по подписке в библиотеку.

Характерным примером тяготения к информированию о торгах посредством Интернета являются Закон о контрактной системе и Закон о закупках. Информационное обеспечение всех публичных закупок сосредоточено в Единой информационной системе на официальном сайте (www.zakupki.gov.ru). Это расширяет информационное поле закупочной системы, увеличивает возможности для поиска информации о закупках, обеспечивает единый формат предоставления информации, что невозможно в условиях многоуровневой системы официальных сайтов.

2.4. В российском законодательстве довольно много норм, усложняющих порядок сообщения информации о проведении торгов по сравнению с комментируемой нормой. Так, информационное сообщение о продаже государственного или муниципального имущества подлежит опубликованию в официальном печатном издании¹, а также размещению на официальном сайте в Интернете, сайте продавца

¹ Согласно распоряжению Правительства РФ от 22 октября 2008 г. № 1540-р таким изданием является бюллетень Росимущества «Государственное имущество».

государственного или муниципального имущества в Интернете, официальном сайте Российской Федерации в Интернете для размещения информации о проведении торгов www.torgi.gov.ru (п. 2 ст. 15 Закона о приватизации).

3. На практике условия будущего договора излагаются в виде его проекта, который является составной частью документации о торгах. Если проект договора был вложен в документацию о торгах, то в окончательном виде условия подлежащего заключению договора определяются путем включения в проект, предложенный заказчиком, условий, содержащихся в заявке, которой присвоен первый номер (заявке победителя). Речь идет об особом способе выявления условий гражданско-правового договора, они вырабатываются сторонами не в процессе переговоров, а «суммируются» из проекта договора (контракта), разработанного заказчиком, и условий заявки, которую сам заказчик объявляет для себя наиболее приемлемой.

Вложение проекта будущего договора (контракта) в документацию о торгах выгодно заказчику торгов и имеет широкое распространение на практике, такие нормы, в частности, характерны для сферы публичных закупок (ч. 5 ст. 4 Закона о закупках, ч. 2 ст. 50, ч. 4 ст. 64 Закона о контрактной системе). Аналогичные правила предусмотрены в п. 22 ст. 39¹¹ ЗК РФ, п. 6 ч. 6 ст. 79 Лесного кодекса РФ, п. 10 ст. 110 Закона о банкротстве и во многих других нормативных правовых актах.

Если участники торгов подают свои заявки в соответствии с условиями конкурсной документации (документации об аукционе, о закупке), тем самым они соглашаются с условиями предложенного проекта договора, поэтому заказчик может существенным образом сократить время на ведение переговоров по согласованию окончательного текста договора с победителем торгов.

Как уже отмечалось, далеко не все условия договора, заключаемого на торгах, определяются организатором торгов. Как правило, одна часть договорных условий предлагается заказчиком торгов путем вложения проекта договора в аукционную или конкурсную документацию, другую часть составляют те условия, по которым собственно и ведутся торги и которые предложены в заявке участника, признанного победителем торгов. К одним условиям будущего договора присоединяется победитель торгов, а к другим, соответственно, заказчик торгов. В одном и том же договоре каждая из его сторон оказывается «присоединившейся» стороной, но не ко всем, а лишь к определенным условиям, причем определены они заранее в документации о торгах и заявке победителя торгов.

Проект договора, вложенный в документацию о торгах, — это часть договора, диктуемая организатором торгов, а содержание заявки, в свою очередь, — вторая часть договора, диктуемая выигравшей торги стороной. Соединяя две эти части, мы получаем условия договора, заключаемого по результатам торгов.

Аналогичная квалификация договоров, заключенных в результате торгов, принята сейчас и в судебно-арбитражной практике (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 28 января 2014 г. № 11535/13).

3.1. Означает ли это, что участники торгов не могут изменить условия предложенного на торгах проекта договора, выдвинув свои собственные формулировки его положений? Представляется, что изменения проекта договора возможны, но исключительно при условии, что об этом сказано непосредственно в документации о торгах. Если такая опция предусмотрена в аукционной или конкурсной документации

и участник торгов намеревается внести изменения в проект договора, то об этом он должен указать в заявке участника торгов.

4. Организатор может изменить условия торгов или же отменить торги вовсе (последствия такого поведения различны, но сопротивляться ему участники торгов не вправе). Комментируемая норма устанавливает сроки для отказа организатора торгов от их проведения, но не запрещает отказ как таковой, поскольку при нарушении сроков отказа от проведения открытых торгов организатор обязан возместить участникам торгов реальный ущерб (например, подготовка заявки на участие в торгах требует затрат времени и сил сотрудников участника торгов, внесение обеспечения заявки приведет к появлению расходов на получение кредита или оформлению банковской гарантии). Аналогичная обязанность по возмещению участникам реального ущерба лежит на организаторе закрытых торгов уже безотносительно к сроку его заявления.

4.1. Интересен вопрос о правовой природе ответственности организатора торгов в случае их отмены. Вероятнее всего, речь должна идти об особой форме преддоговорной ответственности (ст. 434¹ ГК РФ), к которой в силу п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 применяются положения гл. 59 ГК РФ о деликтной ответственности.

5. Согласно п. 5 комментируемой статьи участники торгов вносят задаток в размере, в сроки и в порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Правильнее было бы сказать, что задаток должны вносить не участники торгов, а лица, желающие ими стать. Внесение задатка является условием приобретения статуса участника торгов. Соглашение о задатке должно быть совершено в письменной форме (п. 2 ст. 380 ГК РФ). Чаще всего в процессе проведения торгов соглашение (договор) о задатке заключается в форме договора присоединения (ст. 428 ГК РФ), условия которого в одностороннем порядке определяются организатором торгов. На приватизационном аукционе договор о задатке в обязательном порядке имеет форму договора присоединения¹.

Соглашение о задатке может быть также достигнуто по правилам п. 3 ст. 438 ГК РФ, когда претендент, ознакомившись с условиями получения статуса участника торгов и суммой необходимого задатка, вносит его, тем самым акцептуя оферту в отношении условия о задатке конклюдентными действиями.

5.1. Задаток возвращается участникам, не выигравшим торги, а также в случае, если торги не состоялись. Лицо, победившее на торгах, но уклонившееся от подписания протокола по результатам торгов, теряет задаток и обязано возместить причиненные этим убытки в части, превышающей размер предоставленного обеспечения. Если же от подписания протокола уклоняется организатор торгов, то из логики самой конструкции задатка следует, что победитель торгов вправе требовать возврата задатка в двойном размере, а также требовать возмещения убытков в сумме, превышающем размер внесенного задатка.

¹ Пункт 6 Положения об организации продажи государственного или муниципального имущества на аукционе, утвержденного постановлением Правительства РФ от 12 августа 2002 г. № 585.

Соответственно, задаток стимулирует организатора торгов и их победителя надлежащим образом оформить результаты состоявшихся торгов.

5.2. Согласно прямому указанию закона у победителя торгов сумма, внесенная в качестве задатка, засчитывается в счет исполнения обязательств по заключенному договору. Однако задаток может быть засчитан в счет исполнения обязательств победителя торгов по заключенному договору лишь на торгах по реализации имущества. Соответственно, при проведении торгов на приобретение товаров, работ, услуг данная норма применена быть не может, так как противоречит существу отношений (п. 6 ст. 447 ГК РФ). Специальные нормы законодательства обычно устанавливают в отношении таких случаев иные способы обеспечения (см., например, ст. 44 Закона о контрактной системе).

5.3. Во многих случаях законодательство устанавливает допустимые величины задатка (как максимальные, так и минимальные). Так, при продаже имущества должника в процедурах банкротства максимальный размер задатка составляет 20% от начальной цены продажи имущества (п. 8 ст. 110 Закона о банкротстве), определяемой собранием (комитетом) кредиторов на основании отчета независимого оценщика. На публичных торгах по реализации заложенного имущества задаток не превышает 5% от начальной цены продажи. При проведении торгов на право заключения государственных (муниципальных) контрактов предусмотрено как минимальное, так и максимальное значение величины обеспечения заявки на торгах — от 0,5% до 5% от начальной цены государственного (муниципального) контракта (ч. 14 ст. 44 Закона о контрактной системе).

5.4. С 1 июня 2015 г. комментируемой нормой предоставлена возможность обеспечения заявок на участие в торгах, а также обязательства организатора торгов по заключению договора с победителем торгов не только задатком, но и независимой гарантией. Пока неясно, будет ли такая конструкция востребована на практике, в настоящее время организатор торгов какие-либо гарантии участникам торгов не предоставляет. Кроме того, в ряде случаев он не сможет сделать это по причинам объективного характера. Речь идет об электронных аукционах на право заключения государственных и муниципальных контрактов (ст. 59 Закона о контрактной системе). Участники таких аукционов организатору неизвестны, во избежание возможных сговоров они действуют под номерами. В тот момент, когда сведения об участниках аукциона становятся известными, у организатора просто не остается времени на оформление каких-либо гарантий в адрес участников аукциона. В то же время в силу п. 4 ст. 368 ГК РФ в независимой гарантии должен быть обозначен бенефициар. Вопрос о возможности выдачи гарантии без указания конкретного бенефициара, но с фиксацией алгоритма его определения пока в российском праве не разрешен.

6. В комментируемой норме указывается на подписываемый организатором и победителем торгов протокол как на основной документ, фиксирующий итоги состоявшихся торгов. Но в реальности специальные нормы о проведении тех или иных торгов устанавливают иной порядок подведения итогов торгов. Так, итоги приватизационных торгов оформляются уведомлением о признании участника аукциона или конкурса победителем (п. 11 ст. 18, п. 10 ст. 20 Закона о приватизации). Результаты аукционов и конкурсов на право заключения государственного

(муниципального) контракта фиксируются в протоколе рассмотрения и оценки конкурсных заявок или в протоколе проведения аукциона (ч. 4 ст. 53, ч. 18 ст. 68 Закона о контрактной системе). Торги по продаже имущества должника в ходе внешнего управления и конкурсного производства оформляются протоколом о результатах проведения торгов (п. 15 ст. 110 Закона о банкротстве). На первый взгляд, имея различные наименования, эти документы равносильны протоколу о результатах торгов, названному в п. 6 ст. 448 ГК РФ. Однако это не так, поскольку порядок их оформления существенно отличается от того, что предусмотрен в ГК РФ. Главное отличие заключается в том, что во всех названных случаях итоговый протокол не подписывается победителем торгов.

Протокол рассмотрения и оценки конкурсных заявок (или протокол аукциона) при заключении государственных (муниципальных) контрактов составляется и подписывается конкурсной (аукционной) комиссией (ч. 12 ст. 53, ч. 8 ст. 69 Закона о контрактной системе). Победитель конкурса или аукциона на право заключения государственного (муниципального) контракта протокол не подписывает, но в течение трех рабочих дней с момента оформления протокола получает один его экземпляр.

При продаже имущества в процессе банкротства итоговый протокол оформляет организатор торгов. Затем в течение пяти дней он уведомляет всех участников торгов о результатах их проведения посредством направления им в письменной форме или в форме электронного документа копий протокола. Победителю торгов протокол направляется раньше: в течение двух рабочих дней, в это же время протокол передается арбитражному управляющему для заключения договора купли-продажи с победителем торгов (п. 15, 16 ст. 110 Закона о банкротстве). Но главное – не сроки информирования, а то, что оформление этого протокола не предполагает его подписания победителем торгов.

Протокол об итогах приватизационных торгов также оформляется без участия победителя. Уведомление о признании победителем приватизационного аукциона вместе с соответствующим протоколом выдается победителю (его уполномоченному представителю) под расписку в день подведения итогов аукциона¹. Протокол об итогах приватизационного конкурса направляется победителю одновременно с уведомлением о победе в конкурсных торгах².

Очевидно, что все указанные специальные нормы в этой части не соответствуют положениям ГК РФ, однако такое несоответствие какой-либо проблемы не составляет, поскольку норма п. 6 ст. 448 ГК РФ прямо указывает на то, что иное может быть установлено в законе.

6.1. В целом подписание протокола о результатах торгов их победителем заслуживает критической оценки. В чем смысл подписания протокола о результатах торгов непосредственно лицом, признанным их победителем? Что означает подпись победителя торгов на этом протоколе: согласие с его содержанием, участие в его

¹ Пункт 11 ст. 18, п. 10 ст. 20 Закона о приватизации; п. 16 Положения об организации продажи государственного или муниципального имущества на аукционе, утвержденного постановлением Правительства РФ от 12 августа 2002 г. № 585.

² Пункт 17 Положения о проведении конкурса по продаже государственного или муниципального имущества, утвержденного постановлением Правительства РФ от 12 августа 2002 г. № 584.

составлении, информированность о результатах торгов и об обязанности оплатить приобретенное на торгах имущество?

Ответы на все эти вопросы победитель торгов может узнать, не подписывая итоговый протокол, а получая либо один из его экземпляров, либо персональное уведомление о своей победе на торгах.

Как уже отмечалось ранее, на многих видах торгов используется принципиально иной алгоритм заключения договора, потому что неотъемлемой частью документации о торгах выступает проект будущего договора. Протокол о результатах торгов в таких случаях не должен быть идентичен договору. Авторство протокола принадлежит организатору торгов, а чаще – аукционной или конкурсной комиссии, поэтому подписание такого протокола со стороны победителя торгов видится неуместным.

Протокол о результатах торгов должен лишь предшествовать заключению договора и означает завершение процедуры выбора предпочтительного контрагента.

6.2. Но как бы то ни было, п. 6 ст. 448 ГК РФ говорит о необходимости подписания такого протокола обеими сторонами, и там, где специальное законодательство не вытесняет эту норму, такой протокол должен оформляться подобным образом. При этом в комментируемой норме есть прямое указание на то, что такой протокол «имеет силу договора».

Как было показано выше, в тех случаях, когда в силу специальных положений закона итоги торгов подводятся не в протоколе, подписываемом сторонами, а иным образом, указанная норма о придании протоколу о результатах торгов силы договора не применяется, и стороны должны подписать отдельный договор. Иначе говоря, применение данной нормы ГК РФ часто вытесняется положениями специального законодательства.

Но в тех случаях, когда специальные нормы законодательства не исключают общее правило о подведении итогов торгов посредством оформления подписываемого сторонами протокола (например, в случае продажи имущества должника на публичных торгах), такой протокол по мысли законодателя сам по себе является договором. Понимание этой нормы затруднено. То ли законодатель имеет в виду, что в таких случаях подписание отдельного договора не требуется, и такой протокол является тем договором, для заключения которого и проводились торги (при таком подходе даже если впоследствии договор-документ подписывается сторонами, это не отменяет того факта, что договорные отношения возникли в момент подписания протокола). То ли законодатель предполагает, что такой протокол является предварительным договором, обязывающим стороны к заключению основного договора. Последняя идея была предложена в Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России, подготовленной Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства в 2009 году, но она так и не была реализована. В обновленной в 2015 году редакции комментируемой статьи какой-либо ясности по этому вопросу не оказалось.

На практике даже в тех случаях, когда результаты торгов фиксируются в протоколе, подписываемом сторонами, на практике принято впоследствии оформлять договор. Поэтому практическое значение комментируемой нормы крайне сомнительно. Но юридические проблемы она неминуемо порождает. В такой ситуации с учетом дискуссионной редакции комментируемой нормы о придании протоколу силы договора понять, с какого момента возникают договорные права и обязанности,

отсчитываются сроки исполнения обязательств и т.п., достаточно сложно. Не менее просто разобраться в вопросе о том, можно ли требовать исполнения обязательств по договору от стороны, подписавшей протокол, но уклоняющейся от подписания договора. Остается сожалеть, что законодатель так и не использовал возможность внести в этот вопрос ясность в рамках реформы ГК РФ 2015 года.

6.3. Согласно п. 6 комментируемой статьи лицо, уклонившееся от подписания протокола, обязано возместить причиненные этим убытки в части, превышающей размер предоставленного обеспечения. Как уже отмечалось, данная ответственность будет носить характер особой формы преддоговорной ответственности (ст. 434¹ ГК РФ).

О последствиях уклонения от заключения договора после оформления протокола ГК РФ умалчивает. Здесь прослеживается та же ошибочная логика, что описывалась выше: авторы данной нормы, видимо, исходили из того, что оформление отдельного договора-документа необязательно, и протокол сам по себе и является договором. Но с учетом того, что, как говорилось ранее, в большом числе специальных законов исключается подписание победителем торгов протокола, а также того, что в остальных случаях на практике все равно стороны оформляют договор после подписания протокола, игнорируя спорную задумку законодателя приравнять протокол к договору, и в обороте не принято воспринимать протокол в качестве полноценного договора, логично исходить из того, что такое же средство защиты доступно и в тех случаях, когда сторона уклоняется от заключения договора после того, как такой протокол подписан, либо после того, как итоги торгов подведены иным предусмотренным в специальных нормах закона способом.

6.4. Также согласно прямому указанию в данном пункте, если в соответствии с законом заключение договора возможно только путем проведения торгов, при уклонении организатора торгов от подписания протокола победитель торгов вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор, а также о возмещении убытков, вызванных уклонением от его заключения. Требование о понуждении к заключению договора будет рассматриваться по правилам ст. 445 ГК РФ.

При этом следует обратить внимание, что законодатель указывает на то, что такой иск о понуждении доступен лишь победителю торгов. Организатор торгов не может, видимо, по мысли законодателя, заставить победителя торгов заключить договор и ограничен лишь правом присвоить задаток и требовать возмещения убытков в сумме, превышающей задаток. В то же время если из специальных норм закона следует, что для победителя торгов заключение договора по результатам торгов обязательно, открываются предусмотренные в ст. 445 ГК РФ основания для предъявления и к нему иска о понуждении к заключению договора.

7. Комментируемая норма, появившаяся с 1 июня 2015 г., несколько выходит за рамки названия ст. 448 ГК РФ, поскольку касается договора, заключенного на торгах, но не самих торгов, а это разные юридические составы. Впервые в нашем законодательстве устанавливается запрет осуществления уступки и перевода долга по договору, заключенному на торгах, а также вводится обязанность победителя торгов лично исполнить обязательства по данному договору. Норма допускает возможность иного регулирования данных вопросов в законе. Кроме того, важно подчеркнуть, что комментируемая норма охватывает исключительно те договоры,

которые не могли быть заключены иначе, чем путем проведения торгов, в силу указания на это в законе.

7.1. Как отмечалось ранее, случаи обязательного проведения торгов устанавливаются ГК РФ или другим законом. В связи с этим следует отметить, что торги в сфере корпоративных закупок проводятся не в силу указания об этом в Законе о закупках, регулирующем осуществление закупок компаниями с государственным участием, а в силу указания на это в положении о закупке заказчика, т.е. проведение торгов в данном случае основано на локальном правовом акте. Следовательно, комментируемая норма не распространяет свое действие на договоры, заключаемые в сфере регулирования данного Закона.

7.2. Реализация требования осуществления личного исполнения договора вызывает массу вопросов по причине того, что современный оборот трудно себе представить без использования конструкции возложения исполнения, тем более что общие правила ст. 313 ГК РФ допускают возложение исполнения на третье лицо, а многие специальные нормы закона подтверждают эту возможность (например, ст. 706 ГК РФ допускает привлечение подрядчиком субподрядчика). При этом в силу общих правил ст. 403 ГК РФ лицом, отвечающим за такое возложенное исполнение, остается соответствующая сторона договора. Однозначная практика толкования комментируемой нормы о строго личном исполнении обязательств из договоров, заключенных на торгах, пока не сложилась.

Представляется, что практическая реализация комментируемой нормы будет затруднена, если не сказать невозможна. Например, если торги были нацелены на закупку товаров, работ или услуг, указанное ограничение на возложение исполнения не может применяться. Так, например, государственный заказчик при проведении торгов на выполнение работ для государственных нужд вообще не имеет права установить в документации о закупке запрет на привлечение субподрядчиков (ч. 3 ст. 33 Закона о контрактной системе). Кроме того, вполне очевидно, что поставщик, выигравший торги, может возложить исполнение своего обязательства по доставке товара покупателю на иное лицо. Остается рассчитывать на то, что судебная практика будет выводить такую возможность из того, что в силу п. 6 ст. 447 ГК РФ положения ст. 448 ГК РФ применяются к таким торгам, если иное не вытекает из существа отношений.

7.3. Запрет на перевод долга означает, что такой перевод будет, видимо, по мысли законодателя, невозможен даже при выражении кредитором согласия на такой перевод. Иное толкование лишило бы этот запрет какого-либо смысла, так как в силу п. 2 ст. 391 ГК РФ перевод долга в принципе возможен только при наличии согласия кредитора и при его отсутствии будет ничтожным. Если воля законодателя состояла в том, чтобы обусловить перевод долга согласием кредитора, в комментируемой норме не было бы никакого смысла.

7.4. Возникает также вопрос о допустимости уступки прав по договору, заключенному на торгах, при наличии согласия должника на такую уступку. Видимо, законодатель исходит из того, что даже такое согласие не порождает права уступки, что, впрочем, представляется крайне странным.

7.5. Последствия уступки или перевода долга в нарушение данного запрета будут состоять в ничтожности уступки или соглашения о переводе долга. Этот вывод вытекает из того, что подобные сделки будут прямо противоречить явному законо-

дательному запрету, что согласно п. 75 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 должно влечь ничтожность сделки.

7.6. При этом указанный запрет касается только уступки и перевода долга в силу сделки, но не касается случаев перехода прав или долга в силу закона (ст. 387, 392² ГК РФ), например, в случае универсального правопреемства (в результате реорганизации). Иными словами, представляется, что ситуация, при которой отсутствует волеизъявление сторон на уступку прав или перевод долга, не должна подпадать под действие комментируемой нормы.

7.7. Актуальной также видится проблема обращения взыскания на право, вытекающее из договора, заключение которого было возможно исключительно на торгах (например, при банкротстве поставщика по государственному контракту). Цель комментируемого законодательного запрета состоит в блокировании свободного распоряжения правами, вытекающими из таких договоров, однако это не означает, что кредиторы лишены возможности обратиться с взысканием на имущественное требование стороны договора, заключенного на торгах. Соответственно, обращение взыскания на такие требования вполне возможно, поскольку волеизъявление сторон договора на перемену лиц в обязательстве отсутствует, напротив, применяются императивные нормы Закона об исполнительном производстве.

8. Комментируемая норма, появившаяся в ГК РФ с 1 июня 2015 г., также касается не порядка проведения торгов, а судьбы договора, заключенного по их итогам. Эта норма ограничивает права сторон договора, заключенного по результатам торгов, по произвольному изменению условий заключенного договора, дабы заблокировать возможные злоупотребления и нарушение принципа добросовестной конкуренции на торгах. Если бы такого ограничения не было, условия договора могли формулироваться таким образом, чтобы отпугнуть большинство потенциальных участников торгов, а затем после заключения договора с одним заранее согласованным победителем стороны бы кардинально изменили эти условия в пользу победителя, тем самым фактически обойдя закон и дезавуировав те цели, ради достижения которых закон требует заключения договора на торгах.

Данная норма сформулирована в весьма общем виде и допускает изменение тех условий договора, которые не оказали существенного влияния на определение цены на торгах. Представляется, что определить влияние изменений условий договора на цену предложения победителя или других участников торгов можно применительно к конкретным обстоятельствам спора. Есть случаи, когда такое влияние очевидно, например, первоначально договор не предусматривал выплату аванса победителю торгов, затем подобное условие в нем появилось, либо произошло существенное изменение срока выполнения работ по договору. Есть также случаи, когда не менее очевидно отсутствие такого влияния, например, изменение реквизитов сторон или незначительная корректировка адреса отгрузки товара в пределах одного города. Однако можно предположить, что в ближайшее время практика столкнется с более сложными ситуациями установления причинно-следственной связи между изменением условий договора и определением цены на торгах.

Комментируемая норма также касается лишь тех договоров, которые в обязательном порядке должны заключаться на торгах, она никоим образом не затраги-

вает вопросы изменения условий договоров, заключенных в сфере регулирования Закона о закупках.

Аналогичный подход, запрещающий сторонам таких договоров существенно менять его условия, применяется судами и в отношении договоров, заключенных до появления этой нормы в ГК РФ (см. Определение КЭС ВС РФ от 5 августа 2016 г. № 304-ЭС16-5762), поскольку подобные запреты нашему позитивному праву были известны и раньше (см. п. 98, подп. 16 п. 114, п. 150 Правил о порядке проведения конкурсов или аукционов на право заключения договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав в отношении государственного или муниципального имущества, утвержденных приказом ФАС России от 10 февраля 2010 г. № 67 и проч.).

8.1. Последствием заключения соглашения об изменении договора, заключенного на торгах, в нарушение установленного явно выраженного запрета будет ничтожность такого соглашения (п. 75 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Статья 449. Основания и последствия признания торгов недействительными

1. Торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица в течение одного года со дня проведения торгов.

Торги могут быть признаны недействительными в случае, если:
кто-либо необоснованно был отстранен от участия в торгах;
на торгах неосновательно была не принята высшая предложенная цена;
продажа была произведена ранее указанного в извещении срока;
были допущены иные существенные нарушения порядка проведения торгов, повлекшие неправильное определение цены продажи;

были допущены иные нарушения правил, установленных законом.

2. Признание торгов недействительными влечет недействительность договора, заключенного с лицом, выигравшим торги, и применение последствий, предусмотренных статьей 167 настоящего Кодекса.

3. Расходы организатора торгов, связанные с применением последствий недействительности торгов и необходимостью проведения повторных торгов, распределяются между лицами, допустившими нарушения, повлекшие признание торгов недействительными.

