

СОВЕТ ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ПО КОДИФИКАЦИИ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

103132, Москва, ул. Ильинка, д. 8

Телефон: 606-36-39, факс: 606-36-57

Проект
Рекомендован Советом к
опубликованию в целях обсуждения
(протокол № 66 от 26 января 2009 г.)

КОНЦЕПЦИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ОБЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА РОССИИ

Раздел I. Общие положения об обязательствах

1. Состояние действующего законодательства и практики его применения

1.1. В действующем ГК РФ понятие обязательства и одновременно его содержание определены в п. 1 ст. 307, согласно которому в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определённое действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определённого действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. В ст. 307 (п. 2) ГК РФ содержится также положение об основаниях возникновения обязательств: обязательства возникают из договора, вследствие причинения вреда и из иных оснований, указанных в настоящем Кодексе.

1.2. Названным определением понятия «обязательство» охватывается лишь простая связь должника, на которого возложена обязанность, и кредитора, располагающего соответствующим правом требования. Понимание обязательства как единого сложного (синаллагматического) правоотношения нашло отражение в норме, содержащейся в п. 2 ст. 308 ГК РФ: если каждая из сторон по договору несёт обязанность в пользу другой стороны, она считается должником другой стороны в том, что обязана сделать в её пользу и одновременно её кредитором в том, что имеет право от неё требовать.

1.3. Относительный характер обязательственного правоотношения подчёркивает правило о том, что обязательство не создаёт обязанностей для лиц, не участвующих в нём в качестве сторон (для третьих лиц), однако в случаях, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон, обязательство может создавать для третьих лиц права в отношении одной или обеих сторон обязательства (п. 3 ст. 308 ГК РФ).

1.4. Правовое регулирование сторон обязательства: должника и кредитора, - дополняется правилом о том, что в обязательстве в качестве каждой из его сторон могут участвовать одно или одновременно несколько лиц. При этом недействительность требований кредитора к одному из лиц, участвующих в обязательствах 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 (п. 1 ст. 308 ГК РФ).

Приведёнными нормами исчерпывается содержание главы 21 ГК РФ «Понятие и стороны обязательства».

1.5. Неполнота норм, определяющих понятие и стороны обязательства, вызывает определённые сложности в практике их применения и порождает противоречивую судебную практику, в частности, по вопросам: о возможности квалификации в качестве обязательств правоотношений, связанных с применением реституционных последствий по недействительной сделке, и возможности уступки права требования

применения таких последствий; о соотношении договорных и кондикционных обязательств; о правовой природе и квалификации обязательств, возникающих из преддоговорных контактов сторон.

2. Оценка действующего законодательства

2.1. Законодательное определение понятия «обязательство» не охватывает некоторых действий сторон, составляющих предмет основных обязательств (например, оказание услуг) и в определённых случаях не позволяет отграничить обязательство от иных относительных правоотношений (реституционных, корпоративных).

В общих положениях, определяющих понятие обязательства, явно не достаёт норм, которые позволяли бы классифицировать обязательства на отдельные виды и определить особенности правового регулирования указанных отдельных видов обязательств.

Например, в общих положениях об обязательствах, содержащихся в книге 6 Гражданского кодекса Нидерландов, выделяются и регулируются натуральные, альтернативные, условные обязательства (ст. 3-5, ст. 17-20, ст. 21-26).

2.2. В ГК РФ не проведено разграничение между договорными и внедоговорными (деликтными и кондикционными) обязательствами и не определены особенности их правового регулирования.

При определении понятия обязательства в ГК РФ в недостаточной степени раскрыто содержание обязательства, не определён правовой режим права требования кредитора, которое по существу является полноценным объектом гражданского оборота.

Видимо, в содержание всякого обязательства должна входить и обязанность сторон соблюдать требования разумности и справедливости в их взаимоотношениях, как это предусмотрено, например, в Гражданском кодексе Нидерландов (ст. 2 книги 6). Возможно, в ГК РФ можно было бы включить правило об обязанности стороны обязательства учитывать права,

правовые блага и интересы другой стороны (п. 2 § 241 Гражданского уложения Германии).

2.3. Более детальными (и, по возможности, исчерпывающими) должны быть правила об основаниях возникновения обязательств, в особенности применительно к ситуациям, когда обязательство возникает из односторонних действий, из административного акта, из судебного решения, либо его основанием служит сложный юридический состав.

Весьма полезным было бы определить обязательственно-правовые способы защиты и их соотношение с иными способами защиты нарушенных субъективных гражданских прав, например, исключить возможность применения виндикационного иска при наличии у собственника (законного владельца) обязательственного права требования возврата его имущества.

3. Предложения по совершенствованию действующего законодательства

3.1. Включить в понятие обязательства (в дополнение к названным определённым действиям должника) такие действия, как оказание услуг и внесение вклада в совместное дело (п. 1 ст. 307 ГК РФ).

Расширить перечень оснований возникновения обязательств и придать ему, по возможности, исчерпывающий характер (п. 2 ст. 307 ГК РФ).

Дополнить ст. 307 ГК РФ положением о порядке применения общих положений об обязательствах к отдельным видам обязательств: договорным и внедоговорным (обязательствам вследствие причинения вреда и вследствие неосновательного обогащения), а также о возможности их применения к другим определённым правоотношениям (реституционным, корпоративным и т.п.), если иное не предусмотрено ГК РФ и иными законами и не вытекает из существа указанных правоотношений.

Включить в главу 21 ГК РФ отдельную статью о договорных обязательствах, содержащую следующие положения:

а) о приоритете норм, содержащихся в главах и параграфах ГК РФ,

посвящённых отдельным видам договоров и их разновидностям перед общими положениями об обязательствах и договорах, которые подлежат субсидиарному применению;

б) о порядке применения общих положений об обязательствах и договорах к непоименованным договорам, имея в виду непосредственное регулирование таких договоров;

в) о возможности возникновения обязательств на стадии преддоговорных контактов сторон (в случаях, предусмотренных законом) и порядке их регулирования.

3.2. Включить в главу 21 ГК РФ нормы об альтернативных и факультативных обязательствах, содержащие следующие положения:

а) альтернативным признаётся обязательство, по которому должник обязан исполнить одно из двух или более обязательств по собственному выбору, если законом или договором право выбора не предоставлено кредитору или третьему лицу;

б) с момента, когда должник, а в соответствующих случаях – кредитор, третье лицо, осуществил свой выбор обязательства, подлежащего исполнению, данное обязательство рассматривается в качестве обычного обязательства;

в) под факультативным понимается такое обязательство, по которому должнику предоставлено право заменить обязательство, подлежащее исполнению, другим обязательством;

г) в случае, когда должник реализует своё право на замену подлежащего исполнению обязательства другим обязательством, кредитор обязан принять от должника исполнение по этому обязательству.

3.3. Включить в главу 21 ГК РФ нормы о натуральных обязательствах, содержащие следующие положения:

а) натуральным признаётся обязательство, по которому требования кредитора не подлежат судебной защите;

б) основания возникновения натуральных обязательств, а также условия

и порядок отказа в судебной защите требований кредиторов по таким обязательствам определяются ГК РФ и другими законами;

в) в случаях, предусмотренных законом или договором, требованиям кредитора по натуральному обязательству может быть предоставлена судебная защита.

3.4. Включить в главу 21 ГК РФ отдельную статью о способах защиты прав кредитора по обязательству, содержащую следующие положения:

а) в случае неисполнения должником принятого на себя обязательства кредитор вправе потребовать его принудительного исполнения по суду, если иное не предусмотрено ГК РФ, иным законом или не вытекает из существа обязательства;

б) должник, нарушивший обязательство, может быть привлечён к ответственности, предусмотренной ГК РФ, иными законами или договором;

в) в случае досрочного прекращения обязательства сторона, исполнившая обязательство и не получившая исполнения от другой стороны, вправе потребовать возвращения исполненного по обязательству по правилам об обязательствах вследствие неосновательного обогащения, если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из существа обязательства;

г) по обязательству, предметом которого является предоставление имущества во временное владение и (или) пользование, при просрочке возврата указанного имущества кредитор вправе потребовать от должника принудительного исполнения обязательства; предъявление кредитором, являющимся собственником (законным владельцем) соответствующего имущества виндикационного иска не допускается.

Раздел II. Исполнение обязательств

1. Состояние действующего законодательства

1.1. Общие положения об исполнении обязательств входят в гражданскую кодификацию и сосредоточены в главе 22 ГК РФ, которая содержит 20 статей. Нормативное регулирование предусматривает общие положения об исполнении обязательства надлежащим образом, правила о недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства, об исполнении обязательства по частям и досрочном исполнении, исполнении надлежащему лицу и исполнении третьим лицом, правила о сроках и месте исполнения, валюте денежных обязательств, очерёдности исполнения, порядок исполнения альтернативного обязательства и обязательства со множественностью лиц (долевых и солидарных), а также положения об исполнении обязательства в депозит и встречном исполнении.

1.2. Положения об исполнении обязательств не содержат принципа добросовестного исполнения обязательств и требования о сотрудничестве сторон при исполнении обязательства, а также положений о зачислении исполнения в счёт нескольких однородных долгов и распределения расходов на исполнение, не имеется правил об исполнении факультативных обязательств.

1.3. За время действия ГК РФ нормы об исполнении обязательств подверглись незначительному изменению в части регулирования вопроса об увеличении сумм, выплачиваемых на содержание гражданина (ст. 318 ГК РФ).

1.4. Данные положения имеют весьма широкое применение на практике, о чем, в частности, свидетельствует судебная практика.

2. Оценка действующего законодательства и практики его применения

Судебная практика, современная отечественная доктрина дают основания утверждать, что большинство норм гражданского

законодательства об исполнении обязательств не вызывают трудностей в правоприменительной практике, равно как и серьезных теоретических изъяснений.

Между тем, практика применения отдельных норм гражданского законодательства об исполнении обязательств, их сравнение с некоторыми развитыми иностранными правовыми порядками, а также международными принципами договорного права, в том числе европейского, свидетельствуют о необходимости совершенствования правового регулирования.

2.1. Отсутствие принципа добросовестности при исполнении обязательств не позволяет правоприменителю при рассмотрении споров дать адекватную оценку действий в случаях недобросовестного поведения сторон при исполнении обязательств. Детальное урегулирование гражданским законодательством поведения сторон для всех мыслимых случаев и особенностей действий по исполнению обязательств в тех или иных обстоятельствах не представляется возможным. Для справедливого разрешения соответствующих споров иностранные правовые порядки и международные принципы договорного права предусматривают общее предписание действовать при исполнении обязательств добросовестно, что позволяет судам с опорой на норму права более эффективно защищать нарушенные права и законные интересы участников гражданского оборота. Частным случаем добросовестного исполнения обязательств выступает принцип сотрудничества сторон при исполнении обязательств, который представлен в действующем законодательстве лишь фрагментарно в отдельных видах обязательств (например, ст. 718 ГК РФ). В качестве общего правила требования о сотрудничестве сторон при исполнении обязательств общие положения гражданского законодательства об исполнении обязательств не содержат. Некоторым иностранным правовым порядкам и принципам международного права, напротив, такое предписание известно.

2.2. Исполнение обязательства во многих случаях влечет за собой определенные расходы, связанные именно с действиями по исполнению

обязательств. Гражданское законодательство не содержит общих правил о распределении расходов на случай, если специальное регулирование или положения договора не устанавливают на этот счёт никаких положений. Судебная практика свидетельствует о неоднозначном разрешении в этой части соответствующих споров. Применение аналогии законодательства и аналогии права не может служить удовлетворительным средством разрешения данного вопроса, поскольку не устраняет неопределённость в отношениях сторон, возлагая на них юридические риски, возникающие из такой неопределённости.