Комментарий

1. В ст. 12 ГК РФ среди способов защиты гражданских прав названы признание сделки недействительной и признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления. Признание недействительными торгов там не упоминается. В то же время комментируемая статья прямо устанавливает возможность признания торгов недействительными. При этом детальный правовой режим оспаривания торгов долгое время не был закреплен в ней. Пленум ВАС РФ в порядке судебного толкования разъяснил, что споры о признании торгов недей-

ствительными рассматриваются по правилам, установленным для признания недействительными оспоримых сделок (п. 44 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Можно говорить о применении правил об оспоримых сделках к торгам лишь по аналогии: торги не являются единой сделкой, а представляют собой достаточно сложный механизм, включающий в себя целую серию сделок и иных юридически значимых действий многих лиц.

Редакция комментируемой статьи, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., несколько расширила регулирование порядка оспаривания торгов (например, был введен конкретный срок давности), но полностью не исключила необходимость субсидиарного применения общих правил об оспаривании сделок.

1.1. Основанием для признания проведенных торгов недействительными согласно комментируемой статье является одновременное наличие двух фактов: нарушение норм закона при проведении торгов и нарушение прав и законных интересов лица, их оспаривающего. В первую очередь суду необходимо установить факт нарушения правил проведения торгов, установленных законом (п. 1 ст. 449 ГК РФ). Законами по тексту ГК РФ в силу прямого указания в п. 2 ст. 3 ГК РФ являются только федеральные законы. В этом плане несколько нелогично, что п. 1 комментируемой статьи говорит только о законах, не упоминая традиционную для текста ГК РФ ссылку на иные правовые акты. Тем более что в ст. 168 ГК РФ объявляются недействительными сделки, противоречащие как закону, так и иным правовым актам.

Иначе говоря, по буквальному смыслу п. 1 комментируемой статьи торги могут быть признаны недействительными, только если нарушаются правила, зафиксированные именно и только в федеральном законе. Однако учитывая, что правила проведения торгов очень часто закреплены соответствующими органами исполнительной власти на уровне подзаконных нормативных правовых актов (см., например, постановление Правительства РФ от 3 декабря 2014 г. № 1299 «Об утверждении Правил проведения публичных торгов по продаже объектов незавершенного строительства»), данную норму следует толковать расширительно. Следует допускать оспаривание торгов в том числе при нарушении правил, установленных в подзаконных актах, если такие акты приняты органами исполнительной власти в рамках реализации правотворческой компетенции по установлению таких правил, закрепленной в законе.

1.2. Правила проведения торгов – это процедурные требования, к которым следует относить нормы, определяющие (а) подготовку самих торгов (публикацию информации, сбор заявок и т.п.); (б) непосредственный порядок их проведения; (в) порядок фиксации результатов торгов и заключения договора с победителем торгов.

В комментируемой норме говорится о нарушении установленных законом правил их проведения как об основании для признания торгов недействительными. Также в комментируемой норме приведен примерный перечень ситуаций, которые суду следует квалифицировать как нарушения правил проведения торгов. Подчеркнем, что перечень примерный, и в целом можно поставить под сомнение целесообразность его включения в комментируемую норму. Нарушения правил проведения торгов отличаются таким многообразием, что составить их типологию для закрепления в норме закона весьма сложно.

В п. 71 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 на сей счет указано следующее: «Приведенный в пункте 1 статьи 449 ГК РФ перечень оснований для признания публичных торгов недействительными не является исчерпывающим.

Такими основаниями могут быть, в частности, публикация информации о проведении публичных торгов в ненадлежащем периодическом издании (с учетом объема тиража, территории распространения, доступности издания); нарушение сроков публикации и полноты информации о времени, месте и форме публичных торгов, их предмете, о существующих обременениях продаваемого имущества и порядке проведения публичных торгов, в том числе об оформлении участия в них, определении лица, выигравшего публичные торги, а также сведений о начальной цене (пункт 2 статьи 448 ГК РФ); необоснованное недопущение к участию в публичных торгах; продолжение публичных торгов, несмотря на поступившее от судебного пристава-исполнителя сообщение о прекращении обращения взыскания на имущество». См. также п. 3–4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101. Традиционно в судебной практике распространено признание торгов недействительными в связи с необоснованным отказом в допуске претендентов к участию в торгах (см., например, Определение КЭС ВС РФ от 1 июля 2016 г. № 306-ЭС16-3230).

ВС РФ допускает признание торгов недействительными и тогда, когда имела место имитация конкурентности торгов, а именно: все участники торгов были аффилированы между собой и один из двух участников был привлечен лишь для создания видимости конкурентности торгов (Определение КГД ВС РФ от 27 сентября 2016 г. № 42-КГ16-2).

1.3. При этом возникает крайне важный вопрос о том, являются ли основанием для оспаривания торгов нарушения, допущенные не в процессе проведения торгов, а на этапе принятия решения о проведении торгов (например, состоящие в неправомерном выставлении на торги имущества должника, неверном определении начальной цены и т.п.). Прежняя судебная практика отвечала на этот вопрос отрицательно. Так, например, признавалось, что «нарушения, допущенные судебным приставом-исполнителем при наложении ареста на имущество должника», а равно «неправильная оценка имущества, выставленного на публичные торги в рамках исполнительного производства» не являются основанием для признания публичных торгов недействительными (п. 6–7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101, Постановление Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2005 г. № 5180/05). В то же время в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2016), утвержденном Президиумом ВС РФ от 6 июля 2016 г. (ответ на вопрос № 10), Суд закрепил, что публичные торги могут быть признаны недействительными в связи с допущенными судебным приставом-исполнителем нарушениями, повлекшими за собой незаконную передачу имущества должника на реализацию с публичных торгов (например, при возбуждении исполнительного производства в отсутствие законных оснований для его возбуждения или при обращении взыскания на имущество должника, не подлежащее реализации). Таким образом, можно констатировать, что ВС РФ не последовал за практикой ВАС РФ в этом вопросе.

1.4. Норма комментируемого пункта не говорит о том, что для признания торгов недействительными нарушения должны быть существенными. Но это требование со всей очевидностью подразумевается, и оно признается судебной практикой. Так, согласно п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101 «при рассмотрении иска о признании публичных торгов недействительными

суд должен оценить, являются ли нарушения, на которые ссылается истец, существенными и повлияли ли они на результат торгов».

Согласно п. 71 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 «нарушения, допущенные организатором публичных торгов, признаются существенными, если с учетом конкретных обстоятельств дела судом будет установлено, что они повлияли на результаты публичных торгов (в частности, на формирование стоимости реализованного имущества и на определение победителя торгов) и привели к ущемлению прав и законных интересов истца».

Представляется, что такой подход должен применяться не только к публичным торгам, но и ко всем иным торгам, безотносительно к тому, должны ли они проводиться в силу указания об этом законе или нет.

1.5. Как известно, по требованию о признании оспоримой сделки недействительной установлен сокращенный срок исковой давности продолжительностью один год (п. 2 ст. 181 ГК РФ). Этот же срок ранее применялся к оспариванию торгов (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 апреля 2010 г. № 17359/09). В связи с этим явно ошибочной выглядит норма п. 1 комментируемой статьи, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., согласно которой торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, *могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица в течение одного года со дня проведения торгов*. Очевидно, что законодатель имел здесь в виду не то, что возможность признать торги недействительными отпадает через год со дня проведения торгов, а хотел установить, что в течение такого срока *должен быть подан именно иск* об оспаривании торгов. Иное толкование приводило бы к тому, что затягивание спора на год лишало бы суд легальной возможности признать торги недействительными.

1.6. Также следует обратить внимание на указание в п. 1 комментируемой статьи даты начала исчисления срока давности на оспаривание торгов. Так, норма указывает, что годичный срок отсчитывается с момента проведения торгов. Если бы не это указание, применение п. 2 ст. 181 ГК РФ привело бы к выводу о том, что срок давности должен исчисляться со дня, когда истец узнал или должен был узнать об иных обстоятельствах, являющихся основанием для признания торгов недействительными. Иначе говоря, в ситуации, когда истец узнает о нарушении процедуры проведения торгов по окончании годичного срока с момента их проведения, у него уже нет возможности оспорить торги. По сути, годичный срок давности для оспаривания торгов носит объективный характер.

Есть ли логика в таком отходе от общих правил расчета давности по искам об оспаривании сделок? На этот вопрос следует ответить утвердительно. Тем самым законодатель стремится обеспечить стабильность оборота и минимизировать период правовой неопределенности в отношении действительности сделки, заключенной по результатам торгов.

1.7. Требование о признании оспоримой сделки недействительной может быть предъявлено только лицами, указанными в ГК РФ (п. 2 ст. 166 ГК РФ). Что касается торгов, то их результаты могут быть оспорены лишь по иску заинтересованного лица (п. 1 ст. 449 ГК РФ). Определение лица, заинтересованного в оспаривании торгов, – один из наиболее актуальных вопросов судебной-арбитражной практики. Какие-либо нарушения порядка проведения торгов не являются основаниями для признания торгов недействительными по иску лица, чьи имущественные права и интересы

этими нарушениями не затрагиваются и не могут быть восстановлены при применении последствий недействительности заключенного по итогам торгов договора.

Необходимость доказывания материального интереса в оспаривании вытекает из п. 2 ст. 166 ГК РФ, согласно которому «оспоримая сделка может быть признана недействительной, если она нарушает права или охраняемые законом интересы лица, оспаривающего сделку, в том числе повлекла неблагоприятные для него последствия».

Заинтересованность лица должна основываться на законных основаниях: она состоит не в интересе как таковом, а в правовом (законном) интересе лица, считающего, что его права и законные интересы нарушены. В связи с этим можно выделить несколько критериев для определения «заинтересованности» истца в оспаривании результатов торгов: 1) права и законные интересы заинтересованного лица непосредственно нарушены оспариваемыми торгами и (или) заключенным по их результатам договором; 2) в результате признания торгов недействительными имущественные интересы заинтересованного лица будут восстановлены; 3) заинтересованное лицо получит что-либо (права, имущество) в результате проведения реституции после признания торгов недействительными.

Анализ судебно-арбитражной практики последних лет позволяет выявить две категории лиц, наиболее часто признаваемых заинтересованными в оспаривании торгов: 1) лица, принимавшие участие в торгах, но не выигравшие их; 2) лица, подававшие заявки, но не допущенные к участию в торгах. Но было бы неправильно жестко ограничивать круг заинтересованных лиц, имеющих право обращаться с требованиями о признании торгов недействительными. Заинтересованность должна устанавливаться исходя из конкретных обстоятельств дела и характера нарушений, допущенных при организации и проведении торгов, а также их влияния на правовое положение истца. Недостаточно просто определить статус истца (должник, взыскатель, участник торгов и проч.), необходимо установить, каким образом допущенные нарушения затрагивают его законные права и интересы.

Предположим, истец не принимает участия в торгах, но при этом четко мотивирует свой отказ от участия в них тем, что считает проведение этих торгов незаконным. За подобным, хотя и добровольным, отказом может последовать иск о признании торгов недействительными. Если лицо считает проведение торгов незаконным, то зачем ему подавать заявку на участие в них? Вполне разумно вместо подачи заявки предъявить иск в суд о признании торгов недействительными. В таком случае истец не является ни претендентом, ни участником торгов, но он заинтересован в признании торгов недействительными.

В силу п. 70 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 «с иском в суд о признании публичных торгов недействительными может обратиться любое заинтересованное лицо (пункт 1 статьи 449, часть 1 статьи 449¹ ГК РФ)». Далее в нем указывается, что, в частности, такими лицами могут быть: участники торгов; лица, не имевшие возможности участвовать в публичных торгах из-за допущенных, по их мнению, нарушений правил их проведения; стороны исполнительного производства; судебный пристав-исполнитель; иные лица, обосновавшие свой интерес в оспаривании публичных торгов. Лицо может быть заинтересовано в оспаривании публичных торгов и в том случае, когда исполнительное производство, в ходе которого проводились эти торги, окончено фактическим исполнением.

Качественная оценка судом наличия у истца заинтересованности в оспаривании торгов зависит от анализа всех обстоятельств и может быть проиллюстрирована следующим примером: должник, право требования к которому продается с публичных торгов, не может оспорить торги, так как ему должно быть индифферентно, по какой стоимости право требования к нему будет отчуждено третьему лицу в результате торгов (п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101).

При этом тот факт, что истцом по иску об оспаривании торгов является участник торгов, сам по себе еще не означает, что результаты торгов каким-то образом нарушают интересы такого истца. Лицо, обращающееся с требованием о признании торгов недействительными, должно доказать наличие защищаемого права или интереса. Нарушения порядка проведения торгов не могут являться основаниями для признания торгов недействительными по иску лица, чьи имущественные права и интересы данными нарушениями не затрагиваются и не могут быть восстановлены при применении последствий недействительности заключенной на торгах сделки (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101).

При этом если основанием для признания торгов недействительными является необоснованный недопуск претендента к участию в торгах, судебная практика исходит из того, что для обоснования своей заинтересованности в оспаривании торгов такому лицу не требуется доказывать, что он мог бы выиграть такие торги (Определение КЭС ВС РФ от 1 июля 2016 г. № 306-ЭС16-3230).

В определенных случаях заинтересованным в оспаривании торгов лицом может быть прокурор (ч. 1 ст. 52 АПК РФ), антимонопольный орган (ч. 4 ст. 17 Закона о защите конкуренции, п. 3 ч. 22 ст. 99 Закона о контрактной системе), федеральная налоговая служба (уполномоченный орган в делах о банкротстве) и проч.

1.8. Ответчиками по требованиям о признании торгов недействительными по общему правилу являются организатор торгов и (или) привлекаемые им специализированные организации и лицо, выигравшее торги (п. 70 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50).

1.9. Итак, в случае существенных нарушений, допущенных при проведении торгов, торги могут быть оспорены. Но из этого не следует, что торги не могут признаваться недействительными и по общим основаниям, указанным в ГК РФ в отношении недействительности сделок. Торги могут быть признаны недействительными, если они нарушают основы правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК РФ), являются мнимыми или притворными (ст. 170 ГК РФ), проводятся под воздействием угроз, насилия, обмана (ст. 179 ГК РФ) и т.п. При этом если соответствующая норма закона, формирующая основание для недействительности сделки, говорит о ничтожности последней, то и торги должны признаваться ничтожными. Этот подход находит подтверждение и в судебной практике. Так, например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 25 апреля 2000 г. № 9003/99 Суд признал, что реализация по долгам частной корпорации с торгов имущества, принадлежащего не корпорации, а государству, влечет именно ничтожность, а не оспоримость торгов, так как нарушение касается не самой процедуры проведения торгов (аналогичный подход см. Постановление Президиума ВАС РФ от 8 октября 2002 г. № 11695/01).

2. Согласно п. 2 комментируемой статьи признание торгов недействительными влечет недействительность заключенного на их основании договора. Иначе говоря, действительность договора обусловлена действительностью торгов.

2.1. Договор, заключенный по итогам недействительных торгов, должен квалифицироваться как ничтожная сделка, так как его недействительность прямо указана в п. 2 ст. 449 ГК РФ. Отдельного иска об оспаривании договора не требуется. Если истец подал иск об оспаривании торгов и его иск удовлетворен, договор, заключенный в результате торгов, считается ничтожным с самого момента его заключения без какого-либо дополнительного судебного акта. Соответственно, истец может требовать признания торгов недействительными и применения последствий ничтожности заключенного по результатам торгов договора на основании ст. 167 ГК РФ.

2.2. Однако основания недействительности договора, заключенного на торгах, можно дифференцировать на общие и специальные. Признание торгов недействительными – это специальное основание недействительности договора. Если основаниями недействительности (ничтожности, оспоримости) договора являются нарушения, не относящиеся к процедуре торгов, суд рассматривает спор о признании договора недействительным или применении последствий ничтожного договора на общих основаниях вне связи с ранее проведенными торгами и без предварительного признания недействительными торгов (п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101, см. также Постановление Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. № 5243/06).

2.3. Применительно к последствиям недействительности договора, заключенного на торгах, комментируемая норма отсылает к положениям ст. 167 ГК РФ. Основным последствием недействительности сделки является аннулирование правовых последствий сделки и возвращение сторон в первоначальное положение посредством реституции, при которой каждая из сторон обязана вернуть другой стороне полученное по сделке. Это последствие может применяться, когда одна или обе стороны полностью либо в части исполнили оспариваемую сделку. При невозможности вернуть полученное в натуре каждая из сторон обязана возместить другой стороне стоимость полученного в денежном выражении.

2.4. Главный вопрос состоит в том, правомерно ли применять положения о недействительности сделок (особенно в отношении фактически исполненных договоров) в ситуации, когда сторона, выигравшая торги и заключившая договор, является добросовестной, не знала и не должна была знать об основаниях недействительности торгов. Допустим, истец оспаривает торги в связи с тем, что он был незаконно отстранен от участия в них. Но победитель спорных торгов не мог и не должен был знать о наличии либо отсутствии оснований для отказа в участии в торгах иным претендентам, а тем более о неправомерности отказа в участии в торгах кому-либо из них.

Здесь возможно несколько решений. Первое состоит в полном игнорировании интересов добросовестного победителя торгов и бескомпромиссной аннуляции торгов и заключенной на их основе сделки. Второе состоит в защите добросовестного победителя торгов и отказе в оспаривании торгов в такой ситуации. Третье возможное решение допускает оспаривание торгов в ситуации, когда победитель торгов еще не успел исполнить договор, но блокирует такое оспаривание торгов, если договор уже был исполнен. Первый вариант вряд ли логичен, так как само

оспаривание торгов может занять много месяцев, исход дела предугадать нередко сложно, и все это время на стороне добросовестного победителя торгов возникает неприемлемая правовая неопределенность: любые его действия по исполнению договорных обязательств могут оказаться тщетными, а расходы угрожают превратиться в убытки, если впоследствии торги будут аннулированы, а договор признан ничтожным. Третий вариант также представляется сомнительным, так как до момента вступления в силу решения суда о признании торгов недействительными может пройти более года: за этот срок договор неминуемо будет частично или полностью исполнен сторонами. Поэтому логичным представляется второе решение, основанное на максимально полной защите интересов добросовестного победителя торгов: торги не признаются недействительными, а заключенный на их основе договор не признается ничтожным, если договор заключен с добросовестным победителем торгов. Впрочем, судебной практики высших судов, подтверждающей этот тезис, пока нет.

3. Впервые в нашем законодательстве с 1 июня 2015 г. закреплена норма о распределении расходов, которые понес организатор торгов в связи с применением последствий недействительности торгов и необходимостью проведения повторных торгов: такие расходы распределяются между лицами, допустившими нарушения, повлекшие признание торгов недействительными. Практики ее применения на сегодняшний день пока еще нет. В существующем виде комментируемая норма носит неясный характер, потому что, во-первых, она не устанавливает, в какой пропорции следует распределять такие расходы, а во-вторых, довольно часто причиной признания торгов недействительными являются действия (бездействие) самого организатора торгов. Обязан ли организатор торгов компенсировать расходы на проведение повторных торгов, и если да, то кому? Несмотря на вышесказанное, само появление подобной нормы в нашем законодательстве заслуживает положительной оценки, вероятно, судебная практика в скором времени сформулирует основные подходы к ее адекватной реализации.

Статья 449¹. Публичные торги

1. Под публичными торгами понимаются торги, проводимые в целях исполнения решения суда или исполнительных документов в порядке исполнительного производства, а также в иных случаях, установленных законом. Правила, предусмотренные статьями 448 и 449 настоящего Кодекса, применяются к публичным торгам, если иное не установлено настоящим Кодексом и процессуальным законодательством.

2. Организатором публичных торгов выступает лицо, уполномоченное в соответствии с законом или иным правовым актом отчуждать имущество в порядке исполнительного производства, а также государственный орган или орган местного самоуправления в случаях, установленных законом.

3. Должник, взыскатели и лица, имеющие права на имущество, продаваемое на публичных торгах, вправе на них присутствовать.

4. Извещение о проведении публичных торгов публикуется в порядке, предусмотренном пунктом 2 статьи 448 настоящего Кодекса, а также размещается на сайте

органа, осуществляющего исполнительное производство, либо в случае, если организатором публичных торгов выступает орган государственной власти или орган местного самоуправления, на сайте соответствующего органа.

Извещение должно содержать наряду со сведениями, указанными в пункте 2 статьи 448 настоящего Кодекса, указание на собственника (правообладателя) имущества.

5. В публичных торгах не могут участвовать должник, организации, на которые возложены оценка и реализация имущества должника, и работники указанных организаций, должностные лица органов государственной власти, органов местного самоуправления, чье участие в торгах может оказать влияние на условия и результаты торгов, а также члены семей соответствующих физических лиц.

6. В протоколе о результатах публичных торгов должны быть указаны все участники торгов, а также предложения о цене, которые они вносили.

7. В случае неуплаты победителем торгов покупной цены в установленный срок договор с ним считается незаключенным, а торги признаются несостоявшимися. Организатор торгов также вправе требовать возмещения причиненных ему убытков.

Комментарий

1. Согласно комментируемой норме под публичными торгами понимаются торги, проводимые в целях исполнения решения суда или исполнительных документов в порядке исполнительного производства, а также в иных случаях, установленных законом. При проведении подобных торгов отсутствует воля лица на продажу его имущества. Для публичных торгов характерно соединение права публичного (процессуального), в силу которого в этом процессе участвуют органы судебной власти, судебный пристав-исполнитель, и права частного, в силу которого возникают и прекращаются гражданские права, прежде всего право собственности.

1.1. Комментируемая норма отдает приоритет в регулировании порядка организации и проведения публичных торгов нормам о публичных торгах, установленных в данной статье и специальном законодательстве. Положения ст. 448, 449 ГК РФ применяются к публичным торгам лишь субсидиарно.

Специальные положения о порядке продажи имущества с публичных торгов предусмотрены в нормах Закона об исполнительном производстве, в нормах ГК РФ и нормах Закона об ипотеке (о порядке обращения взыскания на предмет залога (ипотеки) на основании судебного решения или исполнительной надписи нотариуса). Иначе говоря, цель комментируемой статьи состояла в формировании общих правил, применяемых в отношении публичных торгов в тех случаях, когда соответствующий вопрос не урегулирован в специальных нормах законодательства о тех или иных случаях продажи имущества с публичных торгов.

Так, в гл. 9 Закона об исполнительном производстве имеется большое количество норм, регламентирующих порядок информационного обеспечения публичных торгов, основания и последствия признания их несостоявшимися. В частности, согласно ч. 1 ст. 90 Закона об исполнительном производстве торги должны быть проведены в двухмесячный срок со дня получения организатором торгов имущества для реализации. В ст. 91 Закона об исполнительном производстве приводится исчерпывающий перечень оснований для признания публичных торгов несостоявшимися.

Оптимальным видится иное регулирование публичных торгов: в ГК РФ можно было бы не устанавливать какие-либо общие правила в отношении публичных торгов, достаточно было бы сохранить отсылочную норму к специальному законодательству.

1.2. Продажа имущества на торгах в рамках конкурсного производства регулируется нормами Закона о банкротстве. Такие торги не соответствуют закреплённому в п. 1 комментируемой статьи понятию публичных торгов. Соответственно, положения комментируемой статьи не подлежат применению к данным торгам.

Не применяются правила ГК РФ о публичных торгах и к порядку обращения взыскания на предмет залога не на основании судебного акта или исполнительной надписи нотариуса, а на основании соглашения между залогодателем или залогодержателем, а также к продаже государственного или муниципального имущества в порядке приватизации. В указанных случаях имущество продается не в целях исполнения судебного решения и не в рамках исполнительного производства.

1.3. В ГК РФ имеется ряд указаний на необходимость проведения публичных торгов, никак не связанных с исполнительным производством и обращением взыскания на имущество должника. Например, согласно ст. 239 ГК РФ «в случаях, когда изъятие земельного участка ввиду ненадлежащего использования земли невозможно без прекращения права собственности на здания, сооружения или другое недвижимое имущество, находящиеся на данном участке, это имущество может быть изъято у собственника путем продажи с публичных торгов»; в соответствии со ст. 239¹ ГК РФ «если иное не предусмотрено законом, в случае прекращения действия договора аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности и предоставленного по результатам аукциона, объекты незавершенного строительства, расположенные на таком земельном участке, могут быть изъяты у собственника по решению суда путем продажи с публичных торгов»; согласно ст. 240 ГК РФ «в случаях, когда собственник культурных ценностей, отнесенных в соответствии с законом к особо ценным и охраняемым государством, бесхозяйственно содержит эти ценности, что грозит утратой ими своего значения, такие ценности по решению суда могут быть изъяты у собственника путем выкупа государством или продажи с публичных торгов».

Иначе говоря, когда законодатель в иных статьях говорит о публичных торгах, он имеет в виду обычные торги по принудительной продаже чужого имущества, проводимые в обязательном порядке. Вопрос о том, применяются ли к ним вступившие в силу с 1 июня 2015 г. нормы комментируемой статьи о публичных торгах, некоторое время был спорным. В связи с этим в п. 1 комментируемой статьи благодаря поправке, вступившей в силу 4 июля 2016 г., к категории публичных торгов отнесены не только торги, проводимые в целях исполнения судебных решений и исполнительных документов в рамках исполнительного производства, но и иные торги, поименованные в качестве публичных законом. Иначе говоря, применение правил комментируемой статьи о публичных торгах становится возможным и в тех случаях, когда торги не связаны с реализацией исполнительных документов и решений судов, но прямо обозначены как публичные в специальных нормах закона.

2. Комментируемая норма определяет организатора публичных торгов. В случаях, когда публичные торги проводятся в целях исполнения исполнительных документов

и решений судов, функции по реализации имущества, арестованного во исполнение судебных решений или актов органов, которым предоставлено право принимать решения об обращении взыскания на имущество, осуществляет Росимущество.