2.3.1. Правила об исполнении обязательства третьим лицом (ст. 313 ГК РФ), разрешают не только вопрос о том, когда кредитор вправе отказаться от исполнения, предлагаемого третьим лицом, а когда должен его принять, но также содержат указание на возложение исполнения обязательства должником на третье лицо (п. 1 ст. 313 ГК РФ). Между тем, взаимодействие между должником и третьим лицом не охватывается отношениями по исполнению обязательства, поскольку не представляет собой действий по исполнению обязательства. Само по себе отношение между должником и третьим лицом не затрагивает прав кредитора, поэтому сам факт возложения исполнения обязательства на третье лицо, не освобождает должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (ст. 403 ГК РФ). Из п. 1 ст. 313 ГК РФ можно вывести, что возложение исполнения обязательства на третье лицо возможно лишь по обязательствам определённого характера и что исполнение обязательства третьим лицом возможно лишь при наличии самого факта возложения. Последнее неоправданно стесняет свободу усмотрения сторон (третьего лица и должника), что противоречит принципам гражданского права (ст. 1, 421 ГК РФ), а также приводит к нарушению прав кредитора, которому приходится каждый раз принимая исполнение от третьего лица, выяснять наличие факта возложения, что не всегда возможно по характеру отношений, складывающихся при исполнении обязательств (например, перечисление

безналичных денежных средств на банковский счёт кредитора). Развитые иностранные правовые порядки, а также принципы международного договорного права не видят необходимости в положениях об исполнении обязательства третьим лицом урегулировать взаимоотношения между третьим лицом и должником, обоснованно исходя из того, что регулирование исполнения обязательства третьим лицом должно устанавливать справедливый баланс интересов кредитора и должника, а не третьих лиц и должника.

2.3.2. Положение об исполнении обязательства третьим лицом без согласия должника (п. 2 ст. 313 ГК РФ) ограничивает права третьего лица лишь случаями наличия опасности утраты права на имущество должника вследствие обращения на него взыскания кредитором. Между тем, практика показывает, что третьи лица (особенно в предпринимательских отношениях) могут иметь и другой законный интерес в удовлетворении требований кредитора по обязательству должника. Этот интерес не может быть защищен вследствие указанных ограничений.

2.4. Норма, регулирующая срок исполнения обязательства, которое не предусматривает этот срок и не позволяет его определить, содержит внутреннее противоречие (п. 2 ст. 314 ГК РФ). С одной стороны, согласно абз. 1 п. 2 ст. 314 ГК РФ просрочка наступает по истечении разумного срока, а с другой стороны, согласно абз. 2 п. 2 ст. 314 ГК РФ просрочка наступает с момента истечения льготного срока, исчисляемого со дня предъявления соответствующего требования кредитором. Следствием этого является неоднозначная судебная практика, которая свидетельствует о различных подходах в определении начала просрочки исполнения обязательства для одних и тех же обязательств.

2.5. Общие положения об исполнении обязательств не содержат нормы о порядке зачисления однородных объектов исполнения в счёт нескольких обязательств, при отсутствии указания должника, в счёт какого обязательства производится исполнение (порядок зачисления исполнения). Данное регулирование оказалось установленным только применительно к договору

поставки (ст. 522 ГК РФ). Между тем, вопрос о порядке зачисления исполнения возникает при исполнении множества различных видов обязательств.

Установленное в ст. 522 ГК РФ регулирование является несовершенным, поскольку относится только к исполнению обязательств по нескольким договорам, тогда как порядок зачисления исполнения может быть востребован при наличии нескольких долгов, в том числе возникших из одного основания (сделка, включая договор, иной юридический факт), а также применяется лишь в случае оплаты одноименных товаров, тогда как неопределённость в зачислении исполнения может возникать и при оплате разноименных товаров. Так, например, при оплате долга за поставленные бензин и дизельное топливо, должник указывает в платежном документе, что платеж осуществляется за нефтепродукты. Несмотря на разноимённость оплачиваемых товаров, неопределённость в вопросе о зачислении исполнения остается. Кроме того, имеющееся регулирование устанавливает лишь один двухступенчатый критерий для зачисления исполнения – исполнение зачисляется в счёт обязательства, срок исполнения по которому наступил ранее, а при равенстве сроков – пропорционально. Установленное регулирование применяется независимо от степени обеспеченности исполнения того или иного обязательства, что не учитывает интерес кредитора. Развитые иностранные правовые порядки и международные принципы договорного права устанавливают более детальное регулирование критериев зачисления исполнения, что позволяет более гибко урегулировать баланс интересов сторон.

2.6. Установленное регулирование особенностей исполнения денежных обязательств (ст. 317 – 319 ГК РФ), является не полным. Специфика наиболее распространенной в гражданском обороте формы расчётов посредством безналичного перечисления денежных средств, требует определения момента, когда денежное обязательство считается исполненным. Судебная практика по этому вопросу свидетельствовала о неоднозначности подходов.

Этот вопрос оказывается еще более актуальным в силу того, что налоговое законодательство определяет правила исполнения обязанности по уплате налога, согласно которым указанная обязанность считается исполненной с момента представления в банк поручения на уплату налога при наличии достаточного остатка на счёте налогоплательщика (п. 2 ст. 45 Налогового кодекса РФ). Это приводит к неоправданному перенесению риска неполучения платежа на получателя средств, который не имеет юридических возможностей ни в выборе банковской организации плательщика, ни в «маршруте движения» денежных средств. Для гражданских отношений такой подход является неприемлемым, поскольку ставит кредитора (получателя платежа) в полную зависимость от действий должника, в результате чего денежное обязательство юридически может считаться исполненным, тогда как фактически кредитор не получает причитающегося ему по обязательству.

2.7. Правило об исполнении альтернативного обязательства не устанавливает специального регулирования на случай его неисполнения должником, в том числе для случая, когда право выбора объекта исполнения обязательства оказывается не реализованным должником. В доктрине считается, что кредитор в этом случае должен предъявлять иск альтернативно. Между тем, судебная практика и международные принципы договорного права, исходят из того, что кредитор может сам осуществить выбор объекта исполнения при просрочке должника и, соответственно, добиваться его присуждения. С учётом того, что право выбора объекта исполнения альтернативного обязательства по общему правилу принадлежит должнику, просрочка должника при отсутствии его выбора вносит неопределённость в отношения сторон и влечет нарушение прав кредитора, не позволяя эффективно защищать их.

2.8. Кодификации не известны правила об исполнении факультативных обязательств, тогда как доктрина имеет научно обоснованные подходы, как в отграничении этих обязательств от альтернативных, так и правила исполнения данного вида обязательств. На практике факультативные

обязательства используются не часто, однако отсутствие норм об исполнении факультативных обязательств повлекло необоснованное распространение судебной практикой доктринальных взглядов на иные виды отношений, например на отношения, по прекращению обязательства отступным, которые не являются отношениями по факультативному обязательству.

Отсутствие правил об исполнении факультативных обязательств не позволяет участникам гражданского оборота более гибко урегулировать собственные отношения, с тем, чтобы устранить юридические риски различной их квалификации, что создает риски смешения правил исполнения альтернативного (ст. 320 ГК РФ) и факультативного обязательств вследствие естественной близости их правовой природы, а также создает риски отказа в признании законности факультативного обязательства.

2.9. Имеющиеся правила о встречном исполнении взаимных обязательств (ст. 328 ГК РФ) не разрешают вопроса о правомочиях кредитора в том случае, если последовательность действий сторон по предоставлению исполнения не установлена законом или договором. Это приводит к тому, что на практике одна сторона заявляет требование о взыскании, не произведя собственного предоставления. В результате другая сторона, хотя и не исполнившая своей обязанности, подвергается риску лишиться соответствующего объекта гражданского права, не получив его эквивалента, обусловленного договором. Такое положение вещей влечет деформацию отношений в синаллагматическом обязательстве, основанном на возмездно-эквивалентном принципе отношений.

3. Предложения по совершенствованию

действующего законодательства

3.1. Гражданское законодательство должно обеспечивать утверждение и всемерную реализацию принципа добросовестности при исполнении обязательства. Утверждение этого принципа возможно различными юридико-техническими приемами: во-первых, по примеру некоторых

иностранных законодательств он может быть закреплён в нормах об исполнении обязательств; во-вторых, он может быть поглощён более общим принципом добросовестности в гражданских отношениях и, соответственно, системно принадлежать к основным положениям гражданского законодательства¹. Последний подход является более предпочтительным. Нормативное закрепление общего принципа добросовестности в гражданском праве позволит отказаться от конкретизации тех или иных частных случаев его проявления, в том числе и принципа сотрудничества сторон при исполнении обязательств. Кроме того, это позволит отказаться от его повторов в отдельных разделах кодификации. Поскольку в добросовестности в гражданском праве объективно заинтересовано все общество, следует предусмотреть императивный характер указанного принципа.

3.2. Гражданское законодательство должно содержать общее положение о распределении расходов, связанных с исполнением обязательства. Исполнение производится иждивением должника. Стороны, вступая в обязательство, обычно исходят из того, что предоставление по договору должно быть получено кредитором, составив сферу его хозяйства. С учётом этого в возмездных обязательствах определяется соотношение предоставления одной и другой стороны. Должник обычно учитывает в цене сделки свои издержки по доставлению объекта кредитору, либо особо оговаривает их оплату другой стороной. В соответствующих случаях распределение расходов при исполнении устанавливается законом, иными нормативными актами или следует из обычаев делового оборота, а также может определяться иными обычно предъявляемыми требованиями. Между тем, судебная практика показывает, что нередко данный вопрос оказывается не урегулирован ни специальным законодательством, ни договором.

Диспозитивное регулирование должно предусматривать, что *расходы, связанные с исполнением обязательства, относятся на должника, если иное*

¹ В частности, в этом аспекте может быть подвергнута изменению ст. 10 ГК РФ.

не установлено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства или не следует из обычаев делового оборота или иных обычно предъявляемых требований.

3.3.1. Правила об исполнении обязательства третьим лицом должны ограничиваться регулированием только взаимоотношений между третьим лицом и кредитором в вопросе принятия или отказа от принятия исполнения, в зависимости, соответственно, от отсутствия личного характера исполнения или его наличия. Вопрос о возложении исполнения обязательства на третье лицо относится к сфере взаимоотношений между третьим лицом и должником и не затрагивает интересов кредитора. В соответствии с этим следует исходить из того, что *кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа.* Положения о возложении исполнения обязательства на третье лицо подлежат изъятию из п. 1 ст. 313 ГК РФ.

3.3.2. Для целей удовлетворения законных интересов третьего лица в предпринимательских отношениях по исполнению денежного обязательства следует исходить из того, что для кредитора не имеет принципиального значения, кто именно исполнит обязательство по уплате денежных средств – сам должник или третье лицо. Поэтому необходимо дополнить действующее регулирование правилом о том, что *в предпринимательских отношениях третье лицо, имеющее соответствующий законный интерес, может за свой счёт удовлетворить денежное требование кредитора без согласия должника.* В этом случае к третьему лицу переходят права кредитора по обязательству в соответствии со статьями 382 – 387 ГК РФ. Для целей защиты интересов должника следует допустить его возможность договориться с кредитором таким образом, чтобы последний не вправе был принимать исполнение от третьих лиц без согласия должника.

3.4. Для устранения внутреннего противоречия положений действующего законодательства о сроке исполнения обязательства, не

предусматривающего срока его исполнения или не позволяющего его определить, следует исходить из того, что *обязательство, которое не предусматривает срок исполнения или не позволяет его определить, подлежит исполнению в разумный срок, а если его невозможно определить, в семидневный срок после предъявления требования кредитором. При длительном отсутствии требования должник вправе потребовать от кредитора принять исполнение.*

3.5. Для восполнения пробела общих положений гражданского законодательства об исполнении обязательств по зачислению исполнения в счёт нескольких обязательств следует установить необходимые правила, изъяв соответствующее регулирование из норм, посвященных договору поставки. Эти правила должны исходить из следующих исходных диспозитивных положений.

Если исполненного должником не достаточно для погашения всех его обязательств, предоставление засчитывается в счёт обязательства, указанного должником. Если должник не указал, в счёт какого обязательства осуществлено исполнение, оно засчитывается в счёт такого обязательства, срок исполнения которого наступил или наступит ранее, а если обязательство не имеет срока исполнения, в счёт того обязательства, которое возникло ранее. При равенстве сроков исполнения обязательств предоставление засчитывается в счёт обязательства, по которому кредитор не имеет обеспечения исполнения обязательства, а если это правило неприменимо – исполнение засчитывается пропорционально.

3.6. Для устранения неопределённости в отношении момента исполнения денежного обязательства по перечислению безналичных денежных средств следует установить правило, согласно которому *обязательство должника по уплате безналичных денежных средств считается исполненным при зачислении денежных средств на счёт банка, в котором у кредитора открыт соответствующий счёт.* Для исключения злоупотреблений со стороны кредитора (когда предусматривается зачисление

денежных средств на расчётный счёт самого кредитора, а не его банка) следует сформулировать указанное правило как императивное.

3.7. Для целей защиты прав кредитора в альтернативном обязательстве следует установить диспозитивное правило о том, что *в случае просрочки исполнения должником альтернативного обязательства, при котором право выбора принадлежит должнику, кредитор вправе самостоятельно выбрать объект исполнения, если он еще не выбран должником, и предъявить соответствующее требование.*

3.8. Для целей развития права и устранения ошибок правоприменительной практики следует определить правила исполнения факультативного обязательства. При этом необходимо исходить из того, что *по факультативному обязательству должник обязан передать кредитору определенное имущество или совершить определенное действие, но вправе заменить их другим имуществом или другими действиями, указанными в обязательстве.* Для устранения неразрешимых коллизий в квалификации обязательства как альтернативного или факультативного следует установить, что в случае неясности условий обязательства, оно считается альтернативным.

3.9. Для установления справедливого экономического баланса интересов сторон двусторонних обязательств, необходимо установить диспозитивное правило, согласно которому *одна сторона двустороннего обязательства не вправе требовать исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне.*

Раздел III. Обеспечение исполнения обязательств

Подраздел I. Залог

1. Состояние действующего законодательства

1.1. Действующее гражданское законодательство, регулирующее отношения по залому состоит из целого ряда законодательных актов.

Основу соответствующего массива законодательных актов образуют три закона:

- Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ),
- Федеральный закон «Об ипотеке (залоге недвижимого имущества)» (далее – Закон об ипотеке),
- Закон РФ «О залоге» (далее – Закон о залоге).

Помимо указанных законодательных актов положения, непосредственно касающиеся регулирования залоговых правоотношений содержатся в таких законах, как:

- Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве),
- Федеральный закон «Об исполнительном производстве» (далее – Закон об исполнительном производстве),
- Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон о долевом строительстве),
- и др.

1.2. Положения ГК РФ создают основу законодательного регулирования отношений по залому. Вместе с тем ряд положений ГК РФ отличает излишне обобщённый характер. Как показывает сопоставление норм Гражданского кодекса РФ и Закона об ипотеке, последний законодательный акт часто содержит более развернутые нормы о залоге. Достаточно сравнить ст. 43-46

Закона об ипотеке, подробно регламентирующую правоотношения в рамках предшествующего и последующего залога, и ст. 342 ГК РФ.

Кроме того, в систему норм ГК РФ о залоге с трудом вписываются положения Закона о залоге, продолжающие применяться в части, не противоречащей положениям ГК РФ и Закона об ипотеке. В соответствии со статьей 4 Федерального закона от 21 октября 1994 г. "О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" Закон "О залоге" подлежит применению постольку, поскольку он не противоречит части первой ГК РФ". Аналогичная норма содержится и в п. 2 ст. 79 Закона об ипотеке.

Значительная часть норм Закона о залоге после принятия ГК РФ и Закона об ипотеке фактически утратила силу, в силу прямого противоречия нормам указанных законов. Однако ряд положений Закона о залоге, с одной стороны, прямо не противоречат этим нормам, более того, регулируют очень важные отношения, но при этом плохо инкорпорируются в систему действующих общих норм о залоге, установленных ГК РФ и Законом об ипотеке. Например, ст. 54-58 Закона о залоге, регулирующие отношения, связанные с залогом прав. С другой стороны, само формальное существование, не отмененного Закона о залоге порождает ситуации, когда внесение законодателем изменения в давно фактически утратившую силу норму этого Закона, приводит к её возрождению. Так, после отмены правил ГК РФ и Закона об ипотеке об обязательном нотариальном удостоверении договора об ипотеке, в п. 1 ст. 40 Закона о залоге, который считался фактически утратившим силу с момента принятия ГК РФ, законодатель внёс изменение и тем самым фактически вновь наделил силой данное положение, которое отныне предусматривает, что «договор о залоге гражданских воздушных, морских и речных судов, железнодорожного подвижного состава и космических объектов должен быть нотариально удостоверен».

В частности, совершенно необъяснимо с точки зрения законодательной техники выглядит внесение законодателем изменений, касающихся порядка

обращения взыскания на заложенное имущество и порядка его реализации, одновременно в Закон о залоге и Гражданский кодекс РФ при текстуальном несовпадении этих изменений. Например, внесенные в Закон о залоге изменения, касающиеся обращения взыскания и реализации заложенного имущества, существенно отличаются от изменений, внесенных в ГК РФ.

2. Оценка действующего законодательства и практики его применения

Анализ действующего гражданского законодательства и практики его применения судами, позволяет выделить несколько групп проблем.

2.1. Проблема сохранения обеспечительной функции залога

В соответствии со ст. 334 ГК РФ «в силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законом». Таким образом, только при условии жёсткого и точного определения круга требований, которые, не будучи обеспечены залогом, могут быть удовлетворены из стоимости заложенного имущества преимущественно перед требованиями залогодержателя, залог может выполнять функцию способа обеспечения обязательств.

В российском законодательстве можно выделить три закона, содержащие положения, которые правоприменительная практика трактует как устанавливающие приоритет для отдельных требований перед требованиями залогодержателя.

- ст. 64 ГК РФ,
- п. 4 ст. 134 Закона о банкротстве,
- ст. 78 и ст. 111 Закона об исполнительном производстве.

Согласно указанным нормам, только две группы требований, если они возникли до заключения соответствующего договора залога, пользуются

преимуществом перед требованиями залогодержателя.

- к первой очереди относятся требования граждан, перед которыми юридическое лицо несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, а также требования о компенсации морального вреда;

- ко второй очереди относятся требования по выплате выходных пособий и оплате труда лиц, работающих или работавших по трудовому договору, и по выплате вознаграждений по авторским договорам.

2.1.1. Гарантией соблюдения правила об очередности удовлетворения требований в рамках исполнительного производства является то, что согласно п. 4 ст. 78 Закона об исполнительном производстве обращение взыскания на заложенное имущество в интересах не являющихся залогодержателями взыскателей, требования которых относятся к первой или второй очереди, имеют преимущество перед требованием залогодержателя и возникли до заключения договора залога, допускается только на основании судебного акта об обращении взыскания на заложенное имущество. Следовательно, суд становится гарантом того, что обращение взыскания на заложенное имущество состоится только в целях удовлетворения требований первой и второй очереди, пользующихся приоритетом перед требованиями залогодержателя, обеспеченными залогом.

Соблюдение соответствующей очередности в рамках конкурсного производства также обеспечивается судом, под контролем которого осуществляется конкурсное производство. Судебный контроль за соблюдением установленной законом очередности не исключён и при добровольной ликвидации юридического лица в соответствии с общими правилами гражданского законодательства, позволяющими лицу, чьи права и интересы нарушены, обращаться за их защитой в суд.

Вместе с тем само наличие и в ГК РФ и в Законе об исполнительном производстве правил об очередности удовлетворения требований кредиторов дает основание для вывода, что при недостаточности имущества должника для удовлетворения требований его кредиторов, в том числе кредиторов

первой и второй очереди, имущество должника, находящееся в залоге у других кредиторов, может быть реализовано для удовлетворения требований, имеющих приоритет, без признания должника банкротом в рамках его добровольной ликвидации или в рамках исполнительного производства (см. п. 3.1.).

Положение усугубляется последними изменениями, внесенными законодателем в Закон о банкротстве, который принципиально иным образом регламентирует отношения, связанные с использованием заложенного имущества для удовлетворения требований первой и второй очереди, предоставляя тем самым залогодержателю большую защиту на стадии банкротства должника (залогодателя), чем Гражданский кодекс РФ и Закон об исполнительном производстве.

2.1.2. В настоящее время Закон о банкротстве (п. 1 и 2 ст. 138) и Закон об исполнительном производстве (п. 4 ст. 78) позволяют обращать взыскание на заложенное имущество для удовлетворения требований, пользующихся преимуществом перед требованиями залогодержателя только при отсутствии у должника иного имущества, на которое может быть обращено взыскание, однако в ГК РФ подобной нормы нет.

2.1.3. В законодательстве отсутствуют правила, чётко определяющие судьбу залога при реализации заложенного имущества вне рамок конкурсного производства для удовлетворения требований, пользующихся преимуществом перед требованиями залогодержателя, что создает предпосылки для вывода, что залог в подобных случаях прекращается. В сочетании с другими недостатками в регулировании залога, это усугубляет проблему реализации заложенного имущества для удовлетворения иных требований, чем требования залогодержателя (см. п. 3.14).

2.1.4. Согласно п. 7 ст. 78 Закона об исполнительном производстве «взыскание на имущество должника, арестованное судом в целях обеспечения иска взыскателя (принятия обеспечительных мер), обращается в пользу этого взыскателя». К сожалению, нельзя исключать ситуации, когда

на имущество, находящееся в залоге, на основании судебного акта будет наложен арест в качестве обеспечительной меры по требованиям, не пользующимся преимуществом перед требованиями залогодержателя. В подобной ситуации, если требования будут судом удовлетворены, п. 7 ст. 78 может рассматриваться как основание для обращения взыскания судебным приставом-исполнителем на это имущество.

Если же заложенное имущество было арестовано судом в порядке принятия обеспечительных мер, потому что именно оно являлось предметом спора по таким искам как признание права собственности, виндикация, применение реституции, обязанности передать имущество, необходимо решить вопрос о судьбе залога, в случае удовлетворения судом соответствующего требования (см. п. 3.14).

2.1.5. В соответствии с п. 5 ст. 78 Закона об исполнительном производстве залогодержатель, оставивший за собой заложенное имущество, при отсутствии у должника другого имущества или при недостаточности этого имущества для удовлетворения требований всех взыскателей, обязан удовлетворить требования взыскателей, пользующиеся приоритетом перед требованиями залогодержателя, в размере, не превышающем стоимости оставленного им за собой имущества.

Даже с учетом изменений, внесенных в Закон о залоге и определяющих момент приобретения залогодержателем права собственности на оставляемое за собой заложенное имущество (абз. 6 п. 13 ст. 28.1), данное положение Закона об исполнительном производстве, очевидно, ограничивает правомочия залогодержателя до наступления указанного момента.

2.1.6. Некоторой неясностью отличаются правила ГК РФ в части регулирования залоговых правоотношений при замене предмета залога другим имуществом. Так, согласно ст. 345 ГК РФ замена предмета залога допускается с согласия залогодержателя, если законом или договором не предусмотрено иное (п. 1), а если предмет залога погиб или поврежден либо право собственности на него или право хозяйственного ведения прекращено

по основаниям, установленным законом, залогодатель вправе в разумный срок восстановить предмет залога или заменить его другим равноценным имуществом, если договором не предусмотрено иное (п.2).

Если в случае, указанном в п. 1 ст. 345 ГК РФ, замена предмета залога происходит по воле сторон, то в случае, предусмотренном п.1 ст. 354 ГК РФ, такая замена происходит помимо их воли.

Однако законодатель оставляет открытым вопрос о том, должны ли стороны заключать новый договор залога ввиду изменения предмета залога, или прежний договор залога будет распространяться на новый предмет.

Аналогичный вопрос возникает в случае изменения предмета залога в силу его естественных свойств или действий третьих лиц, приводящих к появлению нового объекта оборота (см. п. 3.15).

2.1.7. Действующие правила ГК РФ также не создают надлежащего правового регулирования отношений между залогодателем и залогодержателем по поводу денежных средств, получаемых залогодателем или залогодержателем в связи с имуществом, находящимся в залоге.

Можно выделить несколько таких ситуаций, когда действующее гражданское законодательство закрепляет право залогодержателя на получение, определенных денежных сумм, связанных с имуществом, находящимся или находившимся в залоге:

1) денежных сумм, полученных в качестве страхового возмещения в случае, если заложенное имущество было застраховано и либо погибло, либо было повреждено (абз. 2 п. 1 ст. 334)

2) денежных сумм, полученных в качестве дохода от заложенного имущества (с абз. 2 п. 1 статьи 340),

3) денежных сумм, полученных лицом, заложившим залогодержателю право требовать эти суммы от своего должника, в результате исполнения последним обязанности по их уплате (п. 2 ст. 58 Закона о залоге),

4) денежных сумм, полученных или причитающихся залогодателю в качестве компенсации вследствие изъятия (выкупа) для государственных или

муниципальных нужд, реквизиции или национализации заложенного имущества (п. 1 ст. 354 ГК РФ).