2.1. Реализация имущества должника путем публичной продажи производится уполномоченным органом от имени государства. Полномочия государственных органов по реализации имущества должника основаны на законе и не производны от полномочий собственника. Если по общему правилу для организатора торгов возможно лишь договорное представительство или иная форма посредничества, основанная на договоре (п. 2 ст. 447 ГК РФ), то исключением из этого правила как раз и являются публичные торги, где продавцом является лицо, которому такое право предоставлено законом. В этом случае организатор торгов непосредственно выступает в качестве продавца имущества, реализуемого на публичных торгах. Так, согласно п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101 собственник имущества, отчуждаемого в порядке публичных торгов, «не является стороной договора купли-продажи, заключенного с лицом, выигравшим публичные торги».

2.2. Территориальные управления Росимущества проводят публичные торги не только в ходе исполнительного производства, но и при реализации заложенного имущества (движимого или недвижимого). В обоих случаях применяются правила процессуального законодательства (п. 1 ст. 57 Закона об ипотеке). Управления Росимущества вправе передать свои полномочия по проведению публичных торгов другому физическому или юридическому лицу, отобранному в соответствии с требованиями Закона о контрактной системе¹. С организатором торгов заключается государственный контракт на оказание услуг по реализации арестованного имущества, хотя, по нашему мнению, взаимоотношения заказчика и организатора торгов могут охватываться моделью посреднического договора.

На практике подобные отношения иногда именуют аккредитацией, что в буквальном смысле не совсем верно, хотя и соответствует сущности взаимоотношений территориальных управлений Росимущества и соответствующих физических и юридических лиц – организаторов торгов.

Обратная процедура поручения полномочий по организации и проведению торгов вряд ли возможна. Допустим, если взыскание на предмет ипотеки обращается не по решению суда, а на основании соглашения сторон, залогодержатель не может привлечь в качестве организатора торгов территориальное управление Росимущества или его поверенных. Они выполняют свои полномочия только на основании исполнительных документов, а соглашение сторон к таковым не относится².

2.3. В тех случаях, когда торги квалифицируются в качестве публичных в силу прямого указания в законе, но не связаны с исполнением решения суда или испол-

¹ Соглашение ФССП России № 0001/13, Росимущества № 01-12/65 от 30 апреля 2015 г. «О взаимодействии Федеральной службы судебных приставов и Федерального агентства по управлению государственным имуществом по вопросам организации продажи имущества, арестованного во исполнение судебных решений или актов органов, которым предоставлено право принимать решения об обращении взыскания на имущество».

² Похожий случай был приведен в п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101.

нительного документа, функции организатора торгов выполняют государственный орган или орган местного самоуправления, указанные в законе.

3. В комментируемой норме говорится о том, что на торгах вправе присутствовать должник, взыскатели и лица, имеющие права на продаваемое имущество. Возможность присутствия на торгах позволяет этим заинтересованным лицам своевременно узнать о нарушениях процедуры и оспорить торги при выявлении нарушений. В превентивном же плане присутствие таких лиц на торгах снижает вероятность допущения нарушения процедуры проведения торгов.

Схожим образом в п. 5 ст. 57 Закона об ипотеке также описывается порядок присутствия «публики» на публичных торгах. Правда, на них могут присутствовать любые лица, а не только непосредственно участники публичных торгов. Во всяком случае, речь идет о лицах, имеющих права пользования или вещные права на заложенное имущество, а также о залогодержателях по последующим ипотекам. Ограничения могут быть установлены органами местного самоуправления в целях поддержания общественного порядка.

Хотя логика комментируемой нормы в целом понятна, ее значение не стоит преувеличивать. Должник или взыскатель, воспользовавшиеся своим правом присутствия на публичных торгах, на которых реализуется имущество должника, не наделены какими-то правами или правовыми возможностями непосредственно влиять на процесс торгов. Торги являются специальной юридической процедурой, опосредующей процесс заключения договора. Круг участников самой юридической процедуры торгов, ее субъектный состав строго ограничен организатором и участниками торгов, только они обладают правами и обязанностями, сопряженными с организацией и проведением торгов. Остальные же лица на торгах могут быть лишь зрителями. Таким образом, присутствие или отсутствие на публичных торгах взыскателя или должника вряд ли может оказать непосредственное влияние на легальность самой процедуры торгов. Сомнительно, что недопуск таких лиц на торги сам по себе может быть признан существенным нарушением порядка проведения торгов, оправдывающим признание торгов недействительными.

4. Комментируемая норма определяет требования к извещению о проведении публичных торгов, отсылая к п. 2 ст. 448 ГК РФ, а также содержит два дополнительных требования к извещению: 1) оно должно быть размещено на сайте организатора торгов, 2) в нем должно содержаться указание на собственника продаваемого имущества.

Вместе с тем Закон об исполнительном производстве также регулирует порядок информационного обеспечения публичных торгов. В частности, специализированная организация обязана в 10-дневный срок с момента получения имущества должника по акту приема-передачи размещать информацию о реализуемом имуществе в информационно-телекоммуникационных сетях общего пользования, а об имуществе, реализуемом на торгах, — также в печатных СМИ (ч. 1 ст. 87 Закона об исполнительном производстве). Однако законодательством не предусмотрено, что информационное сообщение о торгах должно быть опубликовано в конкретном СМИ с конкретным тиражом. Кроме того, извещение о проведении торгов должно быть размещено на официальном сайте www.torgi.gov.ru (ч. 3 ст. 90 Закона об исполнительном производстве, постановление Правительства РФ от 10 сентября 2012 г. № 909 «Об определении

официального сайта Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для размещения информации о проведении торгов и внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации»).

В своих постановлениях от 28 февраля 2012 г. № 14850/11 и от 5 апреля 2012 г. № 16311/11 Президиум ВАС РФ пояснил, что факт обнародования печатного извещения о торгах должен подтверждаться наличием обязательного экземпляра периодического печатного издания в Российской книжной палате (ст. 4, п. 2 ст. 7 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов»).

Как отметил Пленум ВС РФ в Постановлении от 17 ноября 2015 г. № 50, порядок опубликования информации о публичных торгах считается соблюденным при одновременном выполнении требований ч. 3 ст. 90 Закона об исполнительном производстве и п. 4 ст. 449¹ ГК РФ, а в отношении заложенного недвижимого имущества — дополнительно и требований п. 3 ст. 57 Закона об ипотеке.

5. В комментируемой норме установлен запрет на участие в публичных торгах должника, организаций, на которые возложены оценка и реализация имущества должника, и работников указанных организаций, должностных лиц органов государственной власти, органов местного самоуправления, чье участие в торгах может оказать влияние на условия и результаты торгов, а также членов семей соответствующих физических лиц.

Комментируемая норма содержит запрет, похожий на требования п. 4 ч. 1 ст. 17 Закона о защите конкуренции, однако по своему содержанию он значительно шире. В Законе о защите конкуренции установлен запрет участия в торгах для двух категорий лиц: организатора и заказчика торгов, а также их работников. В свою очередь, комментируемая норма указывает должника, оценщика, должностных лиц органов государственной власти и местного самоуправления, а также членов их семей. Очевидно, что установление подобного запрета направлено на обеспечение справедливого соперничества между участниками торгов, воспрепятствование тому, чтобы сущность торгов не была выхолощена.

Вероятно, допуск к участию в торгах перечисленных лиц может быть квалифицирован как существенное нарушение правил проведения торгов, влекущее признание их недействительными, как минимум, если такие лица выиграли торги или составляли основную часть участников торгов. Однако нельзя не отметить, что организатор публичных торгов будет находиться в весьма затруднительном положении, потому что установить членов семей лиц, перечисленных в комментируемой норме, на этапе приема и допуска заявок практически невозможно.

6. Комментируемая норма содержит требования к содержанию протокола о результатах публичных торгов: в нем должны быть указаны все участники торгов, а также предложения о цене, которые они вносили. В Законе об исполнительном производстве норм, детализирующих содержание протокола и требований к его оформлению, нет. Представляется, что оформление протокола о результатах публичных торгов должно осуществляться также с учетом требований п. 6 ст. 448 ГК РФ.

7. Комментируемая норма устанавливает последствия неуплаты победителем торгов покупной цены в установленный срок. В такой ситуации договор с побе-

дителям торгов считается незаключенным, а торги признаются несостоявшимися. В п. 4 ст. 91 Закона об исполнительном производстве и подп. 3 п. 1 ст. 58 Закона об ипотеке было ранее закреплено признание торгов несостоявшимися. Так что в этой части данная новелла ГК РФ развивает нормы прежнего законодательства. Но про незаключенность договора речь в этих законах не шла. Таким образом, здесь ГК РФ идет дальше смысла норм специального законодательства.

Кроме того, согласно прямому указанию в комментируемой норме организатор торгов также вправе требовать от лица, не исполнившего свои договорные денежные обязательства, возмещения причиненных ему убытков.

7.1. Эта норма сформулирована несколько неверно, так как она демонстрирует смешение таких понятий, как «торги» и «договор, заключенный по результатам торгов». Исходя из конструкции, предусмотренной комментируемой нормой, при неисполнении заключенного на торгах договора ни торгов, ни самого договора будто бы не было. Хотя в действительности и торги были, и договор был заключен, однако по каким-то причинам покупателем он не был исполнен. В действительности признание торгов несостоявшимися не связано с какими-либо нарушениями их процедуры или общих норм законодательства (здесь следовало бы говорить о недействительности торгов) и тем более не может быть связано с нарушениями заключенных на основании торгов договоров. Несостоятельность торгов обусловлена исключительно отсутствием состязательности, так как участник торгов всего один либо участников нет вовсе, либо они занимают пассивную позицию, не делая надбавок к начальной цене (ч. 3 ст. 91 Закона об исполнительном производстве).

Кроме того, идущим вразрез с теорией обязательственного права представляется указание на то, что неисполненный покупателем договор следует считать незаключенным. Незаключенность договора никак не может зависеть от его исполнения, если только законодатель не имел в виду, что договор продажи имущества на публичных торгах является реальным договором и считается заключенным в момент внесения покупной цены. Может быть, законодатель имел в виду именно реальный характер такого договора? На этот вопрос, видимо, следует ответить отрицательно, так как тут же закон указывает на то, что лицо, выигравшее торги, заключившее договор и не внесшее оплату по нему, обязано возместить убытки. Из этого следует, что обязательство по оплате, по мысли законодателя, все-таки возникает, иначе непонятно, в связи с нарушением какого права взыскиваются убытки.

Но если покупатель возмещает убытки в связи с нарушением права, то как это совместимо с тем, что договор признается незаключенным? Ведь последнее означает, что никакого обязательства и вытекающего из него права на получение оплаты нет. Какова природа этой ответственности? Применимы ли здесь положения ст. 393 ГК РФ о возмещении убытков, вызванных неисполнением обязательства, или речь должна идти о какой-то особой форме внедоговорной ответственности? Представляется, что выбранный законодателем подход исключает возможность взыскания с покупателя неустойки, а также применения иных способов обеспечения. Остается также неясным, какая по длительности просрочка в оплате может привести к признанию договора незаключенным.

7.2. В ситуации нарушения заключенного на публичных торгах договора следовало бы говорить о расторжении договора и необходимости проведения повторных

торгов, но не потому, что первые не состоялись, а именно по специальному основанию — неисполнение и последующее расторжение договора, ранее заключенного на первоначальных торгах. Такой подход позволил бы обосновать иск об убытках общими правилами о договорной ответственности, применить к покупателю неустойку, реализовывать иные способы обеспечения на случай просрочки, а также обосновать применение правил ГК РФ о расторжении договора и его последствиях (например, о существенности нарушения как основании для расторжения).

Глава 29. ИЗМЕНЕНИЕ И РАСТОРЖЕНИЕ ДОГОВОРА

Статья 450. Основания изменения и расторжения договора

1. Изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами или договором.

Многосторонним договором, исполнение которого связано с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, может быть предусмотрена возможность изменения или расторжения такого договора по соглашению как всех, так и большинства лиц, участвующих в указанном договоре, если иное не установлено законом. В указанном в настоящем абзаце договоре может быть предусмотрен порядок определения такого большинства.

2. По требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда только:

- 1) при существенном нарушении договора другой стороной;
- 2) в иных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами или договором.

Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

3. Утратил силу с 1 июня 2015 года.

4. Сторона, которой настоящим Кодексом, другими законами или договором предоставлено право на одностороннее изменение договора, должна при осуществлении этого права действовать добросовестно и разумно в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами или договором.

Комментарий

1. Согласно п. 1 ст. 450 ГК РФ стороны договора вправе расторгнуть или изменить договор своим соглашением, если иное не предусмотрено законом или договором. Расторжение или изменение договора влечет прекращение или изменение на будущее возникших из договора обязательств (п. 1–2 ст. 453 ГК РФ).

1.1. Указание в данной норме на то, что изменение и расторжение договора по соглашению сторон может быть заблокировано самим договором, вызывает определенные сомнения. Ведь условие о недопустимости расторжения или изме-

нения договора по соглашению сторон может быть исключено из договора по тому же соглашению, которое меняет иные условия или влечет расторжение. Таким образом, стороны не могут ограничить свою волю расторгнуть договор или изменить его по соглашению.

1.2. О форме соглашения об изменении или расторжении договора см. комментарий к п. 1 ст. 452 ГК РФ.

1.3. Согласно абз. 2 п. 1 ст. 450 ГК РФ в многостороннем договоре, всеми сторонами которого являются лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, может быть предусмотрено, что его расторжение или изменение допускается по воле большинства его сторон. Из этого вытекает, что по общему правилу для расторжения или изменения многостороннего договора требуется согласие всех его сторон.

В тех же случаях, когда многосторонний договор допускает его расторжение (изменение) по согласию большинства, по общему правилу большинство должно определяться стандартным способом: простое большинство с подсчетом по принципу «одна сторона – один голос». Но договор может предусматривать и иные принципы определения большинства. Так, например, стороны могут согласовать необходимость квалифицированного большинства (например, $\frac{2}{3}$ или $\frac{3}{4}$). Кроме того, возможно и отступление от принципа «одна сторона – один голос». Так, в акционерном соглашении или соглашении участников ООО может быть предусмотрено, что большинство будет определяться по количеству принадлежащих участникам такого договора акций (или соразмерно долям участников ООО). Ставить под сомнение такое проявление свободы договора нет необходимости в условиях, когда в таких коммерческих договорах стороны могут согласовать в принципе право одностороннего отказа от договора или его изменения (п. 2 ст. 310, ст. 450¹ ГК РФ). Как известно, при толковании правовых норм следует исходить из принципа *a fortiori*: если позволено большее, то, тем более, позволено и меньшее.

1.4. Согласно судебной практике расторгнуть или изменить по соглашению сторон, в судебном порядке или в форме одностороннего отказа можно лишь действительный договор. Если договор недействителен (ничтожен или признан недействительным), нет того правового эффекта, который стороны желают изменить или прекратить на будущее (Определение КГД ВС РФ от 25 июня 2013 г. № 18-КГ13-42). В то же время если речь идет лишь об оспоримой сделке, то соглашение сторон о ее изменении или расторжении до момента признания ее действительной вполне возможно, так как оспоримая сделка действительна, пока она не признана судом недействительной. Впрочем, изменение или расторжение оспоримого договора в такой ситуации само по себе не является абсолютным препятствием к его оспариванию, если только нет оснований волеизъявление соответствующей оспаривающей договор стороны на изменение или расторжение договора квалифицировать в качестве ратификации оспоримой сделки по правилам п. 2 ст. 166 и п. 2 ст. 431¹ ГК РФ.

1.5. Спорным в судебной практике является вопрос о возможности расторжения или изменения договора, обязательства по которому всех его сторон ранее прекратились надлежащим исполнением или по иным основаниям. С учетом того что расторжение или изменение договора в силу ст. 453 ГК РФ направлены на прекращение или изменение обязательств или иных прав и обязанностей сторон, многие

суды делают вывод о том, что после прекращения всех взаимных обязательств сторон по предусмотренным в законе или договоре основаниям нет оснований для расторжения или изменения договора (п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 ноября 1997 г. № 21). Такой подход вполне оправдан в случаях, когда договор расторгается по инициативе одной из сторон в судебном порядке или в форме одностороннего отказа и при этом стороны в расторгаемом или изменяемом договоре не предусмотрели возможность расторжения или изменения исполненного договора. В то же время если речь идет о расторжении или изменении договора по соглашению сторон, которое содержит прямую оговорку о ретроактивности (по аналогии с ретроактивной оговоркой, допускаемой п. 2 ст. 425 ГК РФ), запрет на ретроактивное изменение или расторжение договора, обязательства из которого всех его сторон ранее прекратились, заслуживает отдельного обоснования. Вопрос этот в российском праве не разработан. В то же время из п. 4 ст. 453 ГК РФ следует, что в соглашении сторон может быть предусмотрен двусторонний возврат того, чем стороны успели обменяться до расторжения (изменения). См. комментарий к п. 4 ст. 453 ГК РФ. Расторжение или изменение договора возможно не только в форме заключения соответствующего соглашения, но и в судебном порядке (п. 2 ст. 450 ГК РФ), но также и в форме одностороннего отказа от договора или от его изменения, если такие отказ или изменение допущены законом или договором (ст. 450¹ ГК РФ). Иначе говоря, соглашение сторон, судебное расторжение (изменение) или односторонний отказ (изменение) являются альтернативными и признаваемыми в российском праве способами осуществить расторжение или изменение договора.

Кроме того, изменение или расторжение договора может быть результатом наступления включенного в договор или установленного в законе условия (в случае с расторжением – отменительного, в случае с изменением – отлагательного). В подобного рода случаях договор расторгается или изменяется автоматически при наступлении соответствующего условия. Подробнее о таком способе расторгнуть или изменить договор и о некоторых ограничениях в отношении возможности его реализации см. комментарий к п. 2 настоящей статьи.

2. Согласно п. 2 ст. 450 ГК РФ расторжение или изменение договора по требованию одной из сторон в судебном порядке возможно в случаях, предусмотренных в законе или договоре, а также при существенном нарушении договора другой стороной.

2.1. Указание в договоре на право требовать расторжения или изменения договора без прямой отсылки к судебной процедуре такого расторжения или изменения должно толковаться судом как указание на необходимость соблюдения судебной процедуры расторжения/изменения (Постановление Президиума ВАС РФ от 20 октября 2011 г. № 9615/11).

2.2. Упоминание в п. 2 ст. 450 ГК РФ права кредитора требовать изменения договора в случае его существенного нарушения должником требует некоторых уточнений. Кредитор не вправе требовать произвольного изменения тех или иных договорных условий в ответ на нарушение договора должником. Право требовать изменения договора возникает в строго ограниченных случаях, когда такое изменение соответствует природе отношений. И даже в таких случаях принято говорить скорее о частичном расторжении. По сути, речь идет только о двух случаях.

Во-первых, при исполнении должником лишь части своих обязательств кредитор вправе ставить перед судом вопрос о прекращении обязательств в неисполненной части. В такой ситуации неисполненная часть обязательств прекращается (т.е. имеет место частичное расторжение), но в отношении всего объема исполнения по договору происходит фактическое изменение. Иными словами, в такой ситуации можно говорить как о пропорциональном расторжении договора в части, так и об изменении договора. Обычно в практике используется первое обозначение.

Во-вторых, при нарушении своих обязательств лицом, получившим имущество по договорам займа, кредита, вклада, аренды или ссуды и обязанным вернуть его по истечении срока договора, другая сторона обычно желает потребовать досрочного возврата этого имущества. Такой иск, по сути, направлен на изменение условий договора о сроке использования полученного имущества. Но и в таком случае в законе и обороте (за исключением, пожалуй, случая с займом или кредитом) принято говорить скорее о расторжении договора (например, расторжение договора аренды по ст. 619 ГК РФ). Подробнее см. комментарий к ст. 453 ГК РФ.

2.3. Пункт 2 ст. 450 ГК РФ определяет также и понятие существенного нарушения – универсального основания для расторжения договора. Это понятие было в свое время скопировано в ГК РФ почти дословно из ст. 25 Венской конвенции и знакомо актам международной унификации частного права (ст. III.-3:502 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.3.1 Принципов УНИДРУА). Данное определение указывает на то, что далеко не всякое нарушение договора дает пострадавшей стороне право требовать его расторжения (или изменения); нарушение должно быть достаточно серьезным, чтобы с точки зрения принципа соразмерности оправдывать такую санкцию, как расторжение (изменение) договора. Ведь в ряде случаев расторжение договора может влечь для нарушителя куда большие деструктивные последствия, чем применение к нему обычных мер ответственности. При оценке существенности нарушения суд должен оценивать весь комплекс обстоятельств, пытаясь соизмерить такую радикальную санкцию, как расторжение договора, с последствиями и характером нарушения и найти наиболее справедливое решение. Суд, в частности, может учитывать размер убытков, которые нарушение причиняет кредитору; утрату доверия к должнику и к его способности исполнять договор в будущем; объективную утрату интереса в реальном исполнении договора; недобросовестный и умышленный характер нарушения договора; те убытки, которые расторжение договора может причинить нарушителю; частичную вину кредитора в нарушении договора должником и т.п. Анализ некоторых факторов, которые среди прочего следует учитывать при оценке существенности нарушения, см. в Постановлении Президиума ВАС РФ от 12 апреля 2011 г. № 12363/10. Факторы, которые судам следует учитывать при оценке существенности нарушения, приводятся также в п. 2 ст. 7.3.1 Принципов УНИДРУА.

При этом следует учитывать, что никакой связи между существенными условиями договора и существенным его нарушением нет. Это абсолютно разные правовые институты, выполняющие различные функции. Критерий существенности нарушения подразумевает учет самого характера нарушения, его последствий и соразмерности расторжения в качестве реакции на такое нарушение. Доктрина же существенных условий служит решению вопроса о заключенности договора и достаточной его полноте (см. комментарий к ст. 432 ГК РФ). Соответственно, существенное усло-

вие может быть нарушено несущественно, а несущественное условие – нарушено существенно.

Критерий существенности нарушения применим в равной степени как в случае судебного расторжения договора, так и при реализации пострадавшей стороной предусмотренного в законе или в договоре права на отказ от нарушенного договора (за исключением случаев, когда специальные нормы закона или условия договора прямо и недвусмысленно исключают применение этого критерия). Подробнее см. комментарий к ст. 450¹ ГК РФ.

2.4. Бремя доказывания существенности нарушения возлагается на ту сторону, которая инициирует расторжение договора в форме судебного иска (Определение КГД ВС РФ от 3 апреля 2001 г. № 18-В01-12). В случае если сторона отказалась от договора в одностороннем порядке, но впоследствии в суде возник спор о правомерности такого отказа, существенность нарушения доказывается стороной, отказавшейся от договора.

2.5. Расторжение договора (будь то в форме судебного расторжения или одностороннего отказа от договора) не является мерой ответственности. Поэтому здесь неприменимы основания освобождения от ответственности (ст. 401 ГК РФ). Кредитор вправе требовать расторжения нарушенного договора или отказаться от такого договора в одностороннем порядке и тогда, когда должник освобождается от ответственности в связи с отсутствием вины или наличием обстоятельств непреодолимой силы. Неприменение к расторжению договора оснований освобождения от ответственности широко признано в международных актах унификации частного права (п. 4 ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. III.-3:101 и п. 3 ст. III.-3:104 Модельных правил европейского частного права, п. 5 ст. 79 Венской конвенции 1980 г.). Этот же подход закреплен и в п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

В то же время фактор освобождения должника от ответственности за нарушение может оцениваться среди прочих обстоятельств при определении существенности нарушения. При этом если нарушение договора причиняет кредитору убытки, фактор освобождения должника от ответственности свидетельствует скорее в пользу существенности нарушения и обоснованности расторжения, так как сохранение договора в силе будет провоцировать возникновение у кредитора все новых и новых убытков, которые он не сможет возместить за счет должника, освобождаемого от ответственности по правилам ст. 401 ГК РФ.

2.6. Приведенное в п. 2 ст. 450 ГК РФ понятие существенного нарушения является неполной калькой с определения существенного нарушения, которое приводится в ст. 25 Венской конвенции 1980 г. Отличие состоит в том, что согласно Венской конвенции деструктивные последствия нарушения договора должны быть предвидимы должником. В то же время ГК РФ не предусматривает критерия предвидимости. Если ущерб, причиненный нарушением договора кредитору, и утрата им в значительной степени того, на что он был вправе рассчитывать при заключении договора, не могли быть предвидимы должником, российский закон все равно дает кредитору право требовать расторжения или изменения договора. В то же время представляется, что фактор непредвидимости должником возникновения у кредитора негативных последствий нарушения (например, возникновения значительных убытков или утраты интереса к исполнению договора)

может оцениваться судом наряду с другими обстоятельствами при определении существенности нарушения.

2.7. При оценке существенности нарушения суд должен принять в расчет то обстоятельство, что нарушение могло произойти исключительно или преимущественно в связи с нарушением тех или иных обязанностей другой стороной или недобросовестным ее поведением. В такой ситуации расторжение договора по причине формального нарушения договора первой стороной противоречило бы принципам разумности, справедливости и добросовестности. К аналогичному результату приводит и применение ст. 7.1.2 Принципов УНИДРУА и п. 3 ст. III.-3:101 Модельных правил европейского частного права.