Во всех приведённых ситуациях, законодательство, закрепляя определенные специальные права залогодержателя в отношении полученных им или залогодателем денежных сумм, не достаточно полно и точно, и, как видно из приведенных норм, противоречиво регламентирует «статус» этих денежных средств. В одном случае говорится о преимущественном праве использования страхового возмещения, в другом - о залоге доходов, в третьем - о праве требовать от залогодателя передачи ему соответствующих денежных сумм. Кроме того, во всех случаях в законе отсутствуют какие-либо конструкции, которые должны были бы обеспечить права залогодержателя на полученные денежные суммы до момента возникновения у него права использовать их для погашения существующего долга или обязанности возратить их залогодателю (см. п. 3.13).

2.2. Проблема определения чёткой «иерархии» прав залогодержателей и одновременного обеспечения в необходимых случаях равенства прав разных залогодержателей

2.2.1. ГК РФ знает только одну иерархию залогов – это предшествующий и последующий залогов (п. 1 ст. 342).

Согласно п. 9 ст. 78 Закона об исполнительном производстве «требования залогодержателя, возникшие на основании закона, удовлетворяются из стоимости заложенного имущества без соблюдения очерёдности удовлетворения требований, установленной статьей 111 настоящего Федерального закона».

Данная норма сформулирована таким образом, что по сути своей закрепляет «неравенство» залогов и залогодержателей, в зависимости от основания их возникновения: закон или договор. Однако действующее гражданское законодательство такого приоритета залога в силу закона перед залогом в силу договора не знает, за исключением правил ст. 368 КТМ РФ.

В соответствии с п. 3 ст. 334 ГК РФ залог возникает в силу договора, а

также на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признается находящимся в залоге. При этом правила ГК РФ о залоге, возникающем в силу договора, соответственно применяются к залoгу, возникающему на основании закона, если законом не установлено иное.

Пункт 9 ст. 78 Закона об исполнительном производстве не только формально устанавливает, что требования залогодержателя, обеспеченные залогом, возникшим на основании закона, пользуются приоритетом перед ранее возникшими требованиями других кредиторов первой и второй очереди, но и может быть истолковано, как закрепляющее приоритет требований последующего залогодержателя, обеспеченных залогом, возникшим на основании закона, перед требованиями предшествующего залогодержателя, но возникшими в силу договора (см. п. 3.4).

2.2.2. Статья 64 ГК РФ, п. 4 ст. 134 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», ст. 78 и ст. 111 Закона об исполнительном производстве, закрепляя приоритет требований первой и второй очередей перед требованиями залогодержателей, предусматривают, что таким приоритетом пользуются только требования, возникшие до заключения соответствующего договора залога. При этом, законодатель как раз не учел, что залог может возникать не только в силу договора, но и в силу закона, а также не учел, что и в случае заключения договора залога право залога может возникнуть много позже момента заключения договора, если речь идёт о залоге будущего имущества или о залоге в обеспечение исполнения будущего обязательства.

Таким образом, действующее законодательство создаёт возможность манипулирования датой заключения договора о залоге (см. п. 3.2).

2.2.3. Ни Гражданский кодекс РФ, ни Закон об исполнительном производстве не обеспечивают равенство залогодержателей, если наличествуют подлежащие удовлетворению требования и пользующиеся

преимуществом перед требованиями нескольких залогодержателей. В силу этого на имущество, заложенное одному залогодержателю, может быть обращено взыскание для удовлетворения требований, пользующихся приоритетом, и данный залогодержатель лишится предмета залога (см. п. 2.1.3), а на иное имущество, заложенное другому залогодержателю, взыскание не будет обращено и данный залогодержатель свой залог сохранит.

Проблема в настоящее время решена только в Законе о банкротстве, создавшем механизм, когда средства, вырученные от реализации заложенного имущества, направляются в подавляющем объеме до 70 или 80% на удовлетворение требований именно того залогодержателя, в обеспечение требований которого это имущество и было заложено.

2.2.4. Действующее законодательство не запрещает, а в ряде случаев прямо допускает конструкцию залоговых правоотношений со множественностью лиц на стороне залогодержателя (например, Закон о долевом строительстве). Вместе с тем ГК РФ не содержит правил, которые бы определяли порядок осуществления созалогодержателями своих прав в отношении заложенного имущества.

Очевидной неполнотой отличаются правила ст. 342 ГК РФ о порядке осуществления предшествующим и последующим залогодержателями своих прав в отношении заложенного имущества (см. п. 3.9.)

2.3. Предотвращение злоупотреблений со стороны залогодателей и залогодержателей. Защита прав и интересов третьих лиц

2.3.1. К сожалению, нередки случаи, когда должник сознательно передаёт свое имущество в залог тому или иному кредитору-залогодержателю в обеспечение исполнения незначительных по размеру обязательств с отдалёнными сроками исполнения для того, чтобы исключить возможность обращения взыскания на это имущество других кредиторов. Действующее российское законодательство лишь в одном случае устанавливает требование о соразмерности требования, обеспеченного

залогом, и стоимости предмета залога, как условие действительности договора залога. Согласно ст. 71 Закона об ипотеке «ипотекой предприятия может быть обеспечено обязательство, сумма которого составляет не менее половины стоимости имущества, относящегося к предприятию».

В российском законодательстве отсутствуют нормы позволяющие кредиторам залогодателя, не являющимся залогодержателями, «освободить» имущество должника от залогов, например, исполнением его обязательств перед кредитором-залогодержателем:

- во-первых, ст. 313 ГК РФ определяет строго ограниченное число случаев, когда обязательство может быть исполнено за должника третьим лицом;

- во-вторых, ст. 315 ГК РФ ограничивает возможность исполнения гражданско-правовых обязательств досрочно.

В подобной ситуации кредиторы при отсутствии у их должника иного имущества, кроме того, которое заложено залогодержателям, могут только воспользоваться правом на обращение в суд с заявлением о признании должника банкротом. Однако действующее законодательство, устанавливает, во-первых, достаточно жёсткие условия, при которых может быть удовлетворено требование о признании должника банкротом, и, во-вторых, в случае удовлетворения такого требования при наличии требований первой и второй очереди, а также текущих требований, кредиторы не могут рассчитывать на сколько-нибудь значительное удовлетворение своих требований из денежных сумм, вырученных от реализации заложенного имущества (см. п. 3.8).

2.3.2. Отсутствие достоверной и доступной для участников гражданского оборота информации о залоге движимого имущества позволяет не только отчуждать заложенное имущество третьим лицам как свободное от обременений, но равно позволяет создавать «залог» задним числом в целях предоставления таким залогодержателям преимуществ перед другими кредиторами залогодателя (см. п. 3.7).

2.3.3. Возможность манипулирования при заключении договора залога предоставляет и п. 1 ст. 341 ГК РФ, согласно которому право залога возникает с момента заключения договора о залоге, а в отношении залога имущества, которое надлежит передаче залогодержателю, с момента передачи этого имущества, если иное не предусмотрено договором о залоге.

Диспозитивный характер этой нормы формально позволяет сторонам в договоре залога, заключённом уже много позднее возникновения основного обязательства, предусмотреть, что право залога возникает ранее заключения договора залога (см. п. 3.2).

2.4. *Отсутствие, неполнота или неясность специальных правил, регламентирующих залог отдельных объектов (залог недвижимости, залог прав, залог ценных бумаг, залог товаров в обороте)*

2.4.1. Круг норм ГК РФ, непосредственно относящихся к ипотеке недвижимого имущества, незначителен. Однако эти нормы играют основополагающую роль в регулировании ипотеки.

Согласно п. 3 ст. 340 ГК РФ «ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание или сооружение, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка». Аналогичное правило содержится в ч. 2 ст. 69 Закона об ипотеке. Как разъяснили Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в совместном постановлении «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» № 6/8 от 1 июля 1996 года, в соответствии с пунктом 3 статьи 340 Кодекса ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание или сооружение, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части. Данное правило подлежит применению в случаях, когда лицо, выступающее

в роли залогодателя здания или сооружения, является собственником или арендатором соответствующего земельного участка. Если такое лицо по договору ипотеки передает в залог только здание или сооружение, а земельный участок либо право его аренды не является предметом залога, такой договор должен считаться ничтожной сделкой (статья 168) (п. 45).

Во-первых, требование об обязательной ипотеке вместе с закладываемым зданием права аренды земельного участка, на котором оно расположено (прежде всего в случаях, когда речь идет о праве аренды земельных участков из состава государственных и муниципальных земель), в настоящее время является излишним и обременительным для участников оборота:

- необходимо получать согласие арендодателя (собственника) земельного участка во всех случаях ипотеки права аренды,

- неясно можно ли заключать договор ипотеки здания, если договор аренды земельного участка заключен на срок меньший срока существования основного обязательства,

- внесение изменений в договор аренды земельного участка должно сопровождаться необходимостью внесения изменений в договор ипотеки и т.д.,

- неясно, каким образом залогодателю заключать договор ипотеки одного из нескольких принадлежащих ему зданий, расположенных на одном арендуемом залогодателем земельном участке.

Во-вторых, имеется очевидное противоречие между правилами п. 3 ст. 340 и п. 4 ст. 340 ГК РФ.

Согласно п. 3 – «Ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание или сооружение, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка».

Согласно п. 4 – «При ипотеке земельного участка право залога распространяется на находящиеся или возводимые на этом участке здания и

сооружения залогодателя, если в договоре не предусмотрено иное условие».

Таким образом, действующее законодательство не допускает ипотеку здания без земельного участка, но допускает ипотеку земельного участка без ипотеки здания (см. 3.10., 3.11, 3.12).

2.4.2. Действующее гражданское законодательство Российской Федерации допускает возможность использования прав требования (обязательственных прав) в качестве предмета залога.

В соответствии с п. 1 ст. 336 ГК РФ предметом залога может быть любое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования), за исключением имущества, изъятого из оборота, 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 не допускается.

Закон о залоге предусматривает, что предметом залога могут быть принадлежащие залогодателю права владения и пользования, в том числе и права арендатора, другие права (требования), вытекающие из обязательств, и иные имущественные права (ст. 54).

Однако в ГК РФ отсутствуют правила, детально регламентирующие залог такого особого объекта гражданского оборота как имущественные права (требования), а правила Закона о залоге, касающиеся залога прав (требований), во многом вступают в противоречие с общими нормами ГК РФ (см. п. 3.13).

2.4.3. В ГК РФ отсутствуют правила о залоге ценных бумаг. Принимая во внимание специфику данного объекта, особенно бездокументарных ценных бумаг, общие правила о залоге являются недостаточными для создания должной нормативной базы регулирования залога ценных бумаг (см. п. 3.13).

2.4.4. Очевидна и недостаточность правил ст. 357 ГК РФ о залоге товаров в обороте (см. п. 3.13).

2.5. *Отсутствие защиты прав приобретателей заложенного*

имущества, которые не знали и не могли знать в момент приобретения о том, что имущество находится в залоге. Обеспечение публичности сведений о залоге движимого имущества

2.5.1. В рамках существующего института залога движимого имущества залогодержатели, как правило, воздерживаются от заключения договоров залога на условиях передачи им предметов залога, поскольку у них нет возможности хранить это имущество и нет возможностей использовать это имущество в своей деятельности (п. 2 ст. 346 ГК РФ), а данное имущество необходимо залогодателям в их хозяйственной деятельности.

Поэтому одним из наиболее широко распространенных видов залога движимого имущества в РФ является залог с оставлением заложенного движимого имущества у залогодателя, в рамках подобного залога оказываются наиболее легко ущемляемыми интересы любой из сторон залога, в также третьих лиц.

Оставление заложенного движимого имущества у залогодателя при отсутствии достоверной и доступной для участников гражданского оборота информации о залоге позволяет залогодателю, остающемуся собственником этого имущества отчуждать заложенное имущество третьим лицам, не ставя их в известность о залоге.

При этом в настоящее время при оставлении залогодержателем заложенного имущества у залогодателя и непринятии залогодержателем каких-либо хотя бы минимальных мер по «доведению до сведения третьих лиц» о наличии у них прав на это имущество, действующее законодательство полностью перекладывает все возможные риски на контрагента залогодателя по соответствующей сделке, в рамках которой последний распорядился заложенным имуществом, и не предоставляет защиту такому контрагенту против требований залогодержателя (п.1 ст. 353 ГК РФ). При этом не принимается во внимание, знал и мог ли знать этот контрагент о залоге такого имущества.

Аналогичные проблемы могут возникать и при залоге с передачей

заложенного движимого имущества залогодержателю, если этим имуществом в нарушение норм закона и договора залога распорядится залогодержатель. Но при этом против требований залогодателя-собственника о возврате ему имущества новый владелец имущества может защищаться, ссылаясь на ст. 302 ГК РФ (см. п. 3.6).

2.5.2. Формально действующее законодательство позволяет использовать некоторые механизмы, обеспечивающие «публичность» залога для третьих лиц.

Во-первых, п. 2 ст. 338 ГК РФ предусматривает, что (а) предмет залога может быть оставлен у залогодателя под замком и печатью залогодержателя и (б) предмет залога может быть оставлен у залогодателя с наложением знаков, свидетельствующих о залоге (твердый залог).

Во-вторых, ст. 18 Закона о залоге возлагает на залогодателей обязанность вести книгу записей залогов.

Однако эти механизмы сегодня мало отвечают потребностям оборота (см. п. 3.7).

2.6. Одной из центральных проблем залога в Российской Федерации является проблема обращения взыскания и реализации заложенного движимого имущества

2.6.1. Существенные изменения, недавно внесенные в ГК РФ, в Закон о залоге и в Закон об ипотеке, в значительной мере смягчили ранее существовавшие проблемы обращения взыскания и реализации заложенного имущества, но одновременно поставили новые проблемы.

В настоящее время ГК РФ при залоге движимого имущества допускает использование:

- судебного порядка обращения взыскания;
- иного порядка, определённого соглашением залогодателя и залогодержателя.

Именно этот вывод однозначно следует из положения п. 2 ст. 349 ГК РФ.

Кроме того, из сопоставления п. 2 ст. 349 ГК РФ с п. 1 этой статьи делается абсолютно обоснованный вывод, что при залоге движимого имущества соглашение о применении сторонами иного, чем судебный способ обращения взыскания на заложенное имущество, может быть достигнуто уже непосредственно при заключении договора залога.

Вместе с тем, закон не определяет этот иной порядок обращения взыскания на заложенное движимое имущество. Этот порядок, согласно букве закона, должен быть установлен самим соглашением сторон. Однако, как правило, стороны в договоре залога движимого имущества ограничиваются одним лишь указанием, на «несудебную процедуру обращения взыскания», не устанавливая собственно никакого порядка такой процедуры.

И, хотя ст. 24.1 Закона о залоге теперь устанавливает некоторые правила, регламентирующие процедуру внесудебного обращения взыскания на заложенное имущество, ряд вопросов действующее законодательство оставляет без ответов. Во-первых, возникает общий вопрос о том, можно ли считать согласованным сторонами условие о несудебном порядке обращения взыскания, и вправе ли залогодержатель прибегать к этому порядку, а, во-вторых, появляются основания для заявления залогодателем в суд отдельных требований к залогодержателю, связанных с его возражениями (а) по отсутствию основания для обращения взыскания на заложенное движимое имущество (п. 1 ст. 348 ГК РФ), (б) по размеру требования залогодержателя, обеспеченного залогом этого имущества, (в) о наличии основания для отказа в обращении взыскания на заложенное имущество (п. 2 ст. 348 ГК РФ).

В подобной ситуации соглашение сторон об обращении взыскания на заложенное движимое имущество во внесудебном порядке, имеющее своей целью упростить и ускорить процедуру обращения взыскания для того, чтобы приступить непосредственно к процедуре реализации заложенного имущества, указанной цели не достигает.

Необходимо отметить, что поскольку законодатель отныне допустил

возможность заключения соглашения о внесудебном порядке обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество в любой момент, в том числе уже и при заключении договора об ипотеке (абз. 1 п. 1 ст. 55 Закона об ипотеке), данные проблемы будут возникать теперь и при залоге недвижимого имущества. Ранее подобных проблем при ипотеке не возникало, поскольку внесудебное обращение взыскание на заложенное недвижимое имущество ранее допускалось только на основании специального нотариально удостоверенного соглашения, заключаемого после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога. Самим фактом своего заключения такое соглашение подтверждало, что между сторонами нет спора о наличии оснований для обращения взыскания на это недвижимое имущества, и в котором стороны должны обязательно указать суммы, подлежащие уплате залогодержателю должником на основании обеспеченного ипотекой обязательства и договора об ипотеке, а если залогодателем является третье лицо, также и залогодателем (подпункт 2 п. 4 ст. 5 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)»).

Однако представляется, что законодатель не может и не должен брать на себя установление в законе каких-либо специальных правил о внесудебном порядке обращения взыскания. Данная задача должна решаться залогодателем и залогодержателем, которые должны осознавать все трудности и сложности.

2.6.2. В настоящее время существенно смягчена процедура реализации заложенного движимого и заложенного недвижимого имущества и у залогодержателя заложенного движимого имущества есть возможность использования значительно большего числа способов реализации заложенного имущества.

3. Предложения по совершенствованию действующего законодательства

Правовое регулирование отношений по залогу должно в максимально возможной степени:

- поддерживать баланс между часто непримиримыми интересами залогодателя и залогодержателя,

- учитывать интересы третьих лиц, в целях исключения возможности злоупотреблений со стороны залогодателей и залогодержателей посредством залога максимально большого количества имущества в обеспечение исполнения обязательств, либо вообще еще не возникших либо по своему размеру существенно меньших, чем стоимость заложенного имущества,

- обеспечивать равенство залогодержателей.

Поскольку залог рассматривается действующим российским законодательством как обременение, которое может затрагивать права и интересы третьих лиц, действующее законодательство должно достаточно подробно регулировать соответствующие отношения, с тем, чтобы ликвидировать очевидные пробелы в правовом регулировании этих отношений.

Вместе с тем необходимо определить пределы императивного регулирования залоговых отношений, предоставив сторонам залога возможность самим устанавливать соответствующее правовое регулирование. Следует, однако, учитывать, что на стадии заключения договора залога будущий залогодержатель (кредитор по основному договору) является часто потенциально сильной стороной, имеющей возможность «навязать» те или иные условия залогодателю. И, напротив, на стадии обращения взыскания и реализации заложенного имущества, залогодержатель становится стороной, «страдающей» от императивного регулирования.

Представляется, что при совершенствовании российского законодательства о залоге необходимо исходить именно из этих принципов, сохраняя баланс интересов всех заинтересованных лиц.

Кроме того, следует привести в соответствии между собой все

действующие в России законодательные акты, регламентирующие отношения по залогу и об ипотеке, рассматривая при этом ГК РФ как законодательный акт, закладывающий основу для регулирования соответствующих отношений.

3.1. Необходимо определить возможность сохранения в ГК РФ и Законе об исполнительном производстве норм, позволяющих использовать заложенное имущество для удовлетворения требований кредиторов первой и второй очереди, игнорируя требования залогодержателей. Сам факт отсутствия у должника иного имущества, кроме переданного в залог, должен рассматриваться как свидетельствующий о необходимости применения в отношении должника процедур, предусмотренных Законом о банкротстве.

Компромиссом может быть положение, допускающее реализацию имущества должника для удовлетворения требований кредиторов первой и второй очереди вне процедур, установленных Законом о банкротстве, при двух условиях:

- реализация заложенного имущества допускается только по решению суда,
- реализация заложенного имущества допускается, только если определённая судом в установленном порядке продажная цена (начальная продажная цена) имущества превышает размер требования залогодержателя.

3.2. При закреплении приоритета требований первой и второй очереди перед требованиями залогодержателя необходимо исходить из критерия момента возникновения права залога, а не момента заключения договора залога.

Кроме того, в п. 1 ст. 341 ГК РФ следует прямо закрепить невозможность установить в договоре залога момент возникновения права залога ранее, чем был заключен договор залога.

3.3. В ГК РФ следует предусмотреть норму, регламентирующую порядок оставления залогодержателем заложенного имущества за собой, а также определить, с какого момента залогодержатель становится его

собственником.

Представляется не вполне удачным решение, которое сегодня предложено в абз. 7 п. 13 ст. 28.1 Закона о залоге. Если речь идет об имуществе движимом, то залогодержатель, оставивший его за собой, должен рассматриваться как его собственник, даже если оно ему еще не передано. Следовательно, в отношении залогодержателя, оставившего за собой заложенное движимое имущество и являющегося отныне его собственником, установление правила, обязывающего его удовлетворить требования кредиторов залогодателя, хотя бы и пользующиеся приоритетом перед требованиями залогодержателя, представляет собой ничто иное, как нарушение основополагающих принципов гражданского права.

Аналогичным образом, следует оценивать ситуацию и в отношении залогодержателя, оставившего за собой заложенное недвижимое имущество, хотя очевидно, что если речь идет о недвижимом имуществе, то право собственности на него залогодержатель приобретет только после регистрации этого права в ЕГРП (ст. 131 ГК РФ).

По-видимому, правовая конструкция, предусмотренная п. 5 ст. 78 Закона об исполнительном производстве, может применяться (а) только в случае банкротства залогодателя и (б) только в случае, если оставление залогодержателем заложенного имущества за собой, имевшее место до признания залогодателя банкротом, отвечает определенным критериям. В качестве подобных критериев могут быть использованы при условии соответствующей переработки признаки, закрепленные в ст. 103 Закона о банкротстве:

- залогодержатель является заинтересованным лицом, и в результате оставления заложенного имущества за залогодержателем кредиторам или должнику были или могут быть причинены убытки,

- оставление залогодержателем заложенного имущества за собой имело место в течение 6 месяцев, предшествовавших подаче заявления о признании должника банкротом, и такое оставление имущества за собой влечет

предпочтительное удовлетворение требований залогодержателя перед другими кредиторами, чьи требования пользуются преимуществом.

3.4. Требования залогодержателей, обеспеченные залогом, возникающим в силу закона, не должны пользоваться особой защитой и приоритетом по сравнению с требованиями, возникающими на основании договора о залоге. Исключение может быть установлено только для тех требований, которые обеспечены залогом, возникающим в силу императивных норм закона, как это сделано в ст. 368 КТМ РФ.

3.5. При установлении очередности требований, подлежащих удовлетворению за счёт имущества должника, необходимо определить, к какой очереди относятся требования лица, которые обеспечиваются посредством удержания имущества должника, а также соотношение этих требований с требованиями залогодержателей, которые обеспечены залогом этого же имущества.

По-видимому, такие требования должны быть приравнены к требованиям, обеспечиваемым залогом, а в случае, если в отношении одного и того же имущества одно лицо осуществляет право удержания, а другое обладает правом залога, может быть использована конструкция, предусмотренная п. 4 ст. 386 КТМ РФ, согласно которой «в случае, если в момент принудительной продажи судно или строящееся судно находится во владении судостроительной или судоремонтной организации, имеющей на него право удержания, такая организация должна отказаться от владения судном или строящимся судном в пользу покупателя; при этом она имеет право на удовлетворение своего требования за счёт суммы, вырученной от продажи судна или строящегося судна». Необходимо лишь уточнить, что если имущество принудительно продается для удовлетворения требований, обеспеченных залогом этого имущества, вырученные суммы распределяются между залогодержателем и лицом, осуществлявшим удержание, пропорционально размерам их требований, обеспеченных, соответственно, посредством залога и удержания, если только требования залогодержателя не

пользуются преимуществом перед требованиями ретентора (см. п. 3.7.)

3.6. В ГК РФ следует включить норму, направленную на защиту прав третьих лиц, которые в момент приобретения движимого имущества, не знали и не могли знать, что оно находится в залоге. На такое имущество залогодержатель не вправе обращать взыскание на основании п. 1 ст. 353 ГК РФ, а залог прекращается.

3.7. Одновременно необходимо включить в ГК РФ более развернутую, чем п. 5 ст. 339, норму, которая послужила бы основой для постепенного создания системы учёта залогов движимого имущества, которая позволяла бы залогодержателям вносить в неё информацию о залоге, а третьим лицам эту информацию получать.

Система учёта залога недвижимости должна иметь информационный, а не правоустанавливающий характер, с одной стороны, не носить обязательный характер в отношениях между залогодателем и залогодержателем, с другой, должна защищать права третьих лиц.