2.8. Норма п. 2 ст. 450 ГК РФ не исключает право сторон своим соглашением уточнить критерии существенности нарушения (например, установив, какая по длительности просрочка рассматривается как существенное нарушение). Также стороны вправе исключить данный критерий вовсе, установив право требовать расторжения при малейшем нарушении договора. Этот вывод вытекает из того, что закон (п. 2 ст. 310 ГК РФ) допускает право сторон договориться о возможности вовсе немотивированного отказа от договора (за исключением включения в договор условия о праве на немотивированный отказ предпринимателя в договоре с непредпринимателем). С учетом этого ставить в контексте как минимум сугубо коммерческого договора под сомнение куда менее жесткое условие о праве на расторжение (судебное или в форме одностороннего отказа) при малейшем нарушении договора (например, любой по продолжительности просрочке) никак нельзя.

Куда более спорными являются вопросы о том, не следует ли в таких случаях исключать применение в качестве последствий расторжения правил о взыскании с нарушителя в пользу расторгающей договор стороны убытков, вызванных расторжением существенным образом нарушенного им договора (п. 5 ст. 453 и ст. 393¹ ГК РФ), а также о том, не следует ли применять в таких случаях предусмотренные некоторыми специальными нормами закона последствия немотивированного отказа от договора (например взыскание с отказавшейся стороны убытков в пользу другой стороны по правилам ст. 717 или 782 ГК РФ). Подробнее об этом см. комментарий к ст. 453 ГК РФ.

2.9. Могут ли стороны вовсе исключить в договоре право кредитора расторгнуть договор при объективно существенном нарушении? Думается, что жестко запрещать такое проявление свободы договора не стоит. В ряде конкретных случаев такое условие может быть вполне адекватным, например, если договор блокирует право продавца расторгнуть договор в связи с просрочкой в оплате поставленного им товара и оставляет продавцу лишь возможность взыскать денежный долг. Но в ряде других случаев такое условие договора может грубо нарушать справедливый баланс интересов сторон и являться абсолютно аномальным в контексте всего комплекса договорных условий, заставляя кредитора вечно ожидать надлежащего исполнения. Такая ситуация имеет, в частности, место тогда, когда договор пытается запретить заказчику, внесшему предоплату, расторгать договор в ответ на любую по продолжительности просрочку в выполнении работ. Иск о принуждении к выполнению работ во многих случаях будет «заблокирован» (см. комментарий к ст. 308³ ГК РФ) и в целом является крайне неудобным способом защиты права заказчика; в таких условиях блокирование права на расторжение фактически оставляет заказчика

без эффективных способов защиты своих прав, вынуждая заказчика находиться в противоестественном положении вечного ожидания исполнения договора со стороны подрядчика. В такого рода случаях подобное условие о запрете расторжения существенно нарушенного договора может быть признано судом ничтожным на основании ст. 10 или 169 ГК РФ. При этом представляется, что аннулирование такого условия оправдано как в отношении договора, при заключении которого имелось явное неравенство переговорных возможностей, так и в отношении любых иных договоров. Степень аномальности такого условия достаточно высока, чтобы ограничить свободу договора без оглядки на статус контрагентов и обстоятельства заключения договора.

2.10. В ряде случаев специальные нормы закона устанавливают в качестве основания для расторжения требование о предоставлении должнику дополнительного разумного срока (в немецком праве именуемое *Nachfrist*). Например, п. 2 ст. 480 или ст. 619 ГК РФ указывают на необходимость предъявления нарушителю договора требования об устранении нарушения договора в разумный срок прежде, чем кредитор получит право расторгнуть договор. Без соблюдения этой формальной процедуры кредитор в указанных случаях не сможет расторгнуть договор. Если нарушитель устранил нарушение в отведенный ему разумный срок, расторжение договора заблокировано (п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. № 14).

В ряде случаев из закона следует, что предъявление кредитором требования об устранении нарушения в дополнительный разумный срок может выступать в качестве альтернативы критерию существенности нарушения (п. 3 ст. 723 ГК РФ). Здесь кредитор вправе расторгнуть договор либо при существенности и объективной неустранимости нарушения как такового, либо при неустранении должником нарушения в дополнительный разумный срок, предоставленный ему кредитором.

Предоставление должнику дополнительного срока на устранение нарушения не изменяет сроки исполнения обязательства, не отменяет факт нарушения должником договора и не освобождает его от ответственности. На это указывает, в частности, п. 2 ст. 47 и п. 2 ст. 63 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, а также ст. 7.1.5 Принципов УНИДРУА. Причем этот вывод актуален как для случаев, когда установление дополнительного срока предписано законом, так и для иных случаев, когда кредитор, столкнувшийся с нарушением, предоставляет нарушителю дополнительный разумный срок для устранения нарушения во всех иных случаях. В качестве примера возникновения спора в отношении данного вопроса о значении таких требований кредиторов в российских судах см. Постановление Президиума ВАС РФ от 17 декабря 2013 г. № 12945/13.

Правовой эффект предоставления дополнительного срока состоит в том, что для кредитора соблюдение этой формальности с точки зрения положений закона в ряде случаев может быть условием для последующего расторжения договора, а для должника — гарантией того, что кредитор в отведенный должнику разумный срок договор расторгать не будет и будет готов принять исполнение от должника. Такая гарантия позволяет должнику спокойно прилагать усилия к устранению нарушения, не опасаясь, что с ним расторгнут договор в момент, когда он потратит на попытку устранить нарушение значительные средства и силы. Утрата кредитором права на расторжение договора в период, дополнительно отведенный им должнику для устранения нарушения, очевидно вытекает из принципа эстоп-

пель и ст. 10 ГК РФ, а также отражена в п. 2 ст. 63 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, п. 2 ст. 7.1.5 Принципов УНИДРУА и п. 2 ст. III.-3:103 Модельных правил европейского частного права.

При этом нарушитель договора сам может запросить у кредитора дополнительный разумный срок на устранение нарушения. Если кредитор ответит согласием или установит иной срок, должны применяться правила, установленные выше. В то же время российский закон не знает правила, установленного в п. 2 ст. 48 Венской конвенции 1980 г., согласно которому в случае получения от должника такого запроса на предоставление дополнительного разумного срока молчание кредитора расценивается как согласие на его установление. Такое правило могло бы применяться судами даже при разрешении споров между российскими контрагентами по аналогии закона с учетом того, что Венская конвенция 1980 г. является частью российского права.

Не знает отечественное право и правил, обязывающих кредитора принять предложение должника устранить в разумный срок допущенный дефект в предоставленном исполнении, которые предусмотрены в ст. III.-3:201, ст. III.-3:204 Модельных правил европейского частного права. В то же время, видимо, подобное ограничение на право немедленно расторгнуть договор при выявлении дефектов в полученном от должника предоставлении и обязанность кредитора принять предложение должника устранить нарушение (например, исправить дефект в товаре или заменить бракованный товар) может быть выведено из п. 3 ст. 1 ГК РФ и п. 3 ст. 307 ГК РФ. Безусловно, при применении такого правила следует учитывать все обстоятельства дела (срок, в течение которого должник выразил готовность устранить нарушение; вопрос о том, истек или не истек срок, в течение которого должник должен был предоставить исполнение; возможную утрату кредитором интереса к договору; недобросовестный характер поведения самого должника, осуществившего ненадлежащее исполнение осознанно, и т.п.).

Положения, так или иначе увязывающие право кредитора на расторжение договора с предоставлением должнику дополнительного разумного срока для устранения нарушения, часто встречаются и в договорах (Постановление Президиума ВАС РФ от 11 сентября 2012 г. № 3378/12).

Остается только отметить, что в тех случаях, когда ни закон, ни договор не упоминают механизм установления дополнительного разумного срока для устранения нарушения в контексте оснований для расторжения, добровольное соблюдение кредитором данной процедуры и неустранение должником нарушения в такой срок (и тем более прямой отказ устранять нарушение) должны оцениваться судом как один из факторов, свидетельствующих в пользу существенности нарушения и оправданности расторжения договора.

Указанные выше разъяснения в отношении установления дополнительного разумного срока применимы и к тем случаям, когда договор расторгается не в судебном порядке, а в форме одностороннего отказа от договора.

2.11. Право контрагента на расторжение нарушенного договора в судебном порядке может быть заблокировано в ситуации, когда кредитор, столкнувшись с нарушением договора и осознавая наличие у себя права на инициацию расторжения договора, ведет себя таким образом, что это недвусмысленно свидетельствует о его намерении сохранить договор (в частности, не предъявляет иск о расторжении договора в суд

в течение разумного срока после того, как он столкнулся с ненадлежащим исполнением). Подробнее см. комментарий к п. 5 ст. 450¹ ГК РФ.

2.12. Несмотря на то что п. 2 ст. 450 ГК РФ в качестве общего правила устанавливает судебный порядок расторжения договора при его нарушении, в реальности у пострадавшего от нарушения кредитора в большинстве случаев имеется возможность отказаться от договора в одностороннем порядке, так как ряд общих норм закона (п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405 ГК РФ, см. комментарий к соответствующим статьям), а также множество специальных норм закона (ст. 475, 523, 715, 723 ГК РФ и т.п.), а нередко и договор дают ему такое право. Подробнее см. комментарий к ст. 450¹ ГК РФ. При этом отмеченные выше подходы к толкованию ст. 450 ГК РФ в отношении оснований расторжения нарушенного договора (применительно к существенному нарушению и значению требования об устранении нарушения в дополнительный разумный срок) в полной мере применимы и к одностороннему отказу от договора, когда он допускается законом или договором.

2.13. В тех случаях, когда специальные нормы закона устанавливают судебный порядок расторжения договора и эти нормы имеют диспозитивный характер, стороны вправе своим соглашением установить право на односторонний отказ от договора (ст. 450¹ ГК РФ). В частности, стороны договора аренды могут установить право арендодателя отказаться от договора, отступив тем самым от специального правила ст. 619 ГК РФ о судебном порядке расторжения (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 сентября 2008 г. № 5782/08, п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66, Определение КЭС ВС РФ от 1 сентября 2016 г. № 306-ЭС16-3858). Если же специальные правила о судебном порядке расторжения квалифицируются судами в качестве императивных, отступление от этих правил и согласование одностороннего отказа от договора не должны допускаться.

2.14. Нормы п. 2 ст. 450 ГК РФ не исключают права сторон указать в договоре на то, что при наступлении тех или иных обстоятельств (в том числе при определенном нарушении договора) договор будет считаться расторгнутым или измененным автоматически. В таком случае фактически в договор включено условие, наступление которого прекращает (изменяет) договор.

Ранее такая возможность применительно к варианту автоматическому расторжению иногда ставилась судами под сомнение; суды были склонны видеть в таких условиях не отменительное условие, влекущее автоматическое прекращение договора, а оговорку о праве на отказ от договора при наступлении указанных обстоятельств (п. 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. № 75, Постановление Президиума ВАС РФ от 18 мая 2010 г. № 1059/10). В других актах ВАС РФ был отражен обратный, либеральный подход, допускающий такие условия об автоматическом прекращении договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 августа 2002 г. № 10254/01). В последнем по времени акте высших судов по указанному вопросу также была прямо признана возможность таких отменительных условий (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2012 г. № 7454/12).

Представляется, что свобода договора в этом аспекте должна быть признана. В то же время такое условие следует признать правомерным без каких-либо сомнений тогда, когда указанное в договоре нарушение или иное условие, приводящее к автоматическому прекращению или изменению договора, носит такой характер,

что его фиксация не представляет для обеих сторон сложностей (например, просрочка определенной длительности во внесении предоплаты). Встречающиеся иногда в договорах (например, лицензионных) условия о том, что договор автоматически прекращается в случае любого его нарушения одной из сторон, вызывают серьезные сомнения с учетом того, что о многих нарушениях, допущенных одной из сторон, другая сторона может просто не знать. То же можно сказать и об иных подобных условиях, проверка наступления которого для обеих сторон крайне затруднена. В таких обстоятельствах может сложиться ситуация, когда условие наступит, договор автоматически прекратится или изменится, о чем одна из сторон (а иногда и обе) могут не знать долгое время. Представляется, что подобные условия носят достаточно аномальный характер и грубо нарушают баланс интересов сторон, ввергая договорные отношения в пучину неопределенности. Есть основания сомневаться в их соответствии общим пределам действия принципа свободы договора.

3. Пункт 3 ст. 450 ГК РФ утратил силу с 1 июня 2015 г.

4. Из п. 4 ст. 450 ГК РФ следует, что закон или договор могут предоставлять стороне договора право на одностороннее изменение условий договора.

В частности, положения закона (п. 2 ст. 811, ст. 813, п. 2 ст. 814 ГК РФ) о праве займодавца (банка) потребовать досрочного возврата суммы займа (кредита) при нарушении заемщиком своих обязательств фактически предоставляют займодавцу (банку) право на изменение условий договора о сроке возврата займа (кредита) (см. определения КГД ВС РФ от 10 марта 2015 г. № 20-КГ14-18; от 8 ноября 2011 г. № 46-В11-20; п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

4.1. При этом здесь не стоит забывать, что в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ условие договора, предоставляющее такое право, не может быть включено в договор между лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, и лицом, такую деятельность не осуществляющим, в пользу первого из таких лиц (см. также п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146, п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

4.2. Согласно п. 4 ст. 450 ГК РФ в тех случаях, когда в силу закона или договора одна из сторон имеет право на одностороннее изменение условий договора, она должна осуществлять это право разумно и добросовестно. Это требование вытекает в полной мере из п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307 ГК РФ. В частности, если договор дает банку право на одностороннее изменение процентной ставки по кредиту, банк не может осуществлять это право произвольно; повышение процентной ставки должно иметь какое-то убедительное экономическое обоснование (например, быть увязано с изменением средних процентных ставок по кредитам). То же ограничение может применяться и в случае реализации арендодателем установленного в договоре права в одностороннем порядке менять арендную плату (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, п. 22 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73).

В подобных случаях суд вправе не признавать изменение условий договора в той части, которая представляется приводящей к недобросовестности или неразумнос-

ти. Так, например, при реализации банком права на одностороннее повышение процентной ставки «суд отказывает во взыскании части процентов по кредитному договору в случае одностороннего, ничем не обусловленного непропорционального увеличения банком процентной ставки» (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Тут речь идет о том, что суд признает повышение процентов сверх того уровня, который представляется суду, разумным и добросовестным, ничтожным (п. 2 ст. 168 ГК РФ).

4.3. В силу положений ст. 327¹ и 157 ГК РФ право на одностороннее изменение договора может быть поставлено договором под отлагательное или отменительное условие: в этом случае само право изменить договор будет возникать при наступлении отлагательного условия или прекращаться при наступлении условия отменительного. В отличие от описанного выше случая с автоматическим изменением договора здесь под условие ставится не изменение договора как таковое, а возникновение или прекращение у одной из сторон секундарного (преобразовательного) права на одностороннее изменение. Соответственно, наступление условия не означает, что договор изменен; требуется еще и соответствующее волеизъявление управомоченной стороны. Например, договор может давать банку право повысить процентную ставку при условии увеличения ключевой ставки ЦБ РФ.

4.4. В силу того, что одностороннее изменение условий договора является сделкой (п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25), к последней применяются общие правила о сделках. В частности, изменение договора одной из сторон (в случаях, когда такое допускается законом или договором) может быть поставлено по воле данной стороны в силу ст. 157 ГК РФ под отлагательное условие. Это возможно как минимум тогда, когда такое условие зависит от поведения другой стороны или имеет такой характер, что для адресата такого заявления проверка наступления условия не составит никакого труда. Например, сторона может указать в заявлении об изменении договора о том, что такое изменение вступит в силу, если контрагент в указанный срок не устранит нарушение договора. Постановка заявления об изменении договора под условие, проверка наступления которого может вызвать затруднения для адресата такого заявления, не должна допускаться, так как это будет навязывать адресату правовую неопределенность. Постановка эффекта изменения договора под отменительное условие в силу природы односторонней сделки по изменению договора невозможна.

4.5. Кроме того, к односторонней сделке по изменению договора применимы правила ГК РФ о недействительности сделок. Так, например, одностороннее изменение условий договора может быть оспорено по правилам об оспаривании крупных сделок, сделок с заинтересованностью, по правилам ст. 174 ГК РФ или на основании пороков воли (ст. 178–179 ГК РФ).

При этом неправомерное изменение договора, совершенное при отсутствии достаточных правовых оснований, является ничтожным. В отношении такого отказа подлежит применению п. 2 ст. 168 ГК РФ в его расширительной интерпретации. Согласно положению данного пункта ничтожной является сделка, которая противоречит закону и одновременно нарушает права третьих лиц. Эта формулировка явным образом адресована в первую очередь двусторонним сделкам, так как только в такой ситуации лицо, не участвующее в сделке, является третьим лицом. В случае же сделки односторонней таким не участвующим в сделке лицом является сторо-

на, которой адресовано заявление об изменении договора. ВС РФ сформулировал де-факто тот же вывод в п. 51 Постановления Пленума от 23 июня 2015 г. № 25, указав, что при совершении односторонней сделки в ситуации, когда в силу закона или договора она не могла быть совершена, а также при несоблюдении требований к ее совершению такая сделка не влечет правовых последствий, на которые она была направлена. Ту же правовую позицию см. в п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. Соответственно, сторона договора, столкнувшаяся с неправомерным односторонним изменением договора, не обязана подавать иск об оспаривании такого изменения в суд и может сослаться на неправомерность такой односторонней сделки в форме возражения при рассмотрении любого спора из данного договора.

4.6. О праве на одностороннее изменение условий договора см. также комментарий к ст. 310 ГК РФ.

Статья 450¹. Отказ от договора (исполнения договора) или от осуществления прав по договору

1. Предоставленное настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором право на односторонний отказ от договора (исполнения договора) (статья 310) может быть осуществлено управомоченной стороной путем уведомления другой стороны об отказе от договора (исполнения договора). Договор прекращается с момента получения данного уведомления, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором.

2. В случае одностороннего отказа от договора (исполнения договора) полностью или частично, если такой отказ допускается, договор считается расторгнутым или измененным.

3. В случае отсутствия у одной из сторон договора лицензии на осуществление деятельности или членства в саморегулируемой организации, необходимых для исполнения обязательства по договору, другая сторона вправе отказаться от договора (исполнения договора) и потребовать возмещения убытков.

4. Сторона, которой настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором предоставлено право на отказ от договора (исполнения договора), должна при осуществлении этого права действовать добросовестно и разумно в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором.

5. В случаях, если при наличии оснований для отказа от договора (исполнения договора) сторона, имеющая право на такой отказ, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, последующий отказ по тем же основаниям не допускается.

6. Если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором, в случаях, когда сторона, осуществляющая предпринимательскую деятельность, при наступлении обстоятельств, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором и служащих основанием для осуществления определенного права по договору, заявляет отказ от осуществления этого права, в последующем осуществление этого права по тем

же основаниям не допускается, за исключением случаев, когда аналогичные обстоятельства наступили вновь.

7. В случаях, установленных настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором, правила пункта 6 настоящей статьи применяются при неосуществлении определенного права в срок, предусмотренный настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором.

Комментарий

1. Пункт 1 ст. 450¹ ГК РФ, вступивший в силу с 1 июня 2015 г., посвящен праву на односторонний отказ от договора. Из текста п. 1 ст. 450¹ ГК РФ вытекает, что такое право может быть предоставлено стороне законом, иными правовыми актами или договором.

1.1. Что касается закона или иных правовых актов, то тут можно выделить три основных разновидности таких норм. Во-первых, это нормы, дающие стороне право на отказ от договора в случае нарушения договора. Их очень много в части 2 ГК РФ (п. 1 ст. 463, п. 2 ст. 475, ст. 523, п. 2 ст. 715, п. 3 ст. 723 и т.п.). В тех случаях, когда закон говорит о праве на отказ от договора (или исполнения договора) без упоминания прилагательного «односторонний», он имеет целью установить право именно на односторонний, внесудебный отказ (постановления Президиума ВАС РФ от 25 октября 2011 г. № 9382/11, от 24 июля 2012 г. № 5761/12). Кроме того, предусмотренное в п. 2 ст. 328 ГК РФ право отказаться от своего встречного исполнения в случае неосуществления обусловленного исполнения должником, а также указанное в п. 2 ст. 405 ГК РФ право отказаться от принятия исполнения при просрочке должника, влекущей утрату кредитором интереса в исполнении договора, также означают не что иное, как право на отказ от договора (см. комментарий к п. 2 ст. 328 и п. 2 ст. 405 ГК РФ). С учетом общего характера п. 2 ст. 328 и п. 2 ст. 405 ГК РФ фактически это означает, что общее правило о судебном порядке расторжения нарушенного договора, установленное в п. 2 ст. 450 ГК РФ, исключается в подавляющем числе случаев за счет общих и специальных норм о праве на отказ от договора. Кредитор, пострадавший от нарушения, практически всегда может отказаться от договора в одностороннем внесудебном порядке на основе соответствующих общих или специальных норм закона.

Во-вторых, это нормы, устанавливающие право на отказ от договора при наступлении тех или иных условий, не связанных с нарушением договора (например, право на отказ от договора при отсутствии у контрагента лицензии или членства в СРО согласно п. 3 ст. 450¹ ГК РФ).

Наконец, в-третьих, это нормы о праве на немотивированный, безусловный отказ от договора (п. 2 ст. 610, ст. 717, ст. 782 ГК РФ).

1.2. Кроме того, из п. 1 ст. 450¹ ГК РФ следует законность условий о праве на односторонний отказ от договора, если таковые включены в контракт. Договор может предусматривать право на отказ от него в связи с нарушением, наступлением иных отлагательных условий, но также и вовсе без каких-либо оснований, т.е. немотивированно (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 сентября 2008 г. № 5782/08). При этом не стоит забывать, что в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ такое условие нельзя выговорить в пользу лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, в договоре с лицом, такую деятельность не осуществляющим.

1.3. Если стороны предусматривают в договоре право на «одностороннее расторжение» договора, суды с учетом принципов толкования договора должны оценивать данное условие как право на внесудебный односторонний отказ от договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2010 г. № 13057/09). Ранее в судебной практике встречался иной подход, согласно которому такое условие договора не считалось свидетельствующим о праве на отказ от договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 1 июня 1999 г. № 6759/98). Эта старая позиция ВАС РФ основывалась на догматически верной интерпретации слов и выражений (ведь само по себе прилагательное «односторонний» не означает внесудебный характер, а указывает лишь на отсутствие необходимости согласия другой стороны). Но такой подход игнорировал то, что в обороте под односторонним расторжением стороны, как правило, понимают именно односторонний отказ.

1.4. Когда закон или договор предоставляют одной из сторон право на отказ от договора в связи с нарушением и при этом не оговаривают прямо, что для законности такого отказа нарушение должно быть существенным, требование существенности нарушения тем не менее все равно должно быть соблюдено. Этот критерий является универсальным ограничителем права на расторжение нарушенного договора, и его применение не должно зависеть от того, расторгается ли договор в судебном порядке или в порядке одностороннего отказа от договора. Иначе говоря, положение п. 2 ст. 450 ГК РФ, устанавливающее критерий существенного нарушения в отношении судебного порядка расторжения, должно применяться по аналогии закона и к случаям одностороннего отказа. Этого требует применение принципов добросовестности, разумности и справедливости. Иначе с учетом того, что право на отказ от нарушенного договора в силу п. 2 ст. 328 и п. 2 ст. 405 ГК РФ, а также множества аналогичных специальных норм закона является де-факто общим правилом и оттесняет судебную процедуру расторжения на второй план, получалась бы ситуация, когда таким правом в большинстве случаев можно было бы воспользоваться при малейшем нарушении. Ведь в большинстве норм закона, указывающих на право отказа от нарушенного договора, критерий существенности нарушения напрямую не фиксируется. Такой вывод явно противоречил бы принципу соразмерности и тому, что имеют в виду большинство контрагентов при заключении договора. Кроме того, применение критерия существенного нарушения к случаям одностороннего отказа в полной мере соответствует зарубежному опыту. Данный критерий изобретен в зарубежном праве именно для ограничения права на отказ от договора (ст. 7.3.1 Принципов УНИДРУА, ст. III.-3:502 Модельных правил европейского частного права, ст. 25, 49, 64 Венской конвенции 1980 г.). Было бы странно предполагать, что российский законодатель скопировал почти дословно данный критерий из источников зарубежного права и решил почему-то не применять его к случаям одностороннего отказа.

При этом здесь в полной мере применимы те выводы, которые были сделаны на основе толкования п. 2 ст. 450 ГК РФ в соответствующем комментарии к этому пункту о возможности сторон конкретизировать критерий существенности нарушения или его исключить вовсе, а также о значении установления дополнительного разумного срока.

1.5. В силу указаний в законе (например, в ст. 480, 715 ГК РФ) или в договоре право на отказ от нарушенного договора может быть обусловлено обязательным

предварительным соблюдением процедуры выставления нарушителю дополнительного разумного срока на устранение нарушения (по модели *Nachfrist*). Подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 450 ГК РФ.

1.6. Согласно п. 1 ст. 450¹ ГК РФ в случаях, когда право на односторонний отказ предусмотрено в законе или договоре, данное право осуществляется посредством направления уведомления другой стороне. При этом согласно данной норме договор прекращается с момента доставки данного уведомления, если иное не вытекает из закона или условий договора. Ранее это решение выводилось судебной практикой (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 июля 2011 г. № 3318/11, п. 16 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29). Такое решение вполне логично и вытекает из общих принципов регулирования юридически значимых уведомлений и извещений (ст. 165¹ ГК РФ). При этом в полной мере здесь применимо положение ст. 165¹ ГК РФ о том, что в случае доставки юридически значимого сообщения по адресу адресата извещение порождает правовые последствия даже в случае его неполучения, если оно было не получено по обстоятельствам, за которые отвечает адресат. Такая ситуация имеет место, в частности, в случаях, когда пришедшее адресату по почте письмо не было им востребовано в течение срока хранения или когда адресат уклонился от доставленного ему извещения иным образом. Этот вывод нашел свое закрепление в п. 67 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25. Также в отношении уведомления об отказе от договора в полной мере применимо положение п. 3 ст. 54 ГК РФ: «Юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений (статья 165¹), доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу». О применении правил ст. 165¹ ГК РФ к одностороннему отказу от договора см. также п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. С учетом этого положение п. 1 ст. 450¹ ГК РФ было бы логично толковать так: в случае доставки заявления об отказе от договора по надлежащему адресу оно приобретает правовое значение не при условии фактического получения заявления об отказе адресатом, а при условии его доставки адресату по надлежащему адресу.

Указание на то, что иной момент прекращения договора может вытекать из договора, означает, что стороны могут установить, например, что при отказе от договора он будет считаться расторгнутым с первого числа месяца, следующего за тем, в течение которого было сделано заявление об отказе, или предусмотреть, что договор будет считаться расторгнутым по истечении определенного срока после доставки заявления об отказе.

В п. 1 ст. 450¹ ГК РФ прямо не указано, но из применения общих принципов гражданского права следует, что лицо, заявляющее односторонний отказ от договора, может отсрочить правовой эффект своего заявления (указав, например, что договор будет считаться расторгнутым с определенной календарной даты в будущем), даже если такая возможность прямо не указана в договоре. Соответственно, такая отсрочка «терминационного эффекта» может следовать не только из договора, но и из самого заявления об отказе от договора.

1.7. В силу положений ст. 327¹ и 157 ГК РФ право на отказ может быть поставлено договором под отлагательное или отменительное условие: в этом случае само право отказаться будет возникать при наступлении отлагательного условия или прекращаться при наступлении условия отменительного. Например, стороны могут установить, что право на отказ от договора долгосрочной аренды с валютной оговоркой возникает у арендатора, если курс иностранной валюты, соответствующей валюте долга, оказывается выше определенного значения.

1.8. Как уже было сказано, односторонний отказ от договора является односторонней сделкой. Из этого, в частности, следует, что само заявление об отказе от договора может быть поставлено под отлагательное условие. Но здесь мы сталкиваемся с известной проблемой условности односторонних сделок. Так как отказ от договора является сделкой, вторгающейся в правовую сферу другой стороны, постановка такого отказа под отлагательное условие вынуждает другую сторону предпринимать меры к анализу того, наступило условие или нет. Соответственно, допущение условности такой сделки должно сочетаться с установлением определенных ограничений, направленных на защиту адресата заявления об отказе. Вопрос этот в российском праве не вполне прояснен, но, думается, логично предположить, что условность отказа должна допускаться только в той мере, в которой проверка наступления или ненаступления данного отлагательного условия не представляет для адресата такого заявления трудностей. Например, абсолютно очевидно, что таким условием может быть неисполнение должником своих обязательств в дополнительный срок. Иначе говоря, кредитор может в одном письме должнику соединить требование устранить нарушение в дополнительный разумный срок и заявление об отказе от договора, которое должно вступать в силу при условии неустранения должником нарушения (п. 2 ст. III.-3:507 Модельных правил европейского частного права). Отлагательным условием для вступления в силу заявления об отказе от договора, видимо, может быть также и некое внешнее обстоятельство, проверка факта наступления или ненаступления которого не требует никаких усилий (например, введение эмбарго, повышение ставки рефинансирования и т.п.). В тех же случаях, когда отлагательное условие для адресата заявления об отказе затруднительно проверить, условное заявление об отказе следует считать ничтожным, так как оно будет навязывать адресату такого заявления правовую неопределенность и риски, принять которые он не соглашался.

В силу природы одностороннего отказа от договора как односторонней сделки, прекращающей соответствующие договорные права, заявление об отказе от договора не может быть поставлено под отменительное условие.

1.9. В силу признания отказа от договора сделкой заявленный односторонний отказ может быть оспорен на основании правил о признании сделок недействительными. Так, например, односторонний отказ от договора может быть оспорен по правилам об оспаривании крупных сделок, сделок с заинтересованностью, по правилам ст. 174 ГК РФ или на основании пороков воли (ст. 178–179 ГК РФ) (см. постановления Президиума ВАС РФ от 28 мая 2013 г. № 17481/12, от 25 октября 2011 г. № 9382/11, от 11 сентября 2012 г. № 3378/12).

1.10. Если у стороны договора в силу норм закона или условий договора имеется право на отказ от договора в связи с наступлением тех или иных обстоятельств (например нарушения договора), осуществление права на отказ от договора про-

исходит на свой страх и риск. Если впоследствии наличие оснований для отказа будет поставлено под сомнение, возникает риск того, что отказ от договора будет признан неправомерным, а отказавшаяся сторона, ошибочно считающая, что договор расторгнут, и не исполнявшая своих обязательств по нему, – привлечена к ответственности.

При этом неправомерный отказ от договора, т.е. отказ, совершенный при отсутствии достаточных правовых оснований, является ничтожным. В отношении такого отказа подлежит применению п. 2 ст. 168 ГК РФ в его расширительной интерпретации. ВС РФ сформулировал де-факто тот же вывод в п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, указав, что при совершении односторонней сделки в ситуации, когда в силу закона или договора она не могла быть совершена, а также при несоблюдении требований к ее совершению такая сделка не влечет правовых последствий, на которые она была направлена. Ту же позицию см. в п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. Соответственно, неправомерный отказ от договора (например, при несоответствии нарушения должника критерию существенности) ничтожен независимо от подачи заинтересованным лицом какого-либо иска на сей счет. Сторона договора, столкнувшаяся с неправомерным отказом от договора другой стороны, не обязана подавать иск об оспаривании отказа в суд и может сослаться на неправомерность такого отказа в форме возражения при рассмотрении любого спора из данного договора.

Соответственно, стороне, управомоченной на отказ от договора, в таких случаях перед осуществлением этого права следует просчитать возможную оценку судом соответствующих оснований для такого отказа на случай, если впоследствии другой стороной будет поставлен вопрос о ничтожности такого отказа в силу отсутствия правовых оснований для него. Такой вопрос может быть поставлен как в форме подачи иска о признании отказа ничтожным по причине отсутствия правовых оснований для него, так и в форме иска об исполнении договора или привлечении самой отказавшейся стороны к ответственности за его неисполнение. Цена ошибки в таких расчетах может быть достаточно высокой. Это, как уже отмечалось, в первую очередь риск привлечения самой отказавшейся от договора стороны к ответственности за неисполнение ошибочно признанного ею расторгнутым договора. Но в некоторых случаях речь может идти и о перекалфикации отказа от договора. Последний вариант срабатывает на практике тогда, когда у отказавшейся в связи с нарушением договора стороны в силу закона или иных условий договора имеется право на немотивированный отказ от договора. Суды очень часто в таких ситуациях, не согласившись с тем, что нарушение имело место или было существенным и оправдывающим расторжение договора, не признают необоснованный отказ в ответ на нарушение ничтожным, а перекалфицируют его ретроспективно в доступный тому же лицу отказ немотивированный, производя тем самым так называемую конверсию ничтожной сделки (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 23 сентября 2008 г. № 5103/08). Если закон или договор не возлагают на отказавшуюся от договора сторону в случаях немотивированного отказа какие-либо обязанности по выплате другой стороне тех или иных компенсаций, такая ретроспективная перекалфикация (конверсия) не столь драматична. Единственное, что потеряет в таком случае контрагент, отказавшийся от договора, это право на возмещение нарушителем убытков, вызванных расторжением нарушенного договора (п. 5 ст. 453

ГК РФ и ст. 393¹ ГК РФ), так как такие убытки доступны только в случаях, когда договор расторгается по модели расторжения нарушенного договора, а не по модели немотивированного отказа. Но если такая компенсация законом (например, ст. 717 или 782 ГК РФ) или договором (например, та или иная плата за немотивированный отказ от договора) установлена, отказавшаяся сторона не только не сможет взыскать с нарушителя убытки взамен исполнения по п. 5 ст. 453 и ст. 393¹ ГК РФ, но сама может оказаться обязанной уплачивать нарушителю те или иные компенсации.

1.11. В тех случаях, когда у кредитора имеется в силу закона или договора право на отказ от договора и при этом такой отказ обусловлен наступлением тех или иных обстоятельств (например существенное нарушение), управомоченное на отказ от договора лицо может вместо осуществления этого права обратиться в суд с иском о расторжении договора. Такое решение управомоченного лица обычно связано с тем, что оно не в полной мере уверено в наличии оснований для отказа и не желает рисковать. Ведь если оно откажется от договора, а впоследствии его отказ признают неправомерным, само такое лицо окажется нарушителем договора и может быть привлечено к ответственности.

1.12. Если после заявленного одной из сторон правомерного одностороннего отказа от договора стороны подписывают соглашение, которым они подтверждают сохранение договора и отменяют ретроспективно состоявшееся расторжение, договор считается действующим (Определение КЭС ВС РФ от 2 июля 2015 г. № 305-ЭС15-241). Спорной в такой ситуации является сам механизм «реанимации» ранее прекращенного договора: отменяется ли задним числом сам эффект прекращения или речь должна идти о заключении нового договора на тех же условиях? Этот вопрос имеет важное значение, например, для решения вопроса о судьбе обеспечений, предоставленных третьими лицами (поручительств, залогов). Пока однозначного ответа в российском праве на этот вопрос нет.

1.13. О специфике реализации права на отказ от публичного договора см. комментарий к ст. 426 ГК РФ.

2. В силу п. 2 ст. 450¹ ГК РФ правомерный односторонний отказ от договора в целом влечет расторжение договора. В тех случаях, когда допускается отказ от договора в той или иной его части, договор считается измененным. Например, о праве на частичный отказ от договора говорит абз. 2 п. 2 ст. 328 ГК РФ (пропорциональный отказ от встречного исполнения при частичном исполнении должником своих обязательств). Соответственно, односторонний отказ от договора является способом правомерного расторжения или изменения договора наряду с такими способами, как расторжение/изменение договора по соглашению сторон или в судебном порядке. Нельзя противопоставлять отказ от договора и расторжение договора, так как первое является одним из способов реализации второго (наряду с расторжением по суду и расторжением по соглашению).

3. Пункт 3 дает кредитору по обязательству право на отказ от договора в случае отсутствия у должника лицензии или членства в саморегулируемой организации, необходимых для исполнения обязательства. В таких случаях существует юридическая невозможность исполнения (изначальная – если лицензия или членство в СРО отсутствуют на момент заключения договора, или последующая – если лицензия или

членство в СРО прекратились после заключения договора), но это не влияет само по себе на существование обязательства. Обязательство в таких ситуациях прекращается не автоматически, а посредством одностороннего отказа. При этом в силу п. 3 ст. 450¹ ГК РФ кредитор может в дополнение к отказу от договора потребовать возмещения убытков.

Эту норму следует толковать в системном единстве с изменением в 2013 году ст. 173 ГК РФ, в которой законодатель устранил ранее имевшееся там указание на оспоримость сделки, совершенной одной из сторон без необходимой лицензии. См. по этому вопросу п. 89 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25.

4. Установленное в п. 4 ст. 450¹ ГК РФ требование осуществления права на отказ от договора в соответствии с принципами добросовестности и разумности конкретизирует положения п. 3 ст. 1 ГК РФ. При злоупотреблении кредитором правом на отказ от договора суд вправе признать отказ от договора неправомерным. Например, как указано в комментарии к п. 2 ст. 450 ГК РФ, в качестве недобросовестной попытки отказаться от договора следует признать заявление об отказе, сделанное кредитором до истечения предоставленного им должнику дополнительного разумного срока для устранения нарушения. Другой пример применения этого ограничения отражен в п. 5 настоящей статьи.

5. Пункт 5 ст. 450¹ ГК РФ закрепляет принцип запрет на противоречивое поведение управомоченного лица в отношении права на отказ от договора. Если у стороны возникает право на отказ от договора, но она своим поведением (в том числе принятием предложенного исполнения) подтверждает сохранение договора, эта сторона впоследствии теряет возможность заявить об отказе от договора по тем же основаниям. Является ли это правило частным случаем принципа эстоппель и вытекает ли оно из применения принципа добросовестности (п. 4 ст. 450¹ ГК РФ), или речь идет об утрате права на отказ от договора в результате односторонней сделки (в форме совершения конклюдентных действий) отказа от осуществления права на расторжение договора, пока в российском праве не прояснено. Есть основания придерживаться идеи о том, что в данном случае речь идет о применении доктрины эстоппель, но вопрос требует дополнительного изучения.

5.1. Данное положение страдает тем же дефектом, что и многие другие попытки кодифицировать утрату права в силу правила эстоппель в виде неких жестких правил без упоминания принципа добросовестности. Дело в том, что сама закрепленная в норме идея об утрате права на отказ от договора вполне разумна во многих ситуациях, так как вытекает из принципа добросовестности. Но из последнего же принципа следует, что в ряде иных ситуаций утрата права на отказ от договора в результате поведения управомоченного лица, подтверждающего действие договора, не должна происходить. Соответственно, в таких случаях от судов требуется ограничительное телеологическое толкование данной нормы закона.

Так, например, в норме нет указания на то, что подтверждение договора лишает сторону права заявить об отказе от договора только тогда, когда к моменту подтверждения эта сторона уже знала или должна была знать о наличии у нее оснований для отказа от договора. Данное уточнение судам следует выводить посредством ограничительного толкования. Так, например, покупатель после получения

товара с существенными дефектами, дающими право на отказ от договора, может некоторое время не знать о дефектах в силу их скрытого характера. Очевидно, что в этот период у него уже есть право на отказ, но его поведение, подтверждающее сохранение договора, никак не может рассматриваться как основание для утраты права на отказ от договора.

Также в норме прямо не указано, но из существа отношений следует, что данное положение не применяется к случаям, когда отказ от договора является реакцией на текущую просрочку должника. Если должник не исполняет свое обязательство, любое поведение кредитора, из которого следует его желание считать договор действующим, никак не может ограничить право кредитора, потерявшего надежду дождаться исполнения, впоследствии отказаться от договора (если только кредитор не устанавливает должнику дополнительный срок для исполнения, в течение которого он, как уже отмечалось в комментарии к ст. 450 ГК РФ, в силу того же принципа эстоппель не может отказаться от договора как минимум в соответствующей части). Иначе бы право стимулировало кредитора не идти навстречу должнику, а подталкивало бы немедленно отказываться от договора из страха, что любое его поведение, свидетельствующее о сохранении интереса к договору, впоследствии может быть использовано против него как основание для блокирования права на последующий отказ от договора.

Или приведем иной пример. Наибольшее значение указанное в п. 5 ст. 450¹ ГК РФ правило имеет в случаях, когда должник осуществил ненадлежащее исполнение, и у кредитора в связи с этим возникло право на отказ от договора. В такой ситуации должник оказывается в положении ожидания ответной реакции кредитора, и право не должно поощрять непоследовательное поведение кредитора. Если кредитор, узнав о ненадлежащем характере исполнения, повел себя так, что это свидетельствует о его желании сохранить договор, его попытка впоследствии, передумав, отказаться от договора по основанию ненадлежащего характера исполнения должна блокироваться на основании данной нормы закона. Но если обстоятельства дела показывают, что кредитора нельзя обвинить в недобросовестном противоречивом поведении, эффект утраты права на отказ от договора наступать не должен. Так, например, если кредитор, получивший ненадлежащее исполнение, дает должнику дополнительный срок для устранения нарушения и в рамках этого срока, надеясь на устранение нарушения, совершает действия, свидетельствующие о сохранении своего интереса в договоре, право кредитора впоследствии отказаться от договора, если нарушение не будет устранено, не должно блокироваться.

5.2. Подтверждение договора может выражаться в активных действиях, но оно может осуществляться и посредством бездействия. Если имеет место текущая просрочка, бездействие кредитора не влечет утрату права на отказ, так как кредитор имеет полное право ожидать реальное исполнение столько, сколько посчитает нужным, а впоследствии, потеряв терпение, вправе отказаться от договора. Но нереализация кредитором права на отказ от договора в течение разумного срока после того, как он выявил или должен был выявить ненадлежащий характер полученного исполнения, действительно должно блокировать его попытку в последующем отказаться от договора, если такое поведение кредитора явно недобросовестно.

5.3. Из этих принципов в отношении случая осуществления должником ненадлежащего исполнения вытекает, в частности, следующее.

Во-первых, кредитор утрачивает право на отказ от договора в связи с осуществлением исполнения с просрочкой или дефектным характером осуществленного исполнения, если эти основания для отказа были налицо уже при принятии исполнения, но кредитор, несмотря на это, осознанно в форме того или иного волевого акта (по накладной, акту приема-передачи и т.п.) принял такое просроченное или дефектное исполнение без каких-либо оговорок. При этом кредитор утрачивает право на отказ от договора в части такого осознанно полученного исполнения, но не теряет право в течение разумного срока отказаться от договора в отношении запланированных на будущее этапов исполнения, если договор имеет длящийся характер и его исполнение разбито на части (периоды).

Во-вторых, если кредитор не мог не принять просроченное исполнение (например, при зачислении денежных средств на его счет), кредитор утрачивает право на отказ по причине просрочки, если не осуществит отказ в течение разумного срока после получения исполнения. Данный вывод об утрате права на расторжение (правда, применительно к праву на подачу иска о расторжении) в случае нереализации этого права в течение разумного срока после получения просроченных платежей закреплен в п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73. Ранее в практике иногда встречалась позиция, что право на расторжение утрачивается бесповоротно в момент, когда должник осуществил платеж, задержка которого стала основанием для расторжения. Этот подход, безусловно, стимулирует кредитора не затягивать с расторжением договора, но он представляется не вполне логичным.

В-третьих, кредитор теряет право на отказ от договора в ответ на полученное исполнение со скрытыми дефектами, если не осуществит это право в течение разумного срока после того, как он узнал или должен был узнать о ненадлежащем характере исполнения, или совершит действия, из которых явным образом следует его воля сохранить договор в действии. Например, было бы явно недобросовестным со стороны покупателя держать поставщика в неопределенности в отношении перспектив отказа от договора из-за выявленных в поставленном товаре скрытых дефектов в течение нескольких лет после их выявления.

В-четвертых, при предъявлении кредитором требования об устранении нарушения в дополнительный разумный срок расчет разумного срока на реализацию права на отказ от нарушенного договора должен осуществляться с момента истечения установленного срока на устранение нарушения или прямого отказа должника устранять нарушение. Более того, действия кредитора, подтверждающие сохранение договора в силе в период предоставленного им должнику дополнительного срока для устранения нарушения, не должны препятствовать ему отказаться от договора в разумный срок после того, как истечет этот дополнительный срок, или он получит от должника ответ с прямым отказом устранять нарушение.

Если договор носит длящийся характер и его исполнение разбито на части (периоды), утрата права на отказ от договора в вышеописанных ситуациях будет касаться только нарушенной части договора; право на расторжение договора в отношении этапов (частей), запланированных на будущее, не блокируется.

Эти или похожие правила об утрате кредитором, столкнувшимся с ненадлежащим исполнением, права на отказ от договора в случае нереализации этого права в разумный срок или иного поведения кредитора, подтверждающего действие договора, хорошо известны зарубежному праву (ст. 7.3.2 Принципов УНИДРУА, ст. III.-3:508

Модельных правил европейского частного права, п. 2 ст. 49 и п. 2 ст. 64 Венской конвенции 1980 г.). Эти положения источников международной унификации договорного права куда более точны, чем достаточно грубое решение, закрепленное в п. 5 ст. 450¹ ГК РФ.

5.4. Правила п. 5 ст. 450¹ ГК РФ в изложенной здесь интерпретации должны по аналогии закона применяться и к случаям расторжения договора в ответ на допущенное нарушение в судебном порядке.

6. Пункт 6 ст. 450¹ ГК РФ устанавливает возможность лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, отказаться от осуществления своего права по договору после того, как возникли обстоятельства, служащие основанием для его реализации. Иное может быть предусмотрено в законе, другом правовом акте или договоре. Заявление об отказе от осуществления своего права блокирует возможность данное право впоследствии осуществить по тем же основаниям, кроме случаев, когда в будущем такие обстоятельства возникнут вновь.

6.1. Актуальность данной нормы вытекает из того, что по общему правилу в силу п. 2 ст. 9 ГК РФ отказ от осуществления права данное право не прекращает. Многие юристы и суды долгие годы толковали данное положение как запрет на отказ от любых гражданских прав за исключением случаев, когда такой отказ прямо допущен законом. Сама эта интерпретация данной нормы не является общепризнанной: некоторые считают, что п. 2 ст. 9 ГК РФ говорит лишь о том, что не влечет прекращение права фактическое его неосуществление, а прямой и недвусмысленный отказ от права данной нормой вовсе не регулируется. Как бы ни толковалось это положение п. 2 ст. 9, п. 6 ст. 450¹ ГК РФ во избежание всяких сомнений фактически закрепляет, что в тех случаях, когда право вытекает из договора и, соответственно, порождено волей сторон, осуществление данного права может быть заблокировано посредством волевого акта управомоченного лица (отказа от осуществления права). При этом действие п. 6 ст. 450¹ ГК РФ распространяется только на договорные права и, как минимум, напрямую не затрагивает права, вытекающие из корпоративных, наследственных, семейных или иных частноправовых отношений. Применение данной нормы к недоговорным правам возможно только в исключительных случаях по аналогии закона (например, вполне возможен отказ участника ООО от права преимущественной покупки доли в ООО).

6.2. Отказ от осуществления договорного права является односторонней сделкой. Соответственно, к такому отказу могут применяться правила о сделках. В частности, такой отказ может быть поставлен под отлагательное условие (ст. 157 ГК РФ), как минимум если наступление такого условия может быть без значительных сложностей определено другой стороной. Например, банк может заявить заемщику о своем отказе от права потребовать досрочного погашения кредита в связи с наступлением соответствующих указанных в договоре обстоятельств, дающих банку такое право (в частности ухудшение финансовых показателей деятельности заемщика), но поставить эффект такого заявления под условие устранения заемщиком возникших обстоятельств в течение определенного срока. В описанной ситуации если заемщик восстановит свою платежеспособность в течение указанного срока, условный отказ банка от реализации своего права на досрочное истребование кредита вступит в силу.

В то же время в силу распорядительного характера отказа от осуществления договорного права поставить его под отменительное условие вряд ли возможно.

6.3. Так как отказ от осуществления договорного права является односторонней сделкой, его осуществление происходит в форме направления другой стороне соответствующего уведомления. Такой отказ порождает правовые последствия с момента доставки указанного уведомления адресату (ст. 165¹ ГК РФ).

6.4. При этом данная норма распространяется в первую очередь на так называемые секундарные (преобразовательные) права, т.е. на права, которые осуществляются одной из сторон посредством того или иного одностороннего решения (право на зачет, односторонний отказ от договора, инициацию иска о расторжении договора в ответ на состоявшееся нарушение или существенное изменение обстоятельств, одностороннее изменение договора, досрочное истребование кредита, оспаривание сделки, выдвижение тех или иных возражений, выбор в альтернативном обязательстве и т.п.). Блокирование осуществления такого права означает утрату возможности своим односторонним волеизъявлением или инициацией соответствующего иска навязать тот или иной правовой эффект другой стороне. Кроме того, отказ от осуществления права в соответствии с комментируемой нормой может касаться и иных вытекающих из договора прав (преимуществ, привилегий и т.п.), не являющихся полноценными правами требования по обязательству. Так, например, возможен отказ залогодержателя от залогового старшинства или залогового права в целом. Последнее уже признано в судебной практике (см. Определение КЭС ВС РФ от 1 августа 2016 г. № 308-ЭС15-6280(3)). Кроме того, возможен отказ от права давать согласие на совершение сделки.

При этом положения данной нормы не распространяются на право кредитора требовать исполнения обязательства. При желании кредитора отказаться от своего права требования он должен воспользоваться специальным институтом прощения долга (ст. 415 ГК РФ). Соответственно, в случаях, когда, например, кредитор заявляет должнику об отказе от своего права потребовать уплаты части долга, начисленной неустойки или возмещения убытков, должны применяться правила о прощении долга: соответствующее требование считается прекращенным, если должник после получения соответствующего уведомления в разумный срок не заявит свое возражение (см. комментарий к ст. 415 ГК РФ).

6.5. В силу прямого указания в п. 6 ст. 450¹ ГК РФ отказ от осуществления права должен быть заявлен после того, как возникли основания для такого отказа. В тех случаях, когда стороны желают отменить некое право одной из сторон заранее, им следует подписать соглашение об изменении договора. В то же время не наблюдаются какие-либо принципиальные возражения против того, чтобы лицо в ожидании возникновения у него оснований для осуществления некоего права по договору могло отказаться от осуществления такого права заранее, поставив такой отказ под условие возникновения таких оснований. Этот вывод вытекает из того, что отказ от осуществления права является односторонней сделкой и, как и любая сделка, может быть поставлен под условие (ст. 157 ГК РФ).