Если законом предусмотрен учёт залогов, возникающих на основании договора о залоге или в силу закона, залогодержатель вправе ссылаться на принадлежащие ему права на заложенное имущество в отношениях с третьими лицами только с момента учёта залога. Запись об учёте залога движимого имущества не имеет обратной силы. Отсутствие записи об учёте залога движимого имущества не затрагивает отношения между залогодателем и залогодержателем.

Запись об учёте залога сама по себе не должна рассматриваться как доказательство существования залога или действительности основания его возникновения. В случае спора вопросы о том, возникло ли право залога у залогодержателя, является ли действительным договор о залоге, подлежат рассмотрению судом в общем порядке на основе оценки правоустанавливающих документов.

Соответствующие общие правила об учёте залогов движимого имущества и его правовом значении должны быть закреплены в ГК РФ.

3.8. В целях нейтрализации действий залогодателей, направленных на создание «мнимых» залогов, и защиты прав третьих лиц следует:

- ввести общее правило, аналогичное ст. 71 Закона об ипотеке,
- предоставить кредиторам права исполнять за должника обязательства, обеспеченные залогом, если размер такого обязательства несоизмерим со стоимостью заложенного имущества. Гарантией защиты прав и интересов должника и залогодержателя могла бы стать конструкция перевода долга на соответствующего кредитора по требованию последнего по решению суда.

- разрешить обращать взыскание на заложенное имущество по требованиям, не обеспеченным залогом этого имущества и не пользующимся преимуществом перед требованиями залогодержателя, но с условием, что в этом случае имущество реализуется с обременением в виде залога.

3.9. По аналогии с нормами о поручительстве (хотя бы через отсылку к соответствующим нормам ГК РФ) создать регулирование отношений, где залогодатель не является должником по основному обязательству.

С учётом правил ГК РФ о множественности лиц в обязательстве определить порядок осуществления прав и обязанностей залогодержателя в случае множественности лиц на стороне залогодержателя (например, в рамках отношений по договору участия в долевом строительстве).

Также необходимо уточнить положения ст. 342 ГК РФ о последующем залоге, в части регулирования порядка реализации предшествующим и последующим залогодержателями своих прав, взяв за основу положения ст. 43-46 Закона об ипотеке. Пункта 4, включенного в ст. 342 ГК РФ, недостаточно.

3.10. Следует исключить из ГК РФ и Закона об ипотеке правило об обязательной ипотеке одновременно со зданием или сооружением принадлежащего залогодателю права аренды земельного участка, на котором это здание (сооружение) находится, для случаев, когда арендованный земельный участок находится в собственности государства или муниципального образования (основная масса случаев). При залоге здания,

расположенного на арендованном земельном участке, судьба этого права аренды, если оно даже не будет заложено, будет следовать судьбе здания. При обращении взыскания на предмет ипотеки и его реализации приобретатель заложенного здания приобретет и права аренды земельного участка. Именно эта позиция, сформулирована в п. 14 постановления Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства».

3.11. Следует разграничить сферы действия п. 3 и п. 4 ст. 340 ГК РФ, установив, что правила п. 4 об ипотеке земельного участка, а также права аренды земельного участка применяются только в случае, когда на момент заключения договора на участке отсутствуют другие самостоятельные объекты недвижимости, принадлежащие залогодателю.

3.12. Необходимо уточнить правила, определяющие судьбу принадлежащего залогодателю неделимого земельного участка при ипотеке отдельных объектов недвижимости, расположенных на этом участке (в том числе и отдельного помещения в здании). Еще важнее определить судьбу права аренды земельного участка, если залогодатель закладывает лишь отдельные из принадлежащих ему объектов недвижимости, расположенных на арендуемом им участке.

Очевидно, в первом случае следует предусмотреть обязанность залогодателя при ипотеке объекта недвижимости одновременно заложить долю в праве собственности на неделимый земельный участок. При этом следует внести изменения в п. 4 ст. 244 ГК РФ.

Во втором случае следует установить, что при обращении взыскания на заложенный объект недвижимости к его приобретателю переходит в соответствующем объеме часть принадлежащих залогодателю прав арендатора земельного участка, на котором заложенная недвижимость находится.

3.13. Общие положения ГК РФ следует дополнить специальными правилами, регламентирующими залог таких специальных объектов

гражданского оборота как:

- имущественные права (требования), исходя при этом из формулируемых подходов к регулированию отношений, связанных с уступкой права;

- права по договору банковского счёта и вклада,

- ценные бумаги,

- товары в обороте.

3.14. С учётом совокупности всех предложений, которые будут реализованы при пересмотре положений ГК РФ, необходимо уточнить положения ст. 342 ГК РФ о прекращении договора залога.

3.15. При замене предмета залога в соответствии с условиями договора или закона, а также в случае изменения предмета залога в качестве общего правила можно было бы установить, что право залога не прекращается, договор залога сохраняется без внесения в него каких-либо изменений и его условия распространяются на новый объект, за исключением тех его условий, которые не могут применяться в силу особенностей нового предмета залога. Вместо этих условий к залогоу применяются соответствующие положения закона.

Вместе с тем залогодержателю необходимо предоставить право требовать досрочного исполнения основного обязательства, обеспеченного залогом нового объекта, и право требовать обращения взыскания на этот предмет залога, если новый предмет залога обладает меньшей стоимостью, или в результате замены предмета залога условия обеспечения ухудшаются.

Однако соглашением залогодателя и залогодержателя могут быть установлены иные правила на случай замены или изменения предмета залога.

3.16. Не смотря на поправки, внесенные в ГК РФ, Закон об ипотеке, Закон о залоге, правила о порядке обращения взыскания и о реализации заложенного имущества нуждаются в дальнейшем развитии и уточнении.

Подраздел II. Поручительство

1. Состояние и оценка действующего законодательства

и практики его применения

1.1. Отношения по поручительству урегулированы в параграфе 5 главы 23 ГК РФ, состоящем из 7 статей (361 – 367), в которых определяются содержание договора поручительства, требования к его форме, характеру ответственности поручителя, права поручителя на возражения против требования кредитора, права поручителя, исполнившего обязательство в отношении должника и кредитора, требования к извещению поручителя об исполнении обязательства должником, основания прекращения поручительства. Нормы ГК РФ о поручительстве в силу сохранения преемственности в регулировании данного института и чёткости закреплённых в них правовых конструкций, не нуждаются в серьёзном реформировании.

Вместе с тем отдельные положения вызывают затруднения в правоприменительной практике, либо не обеспечивают в должной мере баланс интересов кредитора, поручителя и должника.

1.2. В соответствии с пунктом 1 статьи 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.

Учитывая, что поручитель не является стороной обеспечиваемого обязательства и в силу этого может не знать о произведенном изменении, с которым он может быть и согласен, возникает вопрос о том, какова судьба поручительства до момента, когда проясняется воля поручителя.

В целом ряде случаев на практике пытаются устранить это затруднение, получая предварительное согласие (разрешение) поручителя на внесение соответствующих изменений либо связывая момент вступления в силу

изменений основного договора с получением согласия поручителя. Вместе с тем ГК не указывает на необходимость получения именно предварительного согласия поручителя; не вытекает необходимость получения именно предварительного согласия и из характера возникающих отношений.

Поручитель может быть заинтересован в сохранении поручительства даже при неблагоприятном для него изменении обеспечиваемого обязательства. Его последующее согласие должно иметь ретроспективное действие и подтверждать обязательство поручителя отвечать в соответствии с измененными условиями без заключения нового договора поручительства.

Вместе с тем, действующая редакция нормы создает неопределенность в вопросе о том, прекращается ли поручительство с моментом внесения соответствующих изменений в основной договор, если не имелось предварительного согласия поручителя.

1.3. В соответствии с пунктом 2 статьи 367 ГК РФ поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника.

На практике данное положение суды нередко распространяют на случаи замены должника, в том числе и в результате полного правопреемства (наследование, реорганизация).

Подобное толкование искажает смысл норм о поручительстве как способе обеспечения исполнения обязательства и приводит к необоснованному переложению риска смерти должника на кредитора, а не на поручителя при сохранении обеспечиваемого обязательства.

1.4. Поручитель отвечает как субсидиарный должник, если это предусмотрено договором. По общему же правилу, поручитель отвечает за исполнение обеспечиваемого обязательства солидарно с должником.

В соответствии с пунктом 3 статьи 399 ГК РФ 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.

Применение данного положения даже при субсидиарной ответственности поручителя встречает известные затруднения, так как в силу положений статьи 387 ГК РФ вследствие исполнения обязательства должника его поручителем права кредитора переходят к другому лицу на основании закона, т.е. в результате суброгации. Должник вследствие этого отвечает не по регрессному требованию, как это предусмотрено в статье 399 ГК РФ, а по основному требованию, в котором произошла замена стороны (кредитора). Исходя из положений статьи 386 ГК РФ и характера отношений, возникающих вследствие сохранения прежнего обязательства, должник вправе выдвигать против требования поручителя все возражения, которые он мог бы выдвигать против кредитора. В связи с этим возникает вопрос о возможности применения статьи 399 ГК РФ к отношениям по поручительству.

При солидарной ответственности поручителя ГК РФ не предусматривает ни обязанности поручителя привлечь должника к участию в деле, как это было предусмотрено в статье 205 ГК РФ 1964 г., ни обязанности должника сообщать поручителю об имеющихся у него возражениях против требования кредитора. В связи с этим положение поручителя, исполнившего обязательство, становится крайне неопределенным, поскольку при уклонении должника от представления ему информации об имеющихся возражениях против требования кредитора, должник не лишается возможности выдвинуть эти возражения против поручителя. Положения статьи 366 ГК РФ не решают эту проблему, поскольку обязывают должника сообщить поручителю только об исполнении обязательства, обеспеченного поручительством.

2. Предложения по совершенствованию действующего законодательства

2.1. Необходимо изменить редакцию пункта 1 статьи 367 ГК РФ, более четко отразив в ней идею о том, что при внесении изменений в основной договор без предварительного согласия поручителя поручительство прекращается в момент вступления в действие изменений для должника и кредитора. Однако если поручитель одобрит эти изменения, поручительство сохраняет силу и признается существовавшим в период до произведенного поручителем одобрения.

Аналогичные проблемы возникают и при применении пункта 2 статьи 367 ГК РФ в связи с необходимостью определения судьбы поручительства при последующем одобрении поручителем замены должника.

В целях внесения большей определенности в отношения между поручителем и кредитором целесообразно ввести требование об оформлении согласия поручителя в письменной форме.

2.2. Целесообразно внести уточнения в статью 364 ГК РФ, предусмотрев в ней, что в случае смерти должника поручитель не может ссылаться на ограниченную ответственность наследника по обязательству, если иное не предусмотрено договором поручительства (подобная норма закреплена в § 768 ГГУ).

2.3. Необходимо дополнить § 5 главы 23 ГК РФ положениями, определяющими отношения поручителя и должника в части представления имеющихся возражений, участия в судебном разбирательстве и последствий неисполнения соответствующих обязанностей.

Подраздел III. Банковская гарантия

1. Состояние действующего законодательства

1.1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) урегулировал отношения по банковской гарантии в § 6 главы 23

«Обеспечение исполнения обязательств». Указанный параграф состоит из 12 статей (368 – 379), которые содержат определение банковской гарантии как способа обеспечения исполнения обязательства; закрепляют принцип независимости банковской гарантии от основного обязательства; порядок вступления гарантии в силу, представления бенефициаром требования о платеже, обязанности гаранта при рассмотрении этого требования; последствия отказа гаранта удовлетворить требования бенефициара, пределы ответственности гаранта; основания и порядок прекращения банковской гарантии. Нормы данного параграфа регулируют также отношения между принципалом и гарантом по поводу выдачи банковской гарантии, устанавливают, что за выдачу банковской гарантии принципал уплачивает гаранту вознаграждение (пункт 2 статьи 369), и определяют допустимость и объем регрессных требований гаранта к принципалу о возмещении сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии (статья 379).

1.2. Статья 368 ГК РФ допускает возможность выдачи гарантии только банками, иными кредитными учреждениями или страховыми организациями. На момент принятия ГК РФ подобное ограничение являлось обоснованным, поскольку широкое использование нового, ранее не использовавшегося в практике способа обеспечения, независимого от основного обязательства, могло создать почву для злоупотреблений и многочисленных конфликтов. В настоящее время существенно изменилась правовая ситуация, сформировалась практика применения данных норм, определились и широко известны экономические и правовые риски использования подобных конструкций. В этих условиях сохранение такого рода ограничений, препятствующих выдаче независимых гарантийных обязательств от имени иных, не указанных в ГК РФ субъектов, неоправданно сужает сферу использования данного инструмента, создает затруднения в международной коммерческой и торговой практике.

Учитывая назревшую необходимость отказа от ограничения круга субъектов, наделенных правом выдавать гарантии, следует также изменить

используемое в ГК РФ наименование института - «банковская гарантия», которое не отражает даже положения действующего ГК - на «независимую гарантию», более точно отражающее природу данного института.

2. Оценка действующего законодательства

и предложения по его совершенствованию

2.1. Закрепленный в статье 370 ГК РФ «Независимость банковской гарантии» принцип, в силу которого предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого оно выдано, даже при наличии в гарантии ссылки на это обязательство, проводится недостаточно последовательно.

2.1.1. Указание в пункте 1 статьи 369 ГК РФ на то, что банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства) позволяет судам в ряде случаев признавать банковские гарантии недействительными при отсутствии обеспечиваемого обязательства. Следствием этого является признание за гарантом права отказаться от исполнения своего обязательства перед бенефициаром, а также отказ в удовлетворении регрессных требований гаранта, выплатившего бенефициару средства в соответствии с ее условиями.

Данный подход снижает эффективность рассматриваемого правового инструмента, создает серьезные препятствия для использования гарантий как финансового инструмента, к которому могут без затруднений прибегнуть бенефициары при наличии обозначенных в гарантии условий. Кроме того, такое понимание соотношения обеспечиваемого обязательства и обязательства гаранта противоречит подходам, применяемым в международной торговой практике. Так, статья 3 Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах предусматривает, что для целей Конвенции обязательство является независимым в случаях, когда обязательство гаранта/эмитента перед бенефициаром:

а) не зависит от наличия или действительности основной сделки или какого-либо иного обязательства (включая резервные аккредитивы или независимые гарантии, в том числе подтверждение или контргарантии); или

б) не определяется каким-либо условием, не указанным в обязательстве, или каким-либо будущим неопределенным действием или событием, за исключением представления документов или иного подобного действия или события в рамках сферы деятельности гаранта (эмитента).

2.1.2. Положения параграфа 6 главы 23 ГК РФ не содержат указаний на то, что банковская гарантия не зависит от отношений между гарантом и принципалом, что позволяет трактовать обязательство гаранта как зависящее от отношений с принципалом. Нормы об отказе гаранта от удовлетворения требований бенефициара (ст.376) не содержат положений, определяющих действия гаранта при недействительности или отсутствии соглашения с принципалом. Приведенные выше обстоятельства в доктрине и в судебной практике нередко дают основания для вывода, что судьба гарантийного обязательства перед бенефициаром зависит от обязательства гаранта перед принципалом.

Недостаточно последовательное закрепление в ГК принципа независимости гарантийного обязательства значительно увеличивает риски бенефициара, делает его положение неопределенным и лишает гарантию тех преимуществ, которые вызвали появление института гарантии. В целях устранения рассмотренных выше проблем необходимо внести корректировку в соответствующие положения ГК РФ, исключив, в частности, пункт 1 статьи 369, и включив в положения, закрепляющие независимость гарантийного обязательства банка перед бенефициаром как от обеспечиваемого обязательства, так и от отношений гаранта с принципалом.

2.2. Статья 373 ГК РФ предусматривает, что банковская гарантия вступает в силу со дня ее выдачи, если в гарантии не предусмотрено иное.

Момент возникновения обязательства гаранта перед бенефициаром связывается с моментом выдачи гарантии при отсутствии в законе указания,

какой момент должен считаться моментом «выдачи». Дополнительные затруднения на практике вызывает невозможность применения к гарантии как одностороннему обязательству гаранта правил о моменте заключения договора. Неясность данной нормы вызвала достаточно противоречивую судебную практику; не выработано единого подхода к разрешению этого вопроса и в доктрине.

Практическая необходимость устранения неопределенности в вопросе о моменте возникновения обязательства гаранта потребовала выработки специальной нормы в Конвенции о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, статья 7 которой предусматривает, что выдача обязательства происходит в тот момент и в том месте, когда и где обязательство покидает сферу контроля соответствующего гаранта/эмитента.

2.3. Пункт 1 статьи 374 ГК РФ включает положение, в силу которого требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В статье 375 указывается на обязанность гаранта передать принципалу копии требования со всеми относящимися к нему документами; рассмотреть требование бенефициара с приложенными к нему документами. Данные положения с учетом отсутствия прямого указания на возможность выдачи гарантии, оплата по которой производится только на основании требования бенефициара, трактуется на практике как запрет выдачи «недокументарных» гарантий.

В практике международной торговли гарантии, выплата по которым производится по простому требованию, имеют широкое распространение и являются удобным и оперативным инструментом, обеспечивающим быстрый доступ бенефициара к денежным средствам при наступлении определенных условий. Так, Конвенция о независимых гарантиях и аккредитивах в пункте 1 статьи 2 предусматривает возможность выдачи как гарантии, предусматривающей уплату бенефициару определенной или определимой суммы по требованию с представлением других документов в соответствии с

любыми документарными условиями обязательства, так и по простому требованию.

В связи с этим требуется определенная корректировка определения содержания обязательства гаранта, с тем, чтобы оно охватывало обязательства платить по простому письменному требованию.

Аналогичное уточнение необходимо в отношении суммы обязательства (она может быть как определенной, так и определенной).

2.4. Положения ГК РФ о банковской гарантии не указывают на существенные условия гарантии, что на практике вызывает затруднения при оценке, определено ли обязательство гаранта, если в гарантии отсутствует, например, срок ее действия, указание на бенефициара или принципала и т.д.. В связи с этим необходимо дополнить ГК нормой, определяющей существенные условия гарантии, к которым целесообразно отнести:

- указание принципала; указание бенефициара ли порядок его определения; основную сделку, по которой выдана гарантия, максимальную сумму, на которую выдана гарантия, дату истечения срока действия гарантии и/или событие, по наступлении которого действие гарантии истекает; условия платежа.

2.5. Статья 371 ГК РФ предусматривает, что банковская гарантия не может быть отозвана гарантом, если в ней не предусмотрено иное.

Данное положение не позволяет сделать однозначного вывода о том, что понятие отзыва охватывает также и случаи изменения гарантии. Отсутствие норм, указывающих на допустимость изменения гарантийного обязательства, нередко рассматривается как основание для вывода о принципиальной недопустимости таких действий. Такой подход создает серьезные затруднения для практики использования гарантии, поскольку существует практическая потребность в оперативном изменении обязательства гаранта без отзыва выданной гарантии.

Возможность внесения изменений в гарантию признается в Конвенции о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, статья 8 которой

предусматривает, что обязательство гаранта может быть изменено только в форме, указанной в самом обязательстве, или в отсутствие такого указания, в форме, предусмотренной для гарантии; если иное не оговорено в обязательстве или иным образом не согласовано между гарантом и бенефициаром, обязательство считается измененным с момента выдачи изменения, если бенефициар заранее дал на него разрешение; если иное не оговорено в обязательстве или иным образом не согласовано между гарантом и бенефициаром, тогда как бенефициар заранее дал разрешение на какое-либо изменение, обязательство считается измененным, только когда гарант получит уведомление о согласии бенефициара на изменение в форме, предусмотренной для гарантии. Изменение обязательства не затрагивает прав и обязанностей принципала или подтверждающей стороны обязательства, если только такое лицо не дает согласия на это изменение.

Таким образом, наличие пробел, устранение которого позволит повысить эффективность правового регулирования отношений по гарантии.

2.6. Пункт 1 статьи 374 ГК РФ предусматривает, что в требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия.

Данное указание тесно связано с концепцией гарантии как обеспечительного обязательства, сохраняющего определенную связь с основным обязательством, и используемого исключительно при нарушении последнего. Такой подход существенно ограничивает возможную сферу применения гарантий, например, в сфере страхования, где выплата может быть обусловлена не нарушением обязательства, а наступлением иных обстоятельств.

В связи с этим Конвенция о независимых гарантиях и резервных аккредитивах в статье 2 (1) предусматривает, что платеж может причитаться бенефициару как по причине неисполнения какого-либо обязательства, так и при ненаступлении иного обстоятельства, а также в уплату за заёмные или авансированные денежные средства или как платеж в погашение любой

срочной задолженности принципала.

В связи с этим положения ГК РФ (ст.374) следует дополнить указанием на то, что в требовании может содержаться указание и на иные обстоятельства, с наступлением которых связывается выплата по гарантии.

2.7. Нормы, регулирующие отношения между гарантом и принципалом, в настоящее время содержатся в пункте 2 статьи 369 ГК РФ, устанавливающим обязанность принципала выплатить гаранту вознаграждение, а также в статье 379 ГК РФ, определяющей основания предъявления регрессных требований гаранта к принципалу о возмещении сумм, выплаченных по банковской гарантии.

Отношения по банковской гарантии независимы от отношений между гарантом и принципалом. Необходимость урегулирования этих отношений в том виде, в каком это делается в действующем ГК РФ, отсутствует. Вместе с тем, поскольку в международной практике вопрос о возмещении гаранту выплаченных им по гарантии сумм производится с использованием механизма контргарантии, существует необходимость закрепления в ГК РФ положения, определяющего характер обязательств, возникающих при оформлении контргарантии.

Так, в силу ст.6 Конвенции «контргарантия – означает обязательство, выдаваемое гаранту/эмитенту другого обязательства его инструктирующей стороной и предусматривающее платеж по простому требованию или по требованию с предоставлением других документов в соответствии с любыми документарными условиями обязательства, указывающими или из которых следует, что платеж по такому обязательству был востребован от лица, выдавшего это другое обязательство, или осуществлен им».

2.8. Статья 372 «Непередаваемость прав по банковской гарантии» предусматривает, что принадлежащее бенефициару право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное.

Таким образом, если в гарантии будет предусмотрена возможность

уступки права требования, но не определены условия передачи права требования, то в силу общих положений ГК РФ об уступке данное условие будет трактоваться как не требующее для уступки согласия должника (гаранта). Вместе с тем, в отношениях по гарантии, особенно в сфере международной торговли, замена бенефициара при отсутствии необходимости согласовывать замену с должником (гарантом) может значительно увеличить расходы гаранта, повысить риск недобросовестного требования платежа и т.д.

В связи с этим Конвенция о независимых гарантиях и резервных аккредитивах установила (статья 9 (2), что если обязательство определено в качестве разрешенного к передаче и прямо не указывается, требуется ли согласие гаранта или иного уполномоченного лица на фактическую передачу, ни гарант, ни любое другое уполномоченное лицо не обязаны осуществлять передачу, иначе как в том объеме и таким образом, на которые они прямо дали свое согласие.

Закрепление подобного правила в ГК РФ позволит сделать положение гаранта более определенным, будет способствовать удешевлению услуг гарантов, и тем самым повысит доступность данного механизма для участников экономических отношений.

2.9. В силу независимости обязательства гаранта от обеспечиваемого обязательства возникает вопрос о влиянии платежа, произведенного гарантом, на судьбу основного обязательства. Нормы ГК РФ о банковской гарантии и о прекращении обязательств не содержат указаний о том, прекращается ли и в какой мере основное обязательство, если платеж кредитор по основному обязательству произведен гарантом на основании гарантийного обязательства. Данный пробел может быть устранен посредством включения соответствующих положений в § 5 главы 23 ГК РФ.

1. Состояние действующего законодательства

Общие правила о неустойке как способе обеспечения исполнения обязательства содержатся в § 2 главы 23 Гражданского кодекса РФ (ст. 330-333).

Вместе с тем целый ряд правил, относящихся к неустойке, содержится в других разделах ГК РФ. Например, ст. 394 (соотношение убытков и неустойки).

Кроме того, в ГК РФ и других законах содержатся положения, которые судебная практика оценивает как нормы о неустойке, и которые применяются к отдельным обязательствам.

2. **نقد الإلتزامات المدنية**

2.1. В целом, следует согласиться с двумя принципиальными положениями действующего законодательства.