При этом представляется, что отказ от осуществления права, закрепленного за одной из сторон договора императивной нормой закона, невозможен, если он осуществляется до созревания оснований для его осуществления. Императивность нормы, предоставляющей одной из сторон то или иное право, означает, что закон

не позволяет сторонам договориться заранее об отнятии данного права у этой стороны. Если это право нельзя отнять заранее по соглашению сторон, то вряд ли было бы логично, если это право можно было бы так же заранее заблокировать односторонним волеизъявлением управомоченной стороны. При этом отказ от соответствующего права, предоставленного стороне императивной нормой закона, после созревания оснований для его реализации должен признаваться судами, если не будет доказано, что отказавшаяся сторона в момент заявления отказа не знала и не должна была знать о возникновении у нее соответствующего права. Этот подход, в частности, отражен и в п. 3 ст. II.-1:102 Модельных правил европейского частного права, согласно которой тот факт, что стороны не могут в договоре отступить от императивной нормы, закрепляющей то или иное право одной из сторон, не препятствует управомоченной стороне отказаться от осуществления данного права уже после того, как оно возникло и эта сторона узнала о его возникновении.

Так, например, нередко императивные нормы закона закрепляют за кредитором, пострадавшим от нарушения (в частности, ненадлежащего исполнения), право на отказ от нарушенного договора (или его судебное расторжение). Исключить право на расторжение существенным образом нарушенного договора за счет включения в договор соответствующего условия в ряде случаев невозможно, так как влечет грубое нарушение разумного баланса интересов сторон и абсолютно аномально (см. п. 2.8 комментария к ст. 450 ГК РФ); в равной степени данное право на расторжение не может быть заблокировано, если кредитор заявит об отказе от него после заключения договора, но еще до того, как произошло нарушение. В то же время если кредитор уже после состоявшегося нарушения заявляет нарушителю об отказе от осуществления своего права на отказ от договора в ответ на состоявшееся существенное нарушение, попытка реализовать данное право вопреки этому заявлению должна пресекаться.

6.6. Серьезный вопрос может возникать на практике при нахождении отличий между доктриной отказа от осуществления договорного права и доктриной эстоппель (запрета на противоречивое и непоследовательное поведение). Принцип эстоппель вытекает из общего запрета на злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ) и принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ). Суть действия правила эстоппель состоит в том, что лицо утрачивает некое принадлежащее ему право в случае, если после возникновения данного права это лицо, хотя и не отказывается от права напрямую, но ведет себя таким образом, что создает у других лиц разумные ожидания в отношении того, что данное право осуществляться не будет. Непоследовательное и противоречивое поведение с учетом конкретных обстоятельств может быть признано недобросовестным. Подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 307 ГК РФ.

Вопрос о разграничении отказа от договорного права в соответствии с п. 6 ст. 450¹ ГК РФ и утраты права в связи с применением правила эстоппель требует серьезного научного анализа. На настоящий момент одним из возможных отличий видится то, что отказ от осуществления договорного права производится в форме прямо выраженного волеизъявления, в то время как утрата права по правилу эстоппель выводится из конклюдентного поведения управомоченного лица и комплекса конкретных обстоятельств; при этом если управомоченное лицо на самом деле не желало на самом деле утратить соответствующее право, это не препятствует применению правила эстоппель, так как последнее правило защищает прежде

всего разумные ожидания других лиц. Насколько обосновано такое различие, пока вопрос дискуссионный.

Правовой науке и судебной практике, возможно, предстоит выделить и иные различия, которые на настоящий момент проступают не вполне четко. Например, в зарубежном праве в качестве одного из условий применения доктрины эстоппель нередко выделяется доказанность того, что соответствующее поведение управомоченного лица не просто создало у другого лица соответствующие разумные ожидания, но спровоцировало это другое лицо положиться на эти ожидания и совершить те или иные действия или воздержаться от них из расчета на то, что соответствующее право осуществлено не будет (*detrimental reliance*). Соответственно, для применения доктрины эстоппель или ее европейских аналогов нередко требуется доказать, что осуществление права не просто подорвет разумные ожидания, но и причинит другому лицу, положившемуся на эти ожидания и выстроившему свое поведение из расчета неосуществления указанного права, ущерб. Пока российская судебная практика при применении принципа эстоппель этот критерий игнорирует. Но если данный критерий применения принципа эстоппель когда-нибудь найдет поддержку в российском праве, то будет налицо еще одно отличие этого принципа от отказа от договорных прав, так как нет никаких сомнений в том, что для отказа от договорного права вполне достаточно, чтобы управомоченное лицо четко и ясно выразило свою волю; критерий ущерба здесь не имеет значения.

7. Согласно п. 7 ст. 450¹ ГК РФ в законе, ином правовом акте или договоре может быть предусмотрено, что отказ от осуществления права будет считаться произошедшим автоматически в случае нереализации такого права в течение срока, указанного в законе, ином правовом акте или договоре. Так, например, стороны могут договориться о том, что кредитор должен считаться отказавшимся от своего права на досрочное истребование кредита в ответ на нарушение тех или иных ковенантов, если не заявит о досрочном истребовании долга в течение определенного в договоре срока. По сути, в таких случаях имеет место установление в договоре срока, в течение которого соответствующее секундарное или иное подобное право может быть осуществлено в случае возникновения оснований для его осуществления.

Статья 451. Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств

1. Существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, является основанием для его изменения или расторжения, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из его существа.

Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях.

2. Если стороны не достигли соглашения о приведении договора в соответствие с существенно изменившимися обстоятельствами или о его расторжении, договор может быть расторгнут, а по основаниям, предусмотренным пунктом 4 настоящей статьи,

изменен судом по требованию заинтересованной стороны при наличии одновременно следующих условий:

1) в момент заключения договора стороны исходили из того, что такого изменения обстоятельств не произойдет;

2) изменение обстоятельств вызвано причинами, которые заинтересованная сторона не могла преодолеть после их возникновения при той степени заботливости и осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру договора и условиям оборота;

3) исполнение договора без изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее договору соотношение имущественных интересов сторон и повлекло бы для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора;

4) из обычаев или существа договора не вытекает, что риск изменения обстоятельств несет заинтересованная сторона.

3. При расторжении договора вследствие существенно изменившихся обстоятельств суд по требованию любой из сторон определяет последствия расторжения договора, исходя из необходимости справедливого распределения между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением этого договора.

4. Изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств допускается по решению суда в исключительных случаях, когда расторжение договора противоречит общественным интересам либо повлечет для сторон ущерб, значительно превышающий затраты, необходимые для исполнения договора на измененных судом условиях.

Комментарий

1. Статья 451 ГК РФ устанавливает право стороны договора требовать расторжения или изменения договора при существенном изменении обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. В принципе, похожие правила знают и многие акты международной унификации договорного права (ст. III.-1:110 Модельных правил европейского частного права, ст. 6.2.2–6.2.3 Принципов УНИДРУА).

1.1. При этом согласно п. 1 данной статьи такое право признается, если иное не предусмотрено договором. Из этого следует, что стороны договора могут прямо ограничить право на иск о расторжении или изменении договора при существенном изменении обстоятельств. В то же время представляется, что включение такого условия в договор с потребителем как слабой стороной договора должно блокироваться по правилам ст. 10 или 428 ГК РФ.

1.2. Указание в норме п. 1 ст. 451 ГК РФ на право сторон согласовать иное означает также и то, что стороны могут включить в договор специальные механизмы расторжения или изменения договора при существенном изменении обстоятельств (например, право на односторонний отказ от договора или изменение его условий), изменить или дополнить предусмотренный в данной статье список оснований для расторжения (изменения) (например, исключить фактор непредвидимости), ограничить возможности по применению ст. 451 ГК РФ в отношении тех или иных обстоятельств, исключить возможность расторжения договора и допустить лишь право на изменение договора, предусмотреть подробные правила о порядке ведения

переговоров об адаптации договора к изменившимся обстоятельствам и ответственность за уклонение от участия в таких переговорах. Как минимум, за исключением тех случаев, когда такие условия существенно ограничивают возможности потребителя использовать инструментарий, предусмотренный настоящей статьей, они должны признаваться судами.

1.3. В ряде случаев специальные нормы закона уточняют или подтверждают возможность применения ст. 451 ГК РФ к соответствующему поименованному договору. Например, согласно п. 6 ст. 709 ГК РФ «при существенном возрастании стоимости материалов и оборудования, предоставленных подрядчиком, а также оказываемых ему третьими лицами услуг, которые нельзя было предусмотреть при заключении договора, подрядчик имеет право требовать увеличения установленной цены, а при отказе заказчика выполнить это требование – расторжения договора в соответствии со статьей 451 настоящего Кодекса». Пункт 2 ст. 959 ГК РФ применительно к договору страхования гласит: «Страховщик, уведомленный об обстоятельствах, влекущих увеличение страхового риска, вправе потребовать изменения условий договора страхования или уплаты дополнительной страховой премии соразмерно увеличению риска. Если страхователь (выгодоприобретатель) возражает против изменения условий договора страхования или доплаты страховой премии, страховщик вправе потребовать расторжения договора в соответствии с правилами, предусмотренными главой 29 настоящего Кодекса».

1.4. Абзац 2 п. 1 ст. 451 ГК РФ дает определение существенному изменению обстоятельств. Из этого определения следует важное отличие института расторжения (изменения) договора при существенном изменении обстоятельств от института невозможности исполнения, возникновение которого в силу ст. 416–417 ГК РФ влечет автоматическое прекращение обязательства. Это отличие состоит в том, что при существенном изменении обстоятельств сохраняется возможность исполнения обязательства, и речь, по сути, идет о несправедливости исполнения договора на согласованных условиях.

1.5. Институт расторжения (изменения) договора при существенном изменении обстоятельств следует также отличать от освобождения должника от ответственности при возникновении непреодолимой силы. В первом случае речь идет об институте, позволяющем прекратить или изменить договорные обязательства, в то время как во втором – об институте, цель которого – освободить должника от ответственности (возмещения убытков, уплаты неустойки и т.п.).

1.6. Согласно п. 1 ст. 451 ГК РФ изменение обстоятельств должно быть настолько серьезным, что стороны, зная о нем заранее, не заключили бы договор вовсе или заключили бы его на принципиально иных условиях. Такое изменение может состоять, в частности, в том, что после заключения договора сильно возрастают издержки стороны на исполнение, и это делает договор убыточным для этой стороны, а также в том, что снижается объективная рыночная ценность обещанного встречного предоставления и опять же выявляется убыточность договора для истца. В обоих описанных случаях происходит нарушение рыночной эквивалентности встречных предоставлений. Но, в принципе, список возможных изменений обстоятельств, которые могут лишить сторону интереса в заключенном договоре, может быть очень длинным. Это и отпадение цели заключения договора (например, прекращение государственной программы или некоего связанного контракта, во исполнение

которых спорный договор в свое время заключался); и существенное изменение нормативного регулирования соответствующей деятельности (например, повышение налогов или таможенных пошлин, введение лицензирования или квотирования и т.п.), и изменение обстоятельств, влияющих на значение страхового риска по договорам страхования (п. 2 ст. 959 ГК РФ), и многое другое.

1.7. Пункт 1 ст. 451 ГК РФ не оставляет сомнений в том, что соответствующие изменения должны произойти после заключения договора. Если соответствующие обстоятельства были налицо уже в момент заключения договора, ссылаться на них в качестве основания иска по ст. 451 ГК РФ нельзя. Спорным является вопрос о возможности применения ст. 451 ГК РФ в тех случаях, когда в момент заключения договора стороны не знали и не могли не знать о том, что обстоятельства, из которых они исходили при принятии решения о необходимости заключении договора, резко изменились.

1.8. Из определения существенного изменения обстоятельств также вытекает, что соответствующее изменение должно иметь непредвидимый характер. Если стороны могли вполне предвидеть такое изменение, нет оснований для судебного вмешательства в договорные отношения (определения КГД ВС РФ от 30 июля 2013 г. № 18-КГ13-70, от 5 июня 2012 г. № 18-КГ12-1 и др.).

При оценке предвидимости следует учитывать реальный статус контрагентов. Способности участников оборота предвидеть возможные будущие риски по определению ограничены. Но суды должны оценивать то, *насколько простительна* недалекость контрагентов при заключении договора.

Этот важный тезис имеет особое значение в отношении лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Такая деятельность осуществляется на свой риск. Соответственно, разумные коммерсанты должны учитывать при принятии решения о заключении договора и определении его условий возможные риски изменения экономических условий. Как минимум, если речь идет о рисках ухудшения экономической конъюнктуры, усиления инфляции, девальвации национальной валюты, финансового кризиса, обрушения биржевых показателей и биржевой паники, сильного экономического спада, то все подобные проблемы являются неотъемлемым элементом циклического развития рыночной экономики и периодически происходят повсеместно (особенно в странах с нестабильной экономикой, к которым относится и Россия), о чем повествуют любые учебники экономической истории. Соответственно, разумные предприниматели, заключающие долгосрочный договор, должны адекватно оценивать такие естественные рыночные риски и учитывать их в цене или предусматривать в договоре механизмы адаптации контракта к изменениям таких условий. А неразумные коммерсанты не заслуживают особой патерналистской опеки со стороны судов.

Если, например, стороны заключают долгосрочный договор подряда с фиксированной ценой и не предусматривают механизмов адаптации цены к изменению цен на материалы и инфляции в целом, и при этом в ходе исполнения договора темпы роста цен на материалы находились в пределах тех значений, которые встречались в годы, предшествующие заключению договора, то у суда нет оснований для вторжения. Суд здесь может, в частности, применять следующий прием для прояснения стандарта прозорливости и осмотрительности. Если договор заключался на пять лет, суд может оценить, выходят ли значительно темпы роста цен на материалы

за пределы того, что имело место в течение пяти лет, предшествующих заключению договора. Соответственно, нет оснований признать резкий разгон инфляции до уровня, который в последний раз встречался за два года до заключения договора, риском, игнорирование которого разумным предпринимателем может быть извинительно. Иначе говоря, чем выше уровень нестабильности и волатильности экономических условий, тем более высокий стандарт прозорливости и осмотрительности право может предъявлять к коммерсантам и тем реже должна применяться ст. 451 ГК РФ в отношении случаев тех или иных сугубо экономических пертурбаций. Так, например, резкая девальвация национальной валюты в два раза в странах со стабильными экономикой и курсом может вполне быть признана непредвиденным существенным изменением обстоятельств, в то время как такая же девальвация в стране, в которой курс валюты прочно привязан к цене на нефть и за последние 20 лет испытывал неоднократные существенные скачки, может быть расценена как вполне прогнозируемый риск.

В связи с этим следует поддержать сложившуюся в российской судебной практике тенденцию крайне осторожного применения ст. 451 ГК РФ по искам предпринимателей в ситуации, когда они пытаются положить в основу своего иска экономические проблемы, финансовые кризисы, инфляцию или девальвацию рубля и тому подобные изменения экономических условий. В большинстве случаев ВАС РФ и вслед за ним и арбитражные суды отказывали в таких исках со ссылкой именно на то, что соответствующее изменение разумный предприниматель вполне мог предвидеть при заключении договора (постановления Президиума ВАС РФ от 13 апреля 2010 г. № 1074/10, от 16 марта 2010 г. № 15800/09, от 30 ноября 2010 г. № 9600/10, от 7 августа 2001 г. № 4876/01, от 6 октября 1998 г. № 249/98 и др.).

При этом в случаях, когда лицом, заявившим иск по ст. 451 ГК РФ, является не коммерсант, а, например, обыватель (в частности в статусе потребителя), суд может применять значительно более низкий стандарт осмотрительности и дальновидности. Тот факт, что обычный гражданин, не выступающий в качестве профессионального предпринимателя, не учел тех или иных возможных в будущем изменений экономической конъюнктуры (например, резкой и глубокой девальвации рубля), имеет куда более простительный характер. Право не должно требовать от таких участников оборота всезнания и идеальной рациональности и может в ряде случаев протягивать таким гражданам, попавшим в катастрофическое положение из-за существенного изменения обстоятельств, руку помощи. Но и здесь суды должны проявлять сдержанность, так как нередко вторжения такого рода могут причинить другой стороне значительные убытки (см. подробнее п. 2.3 комментария к настоящей статье). Надо сказать, что Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ преимущественно воздерживается от применения ст. 451 ГК РФ даже тогда, когда речь идет не о коммерсанте, а о простом обывателе (определения КГД ВС РФ от 16 августа 2016 г. № 57-КГ16-7 и от 13 сентября 2016 г. № 18-КГ16-102).

1.9. Из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ) вытекает, что иск о расторжении или изменении договора должен быть заявлен в разумный срок после того, как истец узнал или должен был узнать об изменении обстоятельств. Предъявление такого иска пусть и в пределах срока исковой давности, но по истечении нескольких лет после произошедших изменений является явным злоупотреблением правом.

1.10. В силу п. 1 ст. 405 ГК РФ должник отвечает перед кредитором за невозможность исполнения, возникшую после того как должник попал в просрочку. Данное правило, как представляется, должно применяться по аналогии и в отношении ситуации существенного изменения обстоятельств. Применение этого правила по аналогии приводит к тому, что сторона теряет право требовать расторжения или изменения договора по ст. 451 ГК РФ, если соответствующее изменение произошло в период после того, как эта сторона впала в просрочку по своему обязательству. Ведь если бы эта сторона исполнила договор своевременно, изменение обстоятельств, вероятнее всего, не затронуло бы ее интересы. В принципе, есть все основания применять зеркальный подход в ситуации, когда такой иск желает предъявить кредитор по договорному обязательству, и при этом существенное изменение обстоятельств произошло после того, как такой кредитор впал в просрочку кредитора (ст. 406 ГК РФ), отказавшись, например, принимать предложенное ему надлежащее исполнение.

2. Пункт 2 ст. 451 ГК РФ перечисляет дополнительные условия, соблюдение которых необходимо для того, чтобы суд мог правомерно расторгнуть или изменить договор в ситуации непредвиденного существенного изменения обстоятельств. Все указанные в норме условия должны соблюдаться одновременно. Бремя доказывания их соблюдения лежит на том, кто требует расторжения или изменения договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 14 октября 2008 г. № 5934/08, Определение КГД ВС РФ от 16 августа 2016 г. № 57-КГ16-7).

О каких же дополнительных условиях говорит п. 2 ст. 451 ГК РФ?

Во-первых, должно быть доказано, что данное изменение обстоятельств не было учтено сторонами при заключении договора. Если соответствующий риск рассматривался при заключении договора и учитывался сторонами, следовательно, он был предвидим, а если он был предвидим, то нет и оснований для расторжения или изменения договора. Так, например, нет оснований для применения ст. 451 ГК РФ в тех случаях, когда стороны в договоре предусмотрели механизмы адаптации договора к соответствующим изменениям (например, предусмотрели плавающие цены, коррекцию цены долгосрочного договора на коэффициент инфляции и т.п.). В некотором смысле это условие дублирует условие о непредвидимости, вытекающее из п. 1 ст. 451 ГК РФ.

Во-вторых, изменение обстоятельств должно носить такой характер, что причины таких изменений не могли быть преодолены истцом. Тут нужно учитывать возможность преодолеть возникшие обстоятельства за счет использования экономически обоснованных и разумных мер. Если, например, у подрядчика из-за резкого и значительного роста курса иностранной валюты существенно выросли издержки на закупку того или иного импортного материала, но он мог преодолеть эту проблему и сохранить рентабельность договора, переориентировавшись на использование идентичных по качеству российских аналогов, нет оснований применять ст. 451 ГК РФ.

В-третьих, изменение должно настолько подрывать баланс интересов сторон и причинять истцу такой ущерб, что он в значительной степени лишился бы того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора. Тут законодатель пытается еще раз подчеркнуть, что деструктивное влияние изменения обстоятельств на интересы истца должно быть очень существенным.

В-четвертых, из обычаев или существа договора не должно следовать, что риск изменения обстоятельств возлагается на истца. Так, например, многие алеаторные сделки (такие, например, как некоторые деривативы) имеют своей целью как раз распределение рисков в отношениях между профессиональными коммерсантами. В подобных случаях расторжение или изменение договора по правилам ст. 451 ГК РФ было бы не оправдано.

2.1. В ряде случаев из существа отношений очевидно, что именно истец является лучшим носителем соответствующего риска изменения обстоятельств, так как имеет больше возможностей застраховаться от данного риска. Например, банки в своих договорных отношениях с заемщиками, получающими валютные кредиты, имеют, как правило, возможность минимизировать свои валютные риски (за счет диверсификации своего кредитного портфеля или иным образом). Так, например, убытки банка по выданному валютному кредиту от падения курса иностранной валюты могут быть компенсированы его дополнительными доходами от того же падения иностранной валюты по привлеченным валютным вкладам. В таких ситуациях позволять банку, являющемуся лучшим носителем риска, расторгать или изменять договоры валютного кредитования было бы неправильно. Этот фактор судам необходимо учитывать при применении ст. 451 ГК РФ.

2.2. В пунктах 1 и 2 не указано прямо, но следует выделить еще одно условие, соблюдение которого необходимо для успеха в иске о расторжении (изменении) договора по ст. 451 ГК РФ. Его суть в том, что изменение обстоятельств должно носить внешний по отношению к истцу характер и находиться вне сферы его контроля. Последнее условие прямо закреплено в ст. 6.2.2 Принципов УНИДРУА. В принципе, намек на такой критерий можно увидеть в установленном в п. 2 критерии невозможности преодолеть причины изменения обстоятельств. Например, изменение стратегии развития компании-экспортера или закрытие филиала, для обеспечения деятельности которого была арендована некая недвижимость, неполучение необходимого разрешения государственного органа, сложное финансовое положение, возникшее из-за нарушения договоров контрагентами истца, и иные подобные обстоятельства никак не могут являться основанием для расторжения или изменения договора по ст. 451 ГК РФ.

2.3. Наконец, судам следует иметь в виду, что расторжение или изменение договора может, помогая одной из сторон выйти из крайне сложного положения, одновременно привести к возникновению серьезных проблем у другой стороны. Одно дело если расторжение (изменение) договора просто лишит одну из сторон какой-либо сверхвыгоды, и совсем другое — если такое расторжение поставит контрагента перед лицом существенного реального ущерба. Резкий (например в два раза) рост курса иностранной валюты может болезненно ударить по интересам арендатора по договору аренды, содержащему валютную оговорку: ему приходится платить рублевую сумму, которая может быть на порядок выше среднерыночного уровня арендной платы. Но если суд вторгнется в эти отношения и изменит договор, зафиксировав курс на уровне ниже текущего его состояния, это может облегчить положение арендатора, но одновременно разорить арендодателя, если он строил сданное в аренду здание на валютный кредит и ежемесячно рассчитывается по этому кредиту в иностранной валюте (что и спровоцировало его настоять на включении в договор аренды валютной оговорки для целей хеджирования валютного риска).

Такое вторжение разрушит для арендодателя выбранный им механизм хеджирования валютного риска и может привести к банкротству из-за возникновения значительного кассового разрыва.

Другой пример: изменение договоров ипотечного или потребительского кредита, предоставленного и подлежащего возврату в иностранной валюте, в виде конвертации суммы долга в рубли по заниженному курсу в случае резкой девальвации рубля может причинить банку значительные убытки, если его валютная позиция сбалансирована и суммы выданных валютных кредитов соразмерны суммам привлеченных валютных кредитов или вкладов. В такой ситуации вторжение судов в целях защиты интересов попавшего в крайне сложное положение потребителя при отсутствии у банка возможности произвести соразмерные коррекции в договорах, по которым он привлек ту валюту, которую впоследствии предоставил потребителю в долг, будет не лишать банки какой-то сверхприбыли, а влечь для них прямые финансовые потери. В случае если валютные кредиты – это существенная часть активов конкретного банка, такие вторжения судов могут просто разорить банк и его вкладчиков и держателей счетов. В связи с этим важно отметить, что российские суды пока не спешат применять ст. 451 ГК РФ в целях защиты потребителей, привлечших валютные кредиты и пострадавших от падения курса рубля в 2 и даже 3 раза (определение КГД ВС РФ от 16 августа 2016 г. № 57-КГ16-7 и от 13 сентября 2016 г. № 18-КГ16-102).

Как будет складываться практика по таким категориям дел дальше, покажет время. Но, на наш взгляд, в такого рода ситуациях суды должны быть особенно осторожны и по возможности воздерживаться от вторжения, дабы во имя спасения одного из контрагентов не поставить перед лицом существенного реального ущерба другого, либо вторгаться в отношения крайне аккуратно, стараясь не перебрасывать риск с одной из сторон на другую, а по справедливости его разделить между сторонами.

3. Согласно п. 3 ст. 451 ГК РФ суд при вынесении решения о расторжении договора на основании данной статьи по требованию любой из сторон должен определить последствия расторжения договора с точки зрения справедливого распределения между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением договора. Это означает, что в ряде случаев расходы, понесенные одной из сторон в связи с исполнением, могут быть компенсированы ей полностью или в части на основании судебного решения, если того требует принцип справедливого распределения расходов. Представляется, что в таких случаях было бы справедливо, чтобы негативные последствия расторжения договора для сторон оказывались бы примерно одинаковыми. В соответствии с этим суд и должен определять сторону, которая должна возместить другой стороне ту или иную часть понесенных ею расходов.

3.1. Из формулировки п. 3 ст. 451 ГК РФ это не следует, но из общих принципов права вытекает, что суд при расторжении или изменении договора может предусмотреть ретроспективное расторжение или изменение договора. Иначе возникла бы явная несправедливость. Спор о расторжении (изменении) договора (с учетом предварительного соблюдения стадии досудебного урегулирования по правилам ст. 452 ГК РФ) может затянуться на достаточно долгий срок (иногда с учетом всех возможных судебных инстанций и риска возврата дела на новое рассмотрение – на годы), и все

это время до вступления в силу финального решения сторона, которая столкнулась с непредвиденным существенным изменением обстоятельств, должна исполнять договор на изначально оговоренных условиях. В ряде случаев к моменту вступления в силу судебного решения срок договора может уже подойти к концу. Поэтому с целью решения этой проблемы суд должен иметь право указать в судебном решении, что договор будет считаться измененным или расторгнутым с определенного момента в прошлом. В ряде же других случаев суду, наоборот, должно быть позволено указать в качестве момента изменения или расторжения договора некий момент в будущем, отсрочив тем самым преобразовательный эффект своего решения (см. комментарий к п. 3 ст. 453 ГК РФ). Признают право суда указать в решении о расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельств точную дату, с которой договор будет считаться расторгнутым, и Модельные правила европейского частного права (п. 2 ст. III.-1:110), и Принципы УНИДРУА (п. 4 ст. 6.2.3).

4. Пункт 4 ст. 451 ГК РФ провозглашает расторжение договора основным способом реакции на существенное изменение обстоятельств и допускает вмешательство судов посредством изменения договорных условий только в исключительных случаях. Международные акты унификации права не знают такой иерархии средств защиты от изменения обстоятельств (ст. 6.2.3 Принципов УНИДРУА дает право суду выбирать между изменением или расторжением с учетом соображений разумности).

Выбранное российским законодателем решение может быть поставлено под сомнение. С учетом принципа *favor contractus*, который требует максимально возможной ориентации судебной практики на сохранение договоров в силе, было бы как минимум разумно исходить из того, что оба варианта реакции суда на иск по ст. 451 ГК РФ равноправны, и выбор должен делаться судом с учетом конкретных обстоятельств дела. Истцу же следует предоставить право заявить альтернативные требования (расторгнуть или изменить договор по усмотрению суда) или факультативные требования (например, требование изменить договор, а в случае если суд не согласится с таким решением проблемы – договор расторгнуть).

Статья 452. Порядок изменения и расторжения договора

1. Соглашение об изменении или о расторжении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев не вытекает иное.

2. Требование об изменении или о расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законом либо договором, а при его отсутствии – в тридцатидневный срок.

Комментарий

1. В соответствии с п. 1 ст. 452 ГК РФ соглашение об изменении или расторжении договора должно заключаться в той же форме, что и договор, если из закона, обычаев или договора не вытекает иное.

1.1. Эта формулировка может толковаться двояко. С одной стороны, речь может идти о том, что форма соглашения о расторжении (изменении) должна соответствовать форме договора, в которой он был *фактически* заключен. Соответственно, при такой интерпретации если стороны удостоверили договор нотариально или подписали его в виде единого документа, не будучи обязаны к этому в силу закона, соглашение о расторжении (изменении) также должно оформляться нотариально или в виде подписанного сторонами единого документа. С другой стороны, данную норму можно толковать и так, что форма соглашения о расторжении (изменении) должна соответствовать форме, в которой расторгаемый или изменяемый договор *должен быть* заключен. Соответственно, при такой интерпретации в описанных выше примерах стороны вполне могут расторгнуть договор, не обращаясь к нотариусу и не соблюдая требование оформления соглашения в виде единого документа, так как этого не требовал в отношении расторгаемого договора закон. Последняя интерпретация представляется более логичной.

1.2. Что происходит, если соглашение об изменении или расторжении договора не соответствует описанным выше требованиям к форме? Если соглашение о расторжении или изменении должно быть в силу указанного в п. 1 комментируемой статьи правила нотариально удостоверено и не было удостоверено, такое соглашение является ничтожным (п. 3 ст. 163 ГК РФ). Если же не соблюдено требование письменного оформления (или оформления в виде единого документа) соглашения о расторжении или изменении, такое соглашение не является недействительным, так как в силу п. 1 ст. 160 и ст. 162 ГК РФ последствием несоблюдения обязательной письменной формы сделки и дополнительных требований к ее оформлению, когда таковые предписаны законом, является запрет ссылаться на свидетельские показания при доказывании факта ее совершения и содержания. Иные способы доказывания в таком случае вполне допускаются. В частности, суд может признать доказанным факт изменения договора по устному соглашению сторон, приняв во внимание комплекс обстоятельств (переписку сторон, фактическое поведение и т.п.). Например, если договор должен расторгаться в силу указанных в п. 1 ст. 452 ГК РФ правил в виде подписания единого документа, но в реальности стороны оформляют изменение договора в форме обмена письмами, такое соглашение действительно, а запрет ссылаться на свидетельские показания, по сути, иррелевантен, так как установить волю сторон можно и без свидетелей. То же имеет место и тогда, когда договор расторгается устно, но последующее поведение сторон позволяет достаточно ясно установить их волю и доказать достижение соглашения о расторжении (например, арендатор выезжает из арендованного помещения, а арендодатель возвращает ему обеспечительный платеж).

При этом, представляется, если закон требует заключения некоего договора в письменной форме или требует его оформления в виде единого документа, подписанного сторонами, и устанавливает в качестве последствия несоблюдения данных требований ничтожность договора (п. 1 ст. 651 ГК РФ), это само по себе не означает, что аналогичные жесткие последствия наступают при несоблюдении «зеркальных» требований к расторжению или изменению договора. Заключение договора и его расторжение (изменение) по соглашению сторон — это две разные сделки. То, что закон в отступление от общего правила ст. 162 ГК РФ устанавливает столь суровые последствия в отношении случая несоблюдения неких специальных требований

к первой сделке, не означает, что они должны применяться и при несоблюдении требуемой по закону формы второй. Как минимум, из комментируемого пункта это напрямую не следует. Закон лишь требует при заключении соглашения о расторжении или изменении договора соблюдения формы, требуемой законом для расторгаемого или изменяемого договора, не указывая прямо, что установленные в законе последствия нарушения требований к форме основного договора таким же образом переносятся и на соглашение о расторжении (изменении). Соответственно, здесь следует применять все те же правила п. 1 ст. 160 и ст. 162 ГК РФ о последствиях несоблюдения вытекающих из закона требований к форме сделки (действительность, но запрет ссылаться на свидетелей при возникновении споров).

Если стороны опасаются рисков, связанных с возможным ошибочным признанием судом договора расторгнутым или измененным на основе оценки таких (нередко косвенных) доказательств, им следует оговорить в договоре прямо дополнительные требования к оформлению соглашения об изменении или расторжении договора (например, соблюдение письменной формы или составление соглашения в виде единого подписанного сторонами документа). Это на практике происходит достаточно часто.

Как следует из п. 1 ст. 434 ГК РФ, несоблюдение таких дополнительных требований, установленных в договоре, влечет признание соглашения незаключенным (см. комментарий к п. 1 ст. 434 ГК РФ). С учетом некоторого противоречия между нормой п. 1 ст. 434 ГК РФ и общей нормой п. 1 ст. 160 ГК РФ о последствиях нарушения установленных в договоре дополнительных требований к форме сделки и отсутствия однозначной судебной практики на сей счет сторонам для большей ясности стоит рекомендовать прямо в договоре прояснить вопрос о последствиях нарушения таких дополнительных требований. Стороны могут указать на то, что при несоблюдении письменной формы соглашения об изменении или расторжении либо особых требований к их оформлению (например, составление в виде единого документа и т.п.), такое соглашение не будет иметь юридической силы. Такое последствие будет в полной мере соответствовать тому, что написано в п. 1 ст. 434 ГК РФ; кроме того, на возможность оговорить в договоре любые иные (не связанные с запретом на использование свидетельских показаний) последствия несоблюдения таких закрепленных в договоре дополнительных требований прямо указывает абз. 3 п. 1 ст. 160 ГК РФ. Нет никаких сомнений в том, что среди таких последствий может быть и отсутствие правового значения соответствующего соглашения об изменении или расторжении.

1.3. Если в силу применения правил п. 1 комментируемой статьи соглашение о расторжении или изменении является ничтожным из-за несоблюдения формы, суд может тем не менее признать расторжение (или изменение) состоявшимся по правилам п. 5 ст. 166 ГК РФ. Если, например, в договоре аренды прямо указано, что его изменение возможно только в форме подписания сторонами единого документа под страхом признания такого соглашения об изменении ничтожным (незаключенным), но впоследствии одна из сторон направила другой проект соглашения об увеличении арендной платы, а другая, не подписав его, начала уплачивать арендную плату по указанной в оферте цене, впоследствии ссылка любой из сторон на ничтожность соглашения об изменении может быть признана недобросовестной, а само соглашение признано имеющим юридическую силу. То же касается ситу-

ации, когда в ответ на оферту расторгнуть договор другая сторона, не подписав соответствующий проект соглашения о расторжении, выезжает из арендованного помещения и возвращает арендодателю ключи, явным образом выражая свое согласие с прекращением арендных отношений.

1.4. Из комментируемой нормы следует, что договор может предусматривать возможность несоблюдения данного требования идентичности формы договора и формы соглашения о его расторжении (изменении). В частности, в договоре, который был составлен в виде единого документа в силу специальных указаний к тому в законе, может быть предусмотрено, что его расторжение или изменение по соглашению сторон возможно в форме обмена документами или даже в устной форме.

1.5. К порядку заключения соглашения о расторжении или изменении договора в полной мере применим п. 3 ст. 438 ГК РФ, согласно которому возможен акцепт оферты конклюдентными действиями. Как минимум в тех случаях, когда закон не требует оформления договора в виде единого документа, подписанного сторонами, его расторжение или изменение возможно также без оформления подписанного сторонами единого документа, а следовательно, возможно и применение правил об акцепте конклюдентными действиями. Например, если одна из сторон направляет другой стороне предложение расторгнуть или изменить договор, а другая сторона возвращает полученное по договору имущество или совершает иные действия, из которых следует ее согласие с таким предложением, договор следует считать расторгнутым или измененным (п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 мая 1997 г. № 14).

1.6. Нередко в договоры с длящимся правовым эффектом (аренда, страхование, абонентский договор оказания услуг и т.п.) включается условие об автоматической пролонгации договора на тот или иной срок на изначальных (реже – несколько измененных) условиях в случае, если ни одна из сторон до окончания изначального периода действия договора не выразит свою волю против такой пролонгации. Иногда подобные условия предлагается рассматривать в качестве механизма автоматического заключения договора на новый срок на тех же условиях по истечении срока прежнего договора. В частности, в п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59 была дана именно такая интерпретация положению договора аренды об автопродлонгации договора на аналогичный срок и на тех же условиях при отсутствии возражений любой из сторон, выраженных до окончания изначального срока действия договора аренды. Подобный подход представляется несколько искусственным и противоречащим истинной воле сторон, которая в таких случаях направлена не на автоматическое заключение нового договора на тех же условиях, а на изменение срока действия договора. Здесь в договоре имеется соглашение о том, что молчание сторон будет рассматриваться как волеизъявление на совершение сделки изменения условия о сроке действия договора. Возможность заранее договориться о придании молчанию значения сделки прямо предусмотрена в п. 3 ст. 158 ГК РФ. Из такой интерпретации, в частности, следует, что пролонгацию договора можно оспорить на основании правил ГК РФ о недействительности сделок. Если, например, молчание одной из сторон имело место в результате насилия, угроз или обмана, пролонгация договора может быть оспорена по правилам ст. 179 ГК РФ.

1.7. Требование государственной регистрации договора не является элементом формы договора. Поэтому положения п. 1 настоящей статьи тут неприменимы.

В то же время в силу п. 2 ст. 164 ГК РФ «сделка, предусматривающая изменение условий зарегистрированной сделки, подлежит государственной регистрации». Последствия несоблюдения данного требования при заключении договора предусмотрены в п. 3 ст. 433 ГК РФ. Применяя эти положения к соглашению об изменении договора, следует прийти к следующему выводу: при отсутствии государственной регистрации соглашения об изменении условий зарегистрированного договора такие изменения будут иметь юридическую силу в отношении сторон договора, но не порождать правовые последствия для третьих лиц. В частности, если стороны договора аренды не зарегистрировали соглашение об изменении арендной платы, а впоследствии объект аренды был отчужден третьему лицу, к нему в силу ст. 617 ГК РФ перейдут все права и обязанности по ранее заключенному договору аренды без учета соответствующих изменений, как минимум, если не будет доказано, что он знал о состоявшемся изменении условий аренды.

Если стороны заключили соглашение о расторжении зарегистрированного договора, в соответствующий государственный реестр должна вноситься запись о прекращении договора. Этот вывод не вытекает из буквы комментируемой нормы или нормы п. 2 ст. 164 ГК РФ, но, как представляется, может быть получен на основе системного толкования. Было бы крайне нелогично, если бы закон в п. 2 ст. 164 ГК РФ требовал государственной регистрации соглашения об изменении зарегистрированного договора и не предполагал необходимость отражения в реестре записи о его расторжении. Смысл государственной регистрации состоит в том, чтобы сделать публичным наличие тех или иных договорных прав. Отсюда и требование о государственной регистрации соглашений, изменяющих эти права. Но нельзя игнорировать то, что третьи лица заинтересованы в том, чтобы знать не только об изменении прав, вытекающих из зарегистрированного договора, но и об их прекращении. При этом из смысла п. 3 ст. 433 ГК РФ вытекает, что отсутствие отражения в реестре факта расторжения зарегистрированного договора не препятствует прекращению обязательств сторон в отношениях между ними на основе соглашения. Единственным последствием отсутствия регистрации факта расторжения будет то, что для третьих лиц договор будет продолжать существовать. Например, если стороны договора аренды не зарегистрировали расторжение договора, а объект аренды был продан третьему лицу, последнее вправе исходить из того, что в силу ст. 617 ГК РФ к нему перешли права и обязанности по зарегистрированным договорам аренды, ранее заключенным прежним собственником (как минимум, если покупатель не знал о расторжении договора). Соответственно, в такой ситуации новый собственник может правомерно требовать от арендаторов, с которыми прежний собственник заключил соглашение о расторжении, внесения арендных платежей. В отношении нового собственника такой договор аренды сохранит свою силу.

2. Согласно п. 2 ст. 452 ГК РФ в случаях, когда сторона намеревается заявить в суд иск о расторжении или изменении договора, она должна предварительно попытаться урегулировать вопрос в досудебном порядке, предложив другой стороне расторгнуть или изменить договор по соглашению. Это касается как случая расторжения договора в ответ на нарушение, так и случая расторжения (изменения) договора в связи с существенным изменением обстоятельств. Спор об изменении или расторжении договора может быть рассмотрен судом по существу только в случае представления

истцом доказательств, подтверждающих, что им приняты меры по урегулированию спора с ответчиком, предусмотренные п. 2 ст. 452 ГК РФ (п. 60 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8).

2.1. Из смысла указанной нормы сторона, намеревающаяся расторгнуть договор в судебном порядке, должна предъявить другой стороне предложение расторгнуть договор по соглашению сторон и вправе подать иск в суд, только если другая сторона ответит отказом или промолчит в указанный в самом предложении, а также законе или договоре срок на ответ, а при отсутствии такого срока — в течение 30 дней. При этом из положений ст. 165¹ ГК РФ следует, что такое предложение должно быть доставлено адресату, а 30-дневный срок начинает течь с момента доставки такого предложения.

2.2. Данная норма с учетом ее целей должна рассматриваться как диспозитивная. Стороны вправе согласовать в договоре отсутствие необходимости соблюдения указанного претензионного порядка.

2.3. Если адресат согласится расторгнуть договор в добровольном порядке, договор будет считаться расторгнутым по соглашению сторон. Но в случае, когда расторжение осуществляется в ответ на существенное нарушение, это само по себе не влияет на права инициатора расторжения договора, которые у него имеются в силу закона или условий договора в отношении последствий расторжения. В частности, он сохраняет право требовать возмещения убытков, вызванных вынужденным расторжением нарушенного договора (п. 5 ст. 453, ст. 393¹ ГК РФ).

2.4. Соблюдение указанной в комментируемой норме процедуры должно приравниваться к соблюдению обязательного претензионного порядка урегулирования гражданско-правового спора, установленного в п. 5 ст. 4 АПК РФ. Соответственно, повторное проведение претензионной работы для того, чтобы соблюсти правила п. 5 ст. 4 АПК РФ не требуется.

2.5. Это требование закона распространяется только на случаи судебного расторжения или изменения договора и не применимо к тем случаям, когда сторона реализует свое право на односторонний отказ от договора или одностороннее изменение его условий.

Статья 453. Последствия изменения и расторжения договора

1. При изменении договора обязательства сторон сохраняются в измененном виде.

2. При расторжении договора обязательства сторон прекращаются, если иное не предусмотрено законом, договором или не вытекает из существа обязательства.

3. В случае изменения или расторжения договора обязательства считаются измененными или прекращенными с момента заключения соглашения сторон об изменении или о расторжении договора, если иное не вытекает из соглашения или характера изменения договора, а при изменении или расторжении договора в судебном порядке — с момента вступления в законную силу решения суда об изменении или о расторжении договора.

4. Стороны не вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по обязательству до момента изменения или расторжения договора, если иное не установлено законом или соглашением сторон.

В случае, когда до расторжения или изменения договора одна из сторон, получив от другой стороны исполнение обязательства по договору, не исполнила свое обяза-

тельство либо предоставила другой стороне неравноценное исполнение, к отношениям сторон применяются правила об обязательствах вследствие неосновательного обогащения (глава 60), если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из существа обязательства.

5. Если основанием для изменения или расторжения договора послужило существенное нарушение договора одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных изменением или расторжением договора.

Комментарий

1. В соответствии с п. 1 ст. 453 ГК РФ последствием изменения договора является то, что обязательства сторон сохраняются в измененном виде. Иначе говоря, соглашение об изменении договора действует строго на будущее. Факт существования обязательств в первоначальном виде в период до изменения договора под сомнение по общему правилу не ставится.

1.1. О возможности в отступление от этого общего правила ретроспективного изменения договора см. комментарий к п. 1 ст. 450, п. 3 ст. 453 ГК РФ.

1.2. Изменение договора может быть направлено не только на изменение обязательств, но и на изменение иных правовых эффектов договора (например, на изменение срока на отказ от договора или исключение права на одностороннее изменение от договора, установление дополнительных условий для осуществления секундарного права на акцепт по опциону и т.п.).

2. Согласно п. 2 ст. 453 ГК РФ расторжение договора влечет прекращение обязательств, если иное не предусмотрено законом, договором или не следует из существа обязательств. Данное положение применяется независимо от того, какой способ расторжения был применен (расторжение по соглашению сторон, судебное расторжение или односторонний отказ от договора)

2.1. Из смысла п. 2 ст. 453 ГК РФ вытекает, что обязательства сторон прекращаются на будущее. Факт их существования до момента расторжения не ставится под сомнение. В этом состоит принципиальное отличие расторжения договора от признания договора недействительным.

2.2. Расторжение договора по общему правилу прекращает не только обязательства, но и иные вытекающие из договора права и обязанности сторон (например, секундарные права, волеизъявления на отложенное распоряжение правом, право сервитута или иные возникшие из договора ограниченные вещные права и т.п.)

2.3. Оговорка в п. 2 ст. 453 ГК РФ о том, что обязательства могут не прекращаться при расторжении договора, если на то указывает договор, означает, что стороны соглашения о расторжении могут прямо согласовать, что некоторые обязательства сохраняют свою силу и после расторжения. Кроме того, из этой же нормы следует, что стороны могут закрепить такое исключение некоторых обязательств из-под действия «терминационного эффекта» расторжения и в самом изначальном договоре. Стороны договора могут установить те или иные особенности прекращения обязательств при расторжении договора или предусмотреть, какие из обязательств не прекращаются при расторжении, если соблюдены общие ограничения свободы договора, определенные в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16

(п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35). Соответственно, такие условия договора допустимы, если они не нарушают разумный баланс интересов сторон, не ущемляют права и интересы слабой стороны договора, третьих лиц или публичные интересы.

2.4. В п. 2 ст. 453 ГК РФ содержится также указание на то, что правило о прекращении обязательств может не действовать, если это вытекает из природы обязательства. Эта оговорка имеет огромное практическое значение.

(а) Дело в том, что в силу природы ряда договорных условий их действие никак не аннулируется расторжением договора. Например, сюда следует отнести оговорку о применимом праве, условие о подсудности, третейскую оговорку, условия об ограничении ответственности, о гарантии качества в отношении поставленной продукции, о плате за отказ от договора, о порядке возврата имущества при досрочном расторжении договора аренды, о порядке проведения взаимных расчетов при досрочном расторжении договора лизинга и т.п. Соответственно, в таких случаях расторжение договора, аннулируя основные неисполненные обязательства сторон на будущее, не затрагивает действие подобных условий договора (см. п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35). ВС РФ в п. 67 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 подтверждает возможность того, что некоторые условия договора в силу своей природы могут «переживать» расторжение (например, условие о неустойке, включенное в договор на случай неисполнения обязательств по возврату имущества при расторжении). Известно такое решение с сохранением ряда договорных условий в силе после расторжения и зарубежному праву (см. п. 2 ст. III.-1:108 и п. 2 ст. III.-3:509 Модельных правил европейского частного права).

(б) Кроме того, эта оговорка в п. 2 ст. 453 ГК РФ проявляет свое значение и при расторжении дящихся договоров, исполняемых по частям. В принципе, последствия расторжения таких договоров могут определяться по нескольким сценариям в зависимости от воли инициатора расторжения или сторон соглашения о расторжении договора.

Во-первых, такой дящийся договор, исполняемый по частям (например, договор поставки товара отдельными партиями), можно расторгнуть так, чтобы прекратились все основные обязательства сторон (как те, срок исполнения которых запланирован на будущее, так и те, которые уже просрочены к моменту расторжения). Тут можно говорить о *полном расторжении* договора. Например, в случае непоставки очередной партии товара по договору поставки товара партиями, как правило, воля покупателя, отказывающегося от договора, состоит в том, чтобы прекратить договор как в части тех обязательств, исполнение которых запланировано на будущее, так и в части неисполненного обязательства. Применительно к такому случаю положение ст. 453 ГК РФ о прекращении обязательств при расторжении работает как минимум в отношении основных обязательств по договору.

Во-вторых, часто соглашение о расторжении или заявление об отказе (иск о расторжении) недвусмысленно указывают на то, что расторжение касается обязательств, чье исполнение было запланировано на будущее, и не прекращает созревших и просроченных долгов (*перспективное расторжение*). Соответственно, в таких случаях расторжение договора имеет частичный характер и не затрагивает просроченное обязательство, которое, несмотря на расторжение, должно быть исполнено должником (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104;

Постановление Президиума ВАС РФ от 16 мая 2006 г. № 15550/05). В части этого обязательства договор продолжает действовать и применяются условия договора, определяющие порядок исполнения (например, условие о валютной оговорке), санкции за неисполнение (например, договорные пени за просрочку, начисляемые вплоть до фактического исполнения), а также сохраняются все предоставленные в отношении данного сохраняемого обязательства обеспечения (залог, поручительство и т.п.). Например, при перспективном расторжении договора аренды (или поставки) в случае, если у арендатора (покупателя) остались непогашенными долги за прежние периоды взаимодействия с кредитором, такие долги должны быть погашены на условиях договора. Соответственно, пени за просрочку, предусмотренные договором, будут начисляться вплоть до фактического погашения долга. Этот абсолютно верный вывод был закреплен в п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35. Ранее до выхода данного постановления была распространена ошибочная позиция, при которой расторжение договора аренды (лизинга, поставки партиями и т.п.) приводило к очищению сохраняющегося и «переживающего» расторжение денежного долга за уже полученное до расторжения встречное предоставление от всех договорных «наслоений», включая пени, которые, соответственно, должны были рассчитываться только до момента расторжения (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 18 мая 2010 г. № 1059/10). Суды исходили из странной логики, согласно которой просроченный денежный долг за один из этапов переживает расторжение, распространяющееся строго на будущие этапы взаимодействия, но при этом данный долг каким-то необъяснимым образом новирруется и лишается полноценного договорного характера. К счастью, такой подход в итоге был отвергнут в практике ВАС РФ.

В-третьих, иногда возникают ситуации, когда сторона, иницилирующая одностороннее расторжение, или стороны соглашения о расторжении имеют цель прекратить обязательства сторон в части, соответствующей уже просроченному должником обязательству, но сохранить обязательства по договору в силе в отношении этапов взаимодействия, запланированных на будущее (*пропорциональное расторжение*). Данная возможность в форме отказа от договора купли-продажи в отношении отдельной просроченной партии прямо обозначена в п. 1 ст. 73 Венской конвенции 1980 г. В таких случаях просроченное обязательство прекращается, но сохраняют силу обязательства сторон, запланированные на будущее. Например, если поставщик просрочил поставку одной из нескольких партий, покупатель вправе отказаться от договора в части данной просроченной партии и ее оплаты, но оставить договор в силу в отношении будущих отгрузок. В такой ситуации расторжение договора также осуществляется лишь частично.

Очевидно, что в случае перспективного или пропорционального расторжения длящегося договора, исполняемого по частям, из существа отношений следует, что часть договорных обязательств сохраняется, несмотря на расторжение. И такая возможность учтена в редакции п. 2 ст. 453 ГК РФ.

(в) Наконец, оговорка п. 2 ст. 453 ГК РФ о том, что расторжение может не прекращать обязательства, если это следует из природы обязательства, проявляет себя и применительно к договорам, в чей предмет входит передача имущества с последующим его возвратом (аренда, ссуда, хранение, заем, кредит, вклад и т.п.). В таком случае досрочное расторжение договора не прекращает договорное обязательство

по возврату такого имущества, а лишь приводит к изменению срока его возврата. Из этого следует, что сохраняются в силе все условия договора о порядке возврата соответствующего имущества, о пени за просрочку его возврата, обеспечения на случай невозврата, а также условия о внесении платы за использование имущества и т.п. В частности, после расторжения договора аренды у арендатора сохраняется именно договорное обязательство по возврату объекта аренды. Просто после расторжения договора срок такого возврата считается наступившим и дальнейшее владение и пользование объектом аренды — неправомерными. Соответственно, вплоть до фактического возврата объекта аренды арендатор должен платить арендную плату, а также установленные в договоре пени на случай неправомерного уклонения от возврата объекта аренды. Примерно та же ситуация и с договором кредита. После расторжения договора кредитной линии и заявления банком требования о досрочном возврате выданного кредитного транша обязательство заемщика по возврату кредита остается в силе (несмотря на расторжение договора), а поэтому вплоть до фактического возврата денег подлежат начислению кредитные проценты и начисляются пени за просрочку в погашении кредита; сохраняются также залог и поручительство, которые обеспечивали обязательство заемщика. И, наконец, расторжение договора вклада отнюдь не прекращает обязательство банка вернуть деньги со вклада, а лишь ускоряет его исполнение. Данные выводы закреплены в п. 8–9 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35; п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147. Подтверждается этот подход и в практике ВС РФ (см. п. 66 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, Определение КЭС ВС РФ от 30 декабря 2014 г. № 307-ЭС14-199, определения КГД ВС РФ от 8 сентября 2015 г. № 5-КГ15-91 и от 10 марта 2015 г. № 20-КГ14-18. Комментируемая норма дает такой практике законодательное основание.

3. Пункт 3 ст. 453 ГК РФ определяет момент, с которого обязательства сторон прекращаются или изменяются (вступление в силу судебного решения в случае изменения или расторжения по суду, либо заключение соглашения при добровольном расторжении (изменении)).

3.1. Следует обратить внимание на то, что из текста п. 3 ст. 453 ГК РФ следует, что стороны соглашения о расторжении или изменении договора могут отсрочить момент прекращения обязательств, отнеся его, например, на конкретную календарную дату в будущем.

3.2. Нет особых возражений против возможности включить в соглашение об изменении или расторжении договора условие о ретроспективном действии такого соглашения. Поэтому стороны, которых связывает действующее договорное обязательство (или связка взаимных договорных обязательств), могут изменить или прекратить его с обратной силой, т.е. распространить правовой эффект такого изменения или расторжения на прошлое. Это вытекает из применения по аналогии п. 2 ст. 425 ГК РФ, согласно которому стороны могут заключить договор с ретроспективным эффектом, распространив условия договора на фактические отношения, имевшие место до заключения договора. При ретроспективном изменении или расторжении договора обязательства сторон будут считаться измененными (расторгнутыми) с указанного в таком соглашении момента времени в прошлом (вплоть до момента заключения договора). Например, стороны могут заключить договор о совместной

деятельности, но в итоге так и не приступить к его исполнению, посчитав для себя удобным во избежание различных споров в дальнейшем и предъявления друг к другу исков о взаимном неисполнении условий такого соглашения в предшествующий период зафиксировать ретроспективное расторжение договора с момента его заключения, по сути, отменив правовой эффект такого договора с обратной силой.

Согласно п. 2 ст. 425 ГК РФ заключение договора с ретроспективным эффектом невозможно, если это вытекает из существа соответствующих отношений. В равной степени и ретроспективное изменение (расторжение) по соглашению сторон в ряде случаев противоречит существу отношений. Есть основания думать, что такое ограничение ретроспективности может касаться тех случаев, когда по заключенному договору перешло право собственности (или состоялось иное распоряжение имуществом), а стороны пытаются изменить или расторгнуть договор с ретроспективным действием таким образом, что это приводит к отпадению задним числом правового основания для ранее состоявшегося перехода права (распоряжения). В последнем случае ретроспективное изменение (расторжение) может с учетом доминирующей в российском праве каузальной модели распоряжения по договору привести к ретроспективной отмене перехода права собственности (распорядительного эффекта договора), что может в некоторых случаях нарушить права и интересы третьих лиц (например, лиц, которым данная вещь была отдана в залог или отчуждена). Соответственно, есть некоторые основания ограничивать свободу в ретроспективном изменении (расторжении) договора в той степени, в которой эта ретроспективность пытается *ex post* отменить состоявшийся ранее распорядительный эффект договора. Впрочем, этот вопрос в российском праве не изучен, могут быть приведены аргументы в пользу обратной точки зрения, и какой-либо известной нам практики высших судов по данному вопросу не имеется.

При этом если договор расторгается ретроспективно, а к этому моменту одна из сторон предоставила другой иное исполнение (например оказала услугу), не связанное с распоряжением правами на имущество, ничто не препятствует предъявлению иска по правилам гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении.

3.3. На практике нередко стороны подписывают соглашение об изменении сроков исполнения договора (в форме удлинения таких сроков) после того, как одна из сторон впала в просрочку. И при этом в таких соглашениях нередко нет прямого указания на ретроспективность изменения. Отменяет ли этот факт ответственность нарушителя за просрочку? Другой пример: после поставки товара с некоторыми дефектами стороны подписывают соглашение об изменении условий о качестве товара таким образом, что поставленный товар оказывается соответствующим положениям договора. Отменяет ли это ответственность поставщика за имевшее место нарушение условий о качестве? Было бы логично исходить из того, что в таких случаях ретроспективность подразумевается. Иное толкование соглашения об изменении явным образом противоречило бы тому, на что, как правило, направлена воля сторон такого соглашения.

В то же время в судебной практике ВС РФ отражен обратный подход. В Определении КГД ВС РФ от 27 сентября 2016 г. № 4-КГ16-37 содержится следующая правовая позиция: если после того, как застройщик пропустил предусмотренные договором участия в долевом строительстве сроки окончания строительства и передачи квартиры участнику долевого строительства, сторонами было подписано

соглашение об изменении указанных сроков, это не отменяет право участника долевого строительства требовать взыскания неустойки за просрочку за период с момента просрочки и до момента подписания такого соглашения, если в последнем освобождение застройщика от ответственности прямо не оговорено. Суд руководствовался положением о том, что соглашение об изменении договора по общему правилу действует строго на будущее время, и соответственно пени или иные меры ответственности за просрочку не начисляются только после заключения такого соглашения; их начисление в предшествующий период соглашением об изменении договора не затрагивается. Соответственно, если следовать данной логике, для достижения обратного правового эффекта сторонам в соглашении об изменении сроков исполнения обязательства следует прямо указать на ретроспективность такого соглашения и освобождение застройщика от ответственности за период до момента заключения такого соглашения. С политико-правовой точки зрения нельзя исключить, что такая интерпретация может считаться логичной в ситуации, когда, как в указанном деле, речь идет о потребителе, который действительно мог не осознавать, что, соглашаясь на изменение сроков строительства, он лишает себя права на неустойку за просрочку. В этом плане требование прямого указания на освобождение застройщика от ответственности имеет под собой определенное основание как способ минимизировать риски «неинформированного» согласия потребителя. Но применение такого подхода к сугубо коммерческим договорам вряд ли оправданно.

3.4. Спорным является вопрос о возможности путем заключения соглашения с соответствующей ретроактивной оговоркой «задним числом» прекратить или изменить права и обязанности сторон полностью исполненного обеими сторонами договора (см. комментарий к п. 1 ст. 450 ГК РФ). В то же время из содержания п. 4 настоящей статьи следует, что стороны могут своим соглашением расторгнуть (изменить) договор таким образом, что это даст им возможность потребовать друг от друга возврата того, что они успели взаимно исполнить до расторжения (изменения). По сути, это будет не столько расторжение или изменение договора, сколько новый договор, предполагающий новый экономический обмен.

3.5. Закон может предусматривать иные правила определения момента, с которого договор будет считаться измененным или расторгнутым по судебному решению. Так, например, согласно ст. 428 ГК РФ договор присоединения в случае его судебного изменения будет считаться действовавшим в измененной редакции с момента его заключения, а в случае его расторжения — будет считаться недействовавшим с момента его заключения.

3.6. Встает вопрос о том, может ли суд, расторгая или изменяя договор, указать иной момент, с которого договор считается расторгнутым или измененным, если такая возможность прямо не допущена законом. Может ли суд расторгнуть или изменить договор задним числом или сместить эффект расторжения или изменения договора на будущее? Из буквального прочтения нормы п. 3 ст. 453 ГК РФ это не вытекает. В то же время в судебной практике имеются редкие примеры ретроспективного расторжения договора. См. Постановление Президиума ВАС РФ от 20 октября 2011 г. № 9615/11 (Суд, отменив акты судов апелляционной и кассационной инстанций и оставив в силе решение суда первой инстанции, признал договор аренды расторгнутым по истечении 30-дневного срока после вынесения

судом первой инстанции решения о расторжении, несмотря на то что это решение в реальности в тот момент в силу не вступило, так как было своевременно обжаловано). Представляется, что подобное смещение в прошлое или в будущее преобразовательного эффекта решения суда может быть допущено в исключительных случаях, когда иначе бы допускалась явная несправедливость. Например, при расторжении по суду договора аренды большого складского комплекса немедленное освобождение арендованных зданий арендатором может быть крайне проблематичным и привести к непропорциональным убыткам. В такой ситуации суд мог бы отсрочить момент, с которого договор будет считаться расторгнутым.

Кроме того, целесообразность смещения эффекта изменения договора в прошлое может возникнуть при изменении условий договора судом в связи с существенным изменением обстоятельств (см. комментарий к ст. 451 ГК РФ).

3.7. Из смысла закона и положений п. 1 ст. 450¹ ГК РФ вытекает, что при одностороннем отказе или изменении договора по общему правилу обязательства сторон будут считаться прекращенными или измененными с момента доставки соответствующего одностороннего извещения, если в законе, договоре или самом таком извещении не указана более поздняя дата прекращения (изменения) обязательств или односторонний отказ (заявление об изменении договора) не поставлен под отлагательное условие (см. комментарий к п. 1 ст. 450¹ ГК РФ).

Более дискуссионной является возможность установить заранее в самом договоре право одной из сторон изменить его условия или отказаться от договора в одностороннем порядке с обратной силой. Иначе говоря, могут ли стороны согласовать в договоре, что при реализации одной из сторон своего права на внесудебное одностороннее изменение условий договора или отказ от него договор будет считаться действовавшим в измененной редакции или не действовавшим с момента его заключения (т.е. с обратной силой)? Думается, что условия договора, допускающие возможность навязывания такой ретроспективности посредством одностороннего волеизъявления, должны быть предметом пристального внимания судов с точки зрения перспектив признания их несправедливыми и применения ст. 10 и ст. 428 ГК РФ, если такие условия были включены в договор со слабой стороной договора. Кроме того, такая ретроспективность, как уже отмечалось, очень сомнительна в ситуации, когда ранее по договору происходил переход права собственности.

3.8. В Определении КЭС ВС РФ от 2 июля 2015 г. № 305-ЭС15-2415 отражена идея о том, что расторгнутый договор может быть «реанимирован» последующим поведением сторон, из которого следует, что стороны продолжают считать договор действующим. В данном деле после надлежащего расторжения договора стороны продолжали исполнять обязательства, а впоследствии подписали дополнительное соглашение к договору с ретроактивной оговоркой, в котором подтвердили сохранение и неизменность условий ранее расторгнутого договора. По мнению Суда, это означает, что договор не прекращен. Представляется, более правильно считать, что такое поведение сторон свидетельствует о заключении нового договора на условиях ранее расторгнутого договора с распространением его условий на отношения сторон, имевшие место с момента формального расторжения изначального договора. Это может иметь в ряде случаев важное практическое значение. Например, если после расторжения изначального договора, но до его «реанимации» изменились императивные или диспозитивные нормы закона, регулирующие права и обязанности сто-

рон договора, они должны применяться к отношениям сторон после «реанимации» с точки зрения правил ст. 422 ГК РФ, так как на самом деле изначальный договор был все-таки прекращен, и после изменения законодательства де-факто заключен новый договор. Кроме того, если обязательства по изначальному договору были обеспечены поручительством или залогом третьего лица, такие обеспечения прекращаются и не восстанавливаются без согласия соответствующих обеспечителей. Иначе говоря, поведение сторон или любые соглашения сторон не могут отменить задним числом факт состоявшегося прекращения обязательств.

4. Из п. 4 ст. 453 ГК РФ вытекает, что по общему правилу стороны не обязаны возвращать друг другу то, чем они успели эквивалентно и надлежащим образом обменяться до расторжения или изменения договора. Согласно п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, если соглашением сторон не предусмотрено иное, возврат полученного по расторгаемому договору возможен лишь тогда, «когда встречные имущественные предоставления по договору к моменту его расторжения осуществлены надлежащим образом, т.е. интересы сторон не нарушены». Если договор носит длящийся характер и предполагает исполнение обязательств по частям (этапам) и предмет обязательств носит делимый характер, в силу тех же разъяснений ВАС РФ возврат предоставленного возможен, только если размеры произведенных сторонами имущественных предоставлений эквивалентны (например, размер уплаченных авансовых платежей соответствует предусмотренной в договоре стоимости оказанных услуг или поставленных товаров, такие услуги и товары сохраняют интерес для получателя сами по себе и т.п.)».

Обратное может вытекать из закона и соглашения сторон. Соответственно, стороны, заключая соглашение о расторжении, могут оговорить двусторонний возврат того, что они успели передать друг другу по договору. Наличие такого условия соглашения о расторжении не означает, что стороны с обратной силой отменяют основания перехода права собственности. Соответственно, стороны обязаны, по сути, осуществить обратное отчуждение полученного друг от друга имущества. Аналогичное последствие расторжения (изменения) может быть предусмотрено и в самом расторгаемом (изменяемом) договоре для случаев одностороннего отказа (изменения) или судебного расторжения (изменения).

4.1. В силу абз. 2 п. 4 ст. 453 ГК РФ в случае, если по результатам расторжения или изменения договора создается ситуация, когда одна сторона остается с полученным от другой стороны имуществом или иным предоставлением, а свое встречное исполнение уже производить не обязана в силу прекращения этого обязательства, образующаяся неэквивалентность подлежит устранению посредством иска о возврате предоставленного до расторжения имущества.

4.2. Если стороны до расторжения осуществили встречный обмен имущественными предоставлениями, но исполнение одной из сторон оказывается ненадлежащим (что и послужило основанием к правомерному расторжению), стороны также обязаны осуществить двусторонний возврат полученного.

4.3. Если договор имеет длящийся и исполняемый по частям характер и при этом соответствующие этапы исполнения между собой настолько тесно связаны, что прекращение договора на одном из последующих этапов из-за нарушения договора одной из сторон лишает ранее полученное другой стороной какой-либо для нее

ценности, такое расторжение должно давать право требовать двустороннего возврата того, чем стороны успели обменяться до расторжения. Близкий принцип отражен в п. 3 ст. 73 Венской конвенции 1980 г., а также в ст. III.-3:511 Модельных правил европейского частного права. Например, если поставщик поставил сложное техническое оборудование и получил за это соразмерную часть цены, а затем долгое время не исполнял обязательства по пуско-наладке или иные дополнительные обязательства по договору (предоставление программного обеспечения, обучение персонала покупателя работе с поставленным оборудованием и т.п.), то покупатель в некоторых случаях (например, при невозможности найти замену поставщику для выполнения таких дополнительных работ или услуг) должен иметь право отказаться от договора не только в отношении неисполненных обязательств, но и ретроспективно – в отношении уже исполненных взаимных обязательств на предыдущем этапе. В таком случае он вправе потребовать возврата всей уплаченной цены и предложить поставщику забрать поставленное оборудование. В контексте российского права такая возможность следует из п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, в котором указывается на учет того, сохраняет ли полученное до расторжения исполнение «само по себе» интерес для кредитора, при определении возможности требовать взаимный возврат того, что стороны успели исполнить в адрес друг друга надлежащим образом до расторжения.

4.4. В силу прямого указания в п. 4 ст. 453 ГК РФ к иску о возврате предоставленного до расторжения имущества подлежат применению нормы ГК РФ о неосновательном обогащении, если иное не вытекает из закона, договора или существа обязательства. Соответственно, правовая основа иска о возврате имущества при неосуществлении контрагентом встречного исполнения и расторжении договора состоит в первую очередь из норм гл. 60 ГК РФ. Но суды могут отступать от правил о неосновательном обогащении и выводить из существа отношений иные решения, которые будут в большей степени соответствовать специфике возникающих в рамках расторжения договора отношений.

4.5. Объектом возврата при расторжении могут быть уплаченная предоплата (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49; Постановление Президиума ВАС РФ от 25 марта 2014 г. № 10614/13), переданная по договору доля в ООО (постановления Президиума ВАС РФ от 11 октября 2011 г. № 5950/11 и от 10 июня 2014 г. № 1999/14), недвижимость (п. 65 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22; Постановление Президиума ВАС РФ от 15 апреля 2008 г. № 16732/07), товар (п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69), акции, товарные знаки и патенты, права по договорным обязательствам или иное имущество.

4.6. Возврат полученного имущества осуществляется собственником. Иначе говоря, имеет место, по сути, обратное отчуждение права собственности; расторжение договора не подрывает правовые основы произошедшего ранее приобретения права собственности. В п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 на этот счет указано: «Сторона расторгнутого договора, которой было возвращено переданное ею в собственность другой стороне имущество, приобретает право собственности на это имущество производным способом (абзац первый пункта 2 статьи 218 ГК РФ) от другой стороны расторгнутого договора. Следовательно, обременения (например, ипотека), установленные собственником в отношении

этого имущества до момента передачи его обратно в собственность лицу, заявившему требование о расторжении договора, сохраняются, за исключением случаев заведомо недобросовестного поведения лица, в пользу которого было установлено соответствующее обременение (пункт 4 статьи 1, статья 10 Кодекса). Размер обременения учитывается судом при определении того, насколько снизилась стоимость имущества, возвращаемого истцу. При существенном размере обременения истец также вправе исходить из того, что имущество не может быть возвращено ему в том виде, в каком было передано ответчику, и требовать возмещения его полной стоимости». С таким подходом следует согласиться.

4.7. В случае невозможности вернуть в натуре полученное до расторжения имущества подлежат применению следующие разъяснения ВАС РФ, закрепленные в п. 6 Постановления Пленума от 6 июня 2014 г. № 35.

Во-первых, если основанием для расторжения договора послужило нарушение договора стороной, получившей имущество в собственность, то эта сторона должна компенсировать кредитору всякие, в том числе случайные, недостатки или ухудшение имущества применительно к п. 1 ст. 405 ГК РФ.

Во-вторых, при невозможности возврата имущества в натуре сторона, нарушившая договор, обязана возместить другой стороне его стоимость по цене, указанной в расторгнутом договоре, а при ее отсутствии – стоимость имущества, определяемую по правилам п. 3 ст. 424 ГК РФ на момент приобретения. При наличии недостатков у имущества в расчет принимается его стоимость, определенная с учетом данных недостатков.

В-третьих, сторона, допустившая нарушения, приведшие к расторжению договора, может быть вместе с тем освобождена от обязанности возместить стоимость полученного ею имущества в денежной форме в том случае, если имущество погибло в результате недостатков, за которые отвечает сторона, передавшая имущество, или гибель имущества произошла бы в любом случае вне зависимости от того, у кого оно находилось бы.

В-четвертых, если договор расторгается в связи с нарушениями, допущенными стороной, передавшей по этому договору имущество, либо не в связи с нарушением какой-либо из сторон, сторона, получившая имущество в собственность и обязанная его вернуть другой стороне, только в том случае компенсирует отсутствие или ухудшение этого имущества в денежной форме, если она распорядилась этим имуществом или потребила его, а также если гибель имущества или его ухудшение произошли в условиях, когда сторона относилась к обеспечению сохранности имущества существенно менее заботливо, чем это свойственно обычному участнику гражданского оборота. После того как сторона узнала или должна была узнать о наличии оснований для расторжения договора, она компенсирует стоимость имущества при наличии ее вины в любой форме.

В-пятых, сторона, возместившая стоимость имущества, имеет право на возмещение необходимых и разумных расходов, которые она понесла в связи с содержанием и использованием указанного имущества.

4.8. Независимо от основания для расторжения договора сторона, обязанная вернуть имущество, возмещает все выгоды, которые были извлечены ею в связи с использованием, потреблением или переработкой данного имущества, другой стороне за вычетом понесенных необходимых расходов на его содержание. В частности,

если возвращается имущество, бывшее в использовании, возмещается его износ, определяемый расчетным путем, причем заинтересованное лицо может доказать, что фактический износ превышал расчетный ввиду чрезмерного использования имущества (п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35). Тем самым в этом вопросе в силу существа отношений не подлежит применению п. 1 ст. 1107 ГК РФ, согласно которому извлеченные неосновательно обогатившимся лицом доходы подлежат возмещению потерпевшему только в той части, в которой эти доходы извлечены с момента, когда обогатившееся лицо узнало или должно было узнать о неосновательности своего обогащения. При расторжении договора и возвращении полученного имущества возмещаются все фактически извлеченные из полученного имущества доходы, в том числе и те, которые были извлечены до расторжения. Такое же решение известно и зарубежному праву (ст. III.-3:510 Модельных правил европейского частного права).

При этом данное решение, конечно же, не применяется к тем случаям, когда возврату подлежит то имущество, которое контрагент должен был вернуть по истечении срока действия договора, даже если бы он не был расторгнут. Если, например, расторгается договор аренды, арендатор не обязан перечислять арендодателю доходы, извлеченные из факта использования предмета аренды в период до его возврата, так как арендодатель получил или должен будет получить за соответствующий период арендную плату. Необходимость перечисления извлеченных доходов возникает только тогда, когда возврат имущества не был предметом договора и происходит именно в связи с расторжением.

4.9. Согласно п. 1 ст. 1107 ГК РФ при возврате неосновательного обогащения должны быть также возмещены все доходы, которые обогатившееся лицо фактически не извлекло, но должно было извлечь из полученного имущества с момента, когда оно узнало или должно было узнать о неосновательности своего обогащения. В этой части п. 1 ст. 1107 ГК РФ вполне применим к отношениям, возникающим при расторжении договора. В отличие от ситуации с фактически извлеченными доходами возмещение таких возможных к извлечению, но фактически не извлеченных доходов производится только за период после расторжения и возникновения обязательства по возврату имущества.

4.10. Если при расторжении договора подлежат возврату уплаченные денежные средства, на соответствующую сумму подлежат начислению проценты. В п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 указывается на то, что такие проценты начисляются по правилам ст. 395 ГК РФ не с момента расторжения и возникновения обязательства по возврату предоплаты, а ретроспективно, с момента выплаты такой предоплаты. При этом из текста п. 5 данного Постановления следует, что такое ретроспективное начисление процентов не зависит от оснований расторжения. С таким подходом можно поспорить. Когда договор расторгается из-за нарушения, допущенного стороной, получившей предоплату, ретроспективное начисление процентов выглядит вполне логично и справедливо. Но в тех случаях, когда договор расторгается из-за нарушения, допущенного лицом, внесшим предоплату, или вовсе вне связи с каким-либо нарушением, ретроспективное начисление процентов сомнительно. Подробнее см. комментарий к ст. 395 ГК РФ.

4.11. Иные последствия расторжения договора могут быть установлены соглашением сторон, если соблюдены общие ограничения свободы договора, определенные

в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 (п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, Определение ВС РФ от 4 августа 2015 г. № 310-ЭС15-4563).

5. Согласно п. 5 ст. 453 ГК РФ в случае, если основанием для расторжения или изменения договора было существенное нарушение договора, кредитор вправе потребовать от нарушителя возмещения убытков, вызванных вынужденным расторжением (изменением) договора. В новой редакции ГК РФ таким убыткам посвящена ст. 393¹ ГК РФ. Это в первую очередь убытки в виде разницы между ценой расторгнутого договора и ценой сделки, заключенной кредитором взамен расторгнутого договора; а также так называемые абстрактные убытки. Подробнее см. комментарий к ст. 393¹ ГК РФ.

5.1. При этом следует особо подчеркнуть, что взыскание таких убытков возможно только тогда, когда договор расторгается в ответ на существенное нарушение. При расторжении договора вне какой-либо прямой связи с таким нарушением эти убытки не возмещаются. На практике проблема может возникнуть в тех случаях, когда в силу прямого указания в договоре одна из сторон вправе отказаться от договора при малейшем нарушении. Само такое условие по общему правилу должно признаваться, так как закон (за рядом исключений, предусмотренных в п. 2 ст. 310 ГК РФ) допускает возможность согласовывать право на вовсе немотивированный отказ от договора, а если позволено большее, то позволено и меньшее (принцип толкования *a fortiori*). Но должна ли применяться в таких случаях норма п. 5 комментируемой статьи о возможности взыскания убытков, вызванных вынужденным расторжением договора, со стороны, чье нарушение спровоцировало расторжение? Представляется, что на этот вопрос следует ответить положительно, если будет доказано, что случившееся нарушение объективно было существенно. Если же расторжение договора опиралось на условие договора и было легитимным, но само нарушение объективно несущественно, возможность взыскания таких убытков должна исключаться. Так, например, если в договоре подряда предусмотрено право заказчика отказаться от договора подряда при малейшем пропуске срока начала выполнения работ или промежуточного срока и заказчик это право незамедлительно реализовывает, столкнувшись с однодневной просрочкой, право должно признавать договор расторгнутым, но возможность присуждения в пользу заказчика убытков, вызванных вынужденным расторжением договора по п. 5 комментируемой статьи, должна зависеть от того, сможет ли заказчик доказать, что такое, казалось бы, незначительное нарушение объективно носило для него существенный характер. Более того, объективная несущественность нарушения в описанном случае с отказом от договора подряда может грозить заказчику переквалификацией состоявшегося отказа в режим, установленный в ст. 717 ГК РФ, что повлечет возложение уже на самого заказчика обязанности возмещения убытков подрядчику. Впрочем, последний вопрос в российском праве пока однозначно не разрешен и требует дополнительного анализа.