Во-первых, хотя в литературе и высказывается вполне обоснованное с теоретической точки зрения мнение, что неустойка не может быть поставлена в один ряд с другими способами обеспечения исполнения гражданско-правового обязательства, исторически сложившиеся в законодательстве и на практике подходы менять не следует.

Во-вторых, не следует расширять понятие неустойки: рассматривать как неустойку не денежную сумму, а иное имущество, которое должник обязуется уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.

2.2. Вместе с тем, анализ действующего гражданского законодательства и практики его применения судами, позволяет выделить несколько групп проблем, в том числе и тех, определенные подходы к решению которых выработаны судебной практикой.

2.2.1. Первой и наиболее принципиальной является проблема соотношения неустойки с убытками, а также неустойки и процентов за

пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК РФ).

2.2.2. Вторая проблема – проблема формы соглашения о неустойке. В соответствии со ст. 331 ГК РФ соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме независимо от формы основного обязательства, а несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке.

Однако в случае, когда неустойкой обеспечивается исполнение обязательства, вытекающего из договора, ГК РФ оставляет возможность, как инкорпорировать положения о неустойке в текст договора, так и заключить отдельное соглашение о неустойке. При этом в последнем случае положение ст. 331 ГК РФ напрямую не предусматривает обязательность заключения соглашения о неустойке в той же форме, что и сам договор, и обязательность государственной регистрации такого соглашения, если договор подлежал регистрации.

2.2.3. Третья проблема – проблема допустимости уменьшения размера неустойки судом. Согласно ч. 1 ст. 333 ГК РФ «если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку».

В ситуации, когда в силу сложившейся практики применения судами норм о полном возмещении убытков, кредитору крайне сложно доказать размер своих убытков, выходом из положения стало установление сторонами в обязательстве неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Однако правило ч. 1 ст. 333 ГК РФ, формально направленное против взыскания с должника «драконовской» неустойки, стало рассматриваться как положение, устанавливающее обязанность суда уменьшить размер неустойки, как норма, закрепляющая основополагающий принцип российского права. Это привело к реальному ограничению прав участников оборота и нарушению принципа свободы договора. В частности, неприменение ч. 1 ст. 333 ГК РФ третейскими судами рассматривается как

основание для отмены их решений или для отказа в выдаче исполнительных листов.

3. Предложения по совершенствованию

действующего законодательства

3.1. Необходимо провести ревизию текста ГК на предмет максимально четкого разграничения используемых в нем понятий «проценты» и «неустойка» для отграничения неустойки от процентов по ст. 395. Так, например, в ст. 856 ГК РФ, термин «проценты» означает неустойку, размер которой определяется в соответствии со ст.395 ГК.

Вместе с тем, принимая во внимание закрепленные в ст. 330 ГК формы неустойки – штраф и пени, следовало бы дать законодательное определение этим формам. Наличие в законодательном акте понятий, смысл которых не раскрывается, не удачно с точки зрения законодательной техники.

3.2. Следовало бы четко разграничить законную неустойку установленную императивными нормами закона, которая не может быть изменена по соглашению сторон, и неустойку, установленную диспозитивными нормами закона. В отношении императивной законной неустойки по соглашению стороны не вправе договориться об освобождении от уплаты неустойки, указанной в законе или ином правовом акте, а равно об уменьшении размера такой неустойки. Подобные соглашения должны рассматриваться как ничтожные. Однако не отменяется возможное последующее освобождение от обязанности уплатить законную неустойку полностью или частично как прощение долга. Диспозитивная законная неустойка должна быть полностью приравнена по статусу к договорной неустойке.

3.3. Уменьшение размера неустойки следует допустить судом (а) только в отношении договорной неустойки, (б) только по ходатайству ответчика (в) только при условии возложения на него бремени доказывания «явной» несоразмерности подлежащей уплате неустойки последствиям нарушения

обязательства.

Возможно, следует напрямую запретить уменьшение размера неустойки, если в соответствии с условиями договора (или закона) уплатой неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, это обязательство прекращается.

3.4. Следует установить правило о том, что соглашение о неустойке должно быть заключено в письменной форме, а если неустойкой обеспечивается исполнение обязательства, вытекающего из договора, то соглашение о неустойке должно быть заключено в той же форме, что и сам договор. Если же основной договор подлежит государственной регистрации, то и соглашение о неустойке, если оно заключено отдельно от договора, также подлежит государственной регистрации.

Раздел IV. Перемена лиц в обязательстве

Подраздел I. Переход прав кредитора к другому лицу

1. Состояние действующего законодательства

1.1. Положения о переходе прав кредитора к другому лицу в основном сосредоточены в § 1 главы 24 ГК РФ, который состоит из девяти статей. Данный параграф содержит положения, определяющие основания и порядок перехода прав кредитора к другому лицу, устанавливает права, которые не могут переходить к другим лицам, определяет правила об объеме прав, переходящих к новому кредитору, о доказательствах прав нового кредитора, о возражениях должника против требования нового кредитора. Данный параграф указывает на случаи перехода прав кредитора другому лицу на основании закона, а также содержит правила об условиях и форме сделки уступки права требования, об ответственности кредитора, уступившего требование.

Нормы о переходе прав кредитора в рамках договора финансирования под уступку денежного требования содержатся в главе 43 ГК РФ, в которой содержатся специальные правила об ответственности клиента (первоначального кредитора) перед финансовым агентом за действительность уступленного требования и за исполнение обязательств клиентом, о недействительности договорного запрета уступки денежного требования для целей передачи требования в рамках данного договора, о последующей уступке денежного требования финансовым агентом, о возражениях и встречных требованиях должника.

Правила о переходе прав кредитора в порядке общего правопреемства содержатся в положениях ГК РФ о наследовании (раздел 5 части третьей ГК РФ); о реорганизации юридических лиц - статьи 58-60 ГК РФ).

Нормы, определяющие особенности перехода прав кредитора по отдельным видам обязательств содержатся в ряде соответствующих разделов

ГК РФ: статья 355 ГК РФ определяет правила об уступке прав по договору о залоге; статья 365 ГК РФ устанавливает правила о переходе к поручителю, исполнившему обязательство, прав кредитора; статья 370 ГК РФ устанавливает условия передаваемости прав по банковской гарантии; пункт 2 статьи 615 ГК РФ содержит правила об условиях перенайма; статья 965 ГК РФ содержит правила о переходе к страховщику прав страхователя на возмещение ущерба (суброгации).

1.2. За время действия ГК РФ нормы о переходе прав кредитора другому лицу не подвергались изменению.

1.3. Положения ГК РФ о замене кредитора в обязательстве имеют очень широкое применение, что подтверждается судебной практикой.

2. Оценка действующего законодательства и практики его применения

Судебная практика и современная отечественная доктрина дают основания для вывода, что действующие нормы гражданского законодательства, регулирующие отношения по перемене лиц в обязательстве, создают определённые препятствия для широкого использования сделок, направленных на передачу прав требования, особенно в коммерческих целях, и вызывают затруднения в правоприменительной практике.

Практика применения указанных норм гражданского законодательства, их сравнение с некоторыми развитыми иностранными правовыми порядками, а также международными принципами договорного права, в том числе европейского, свидетельствуют о необходимости совершенствования правового регулирования.

2.1. Отсутствие дифференциации правил, применимых в случаях уступок, совершаемых в рамках предпринимательской деятельности, и уступок, совершаемых вне рамок такой деятельности, не позволяет учесть особенности отношений сторон и создает препятствия для развития практики использования прав требования в коммерческих целях (для секьюритизации

активов, проектного финансирования и т.д.).

Существенные особенности сделок уступки, совершаемых в коммерческих целях, нашли отражение в положениях главы 43 ГК РФ о договоре финансирования под уступку денежного требования (действительность уступки, совершенной с нарушением условий договора, уступки будущих прав, оптовой уступки, ограничение возражений должника, диспозитивность норм об ответственности клиента за действительность уступленного требования). Вместе с тем эти нормы не применяются к уступкам, осуществляемым по иным основаниям, в том числе и к сделкам осуществляемым для финансирования, но не подпадающим под определение договора, содержащееся в статье 824 ГК РФ.

В целом ряде иностранных правовых порядков предпринимаются меры для установления специального урегулирования уступок, совершаемых в рамках коммерческих сделок, особенно для сделок, связанных с финансированием. Предпринимаются значительные усилия, направленные на выработку таких правил в сфере международной торговли (Конвенция о международном факторинге (Оттавская) 1988 г., Конвенция ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (Нью-Йоркская) 2001 г. и т.д.).

2.2. Правила гражданского законодательства о переходе прав кредитора другому лицу не содержат положений, отражающих особенности уступки прав по денежным обязательствам, в то время как именно эти права наиболее ликвидны, часто используются в рамках коммерческих сделок, и обладают рядом особенностей, требующих отражения в нормативном регулировании (делимость, отсутствие тесной личной связи между кредитором и должником). Несмотря на то, что указанные особенности вытекают из природы денежного обязательства, отсутствие соответствующих норм оказывает негативное влияние на судебную практику и создаёт неопределённость в отношениях сторон.

В российском праве имеющиеся отличия нашли отражение только в Законе об исполнительном производстве, предусматривающем особый

порядок обращения взыскания на дебиторскую задолженность (права требования по денежным обязательствам).

В целях отражения указанных особенностей в европейском договорном праве наметилась тенденция к выделению правил, отражающих особенности уступки прав на получение платежа и прав на получение иного исполнения (см., например, главу 9 Принципов международных коммерческих договоров).

2.3. Несмотря на широкое распространение сделок, предметом которых являются права требования, в современной российской доктрине отсутствует единая точка зрения на вопрос о природе сделок уступки права требования и их соотношении со сделками, на основании которых уступка совершается. Отсутствие чёткой позиции законодателя в этой ситуации вызывает значительные затруднения в правоприменительной практике.

Наибольшую сложность представляет вопрос о способах защиты права лица, которое лишилось возможности осуществлять право требования вследствие передачи данного требования другому лицу без основания либо по недействительному основанию, в случаях, когда был совершен ряд последовательных уступок. Практика столкнулась с необходимостью определения, возможно ли в том случае восстановление первоначального кредитора в праве (ст.12 ГК РФ), и должен ли в этом случае защищаться добросовестный приобретатель права требования. Возможность применения в данном случае по аналогии положений статьи 302 ГК РФ сталкивается с серьезными возражениями, связанными с принципиальными отличиями объектов и отсутствием факта владения.

2.4. Правила об ответственности кредитора, уступившего требование (статья 390 ГК РФ) предусматривают, что первоначальный кредитор, уступивший требование, отвечает перед новым кредитором за недействительность переданного ему требования, но не отвечает за неисполнение этого требования должником. Это положение вытекает из общего принципа, в силу которого первоначальный кредитор, уступающий

требование, гарантирует, что требование существует, юридические препятствия к его осуществлению и передаче отсутствуют. Вместе с тем судебная практика применения данного положения выявила ряд проблем, касающихся, прежде всего точного определения круга обстоятельств, при наличии которых первоначальный кредитор несёт ответственность. Учитывая, что нормы статьи 390 ГК РФ сформулированы императивно, отрицалась возможность уточнения перечня этих обстоятельств в договоре об уступке; а также возможность выдачи гарантий, касающихся существования будущего права и отсутствия возражений у должника против будущего требования.

Нормы о договоре финансирования под уступку денежного требования содержат иные правила об ответственности клиента перед финансовым агентом: пункт 1 статьи 827 ГК РФ об ответственности клиента за действительность уступленного требования сформулирован как диспозитивная норма; пункт 2 данной статьи содержит определение недействительного денежного требования для целей договора о финансировании.

Но и применительно к уступке в рамках договора финансирования правила об ответственности кредитора за действительность уступленного требования нуждаются в уточнении, прежде всего с целью защиты интересов нового кредитора, вынужденного во многих случаях полагаться в отношении существования права и возможностей его реализации исключительно на заверения (гарантии) первоначального кредитора.

Необходимость более четкого нормативного регулирования вопроса об ответственности первоначального кредитора подтверждается выработкой соответствующих правил в рамках международной унификации норм об уступке (см. ст.9.1.15 Принципов УНИДРУА, ст.12 Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле).

2.5. Общие положения ГК РФ о переходе прав кредитора к другому лицу в результате уступки не содержат положений об уступке прав требования по

будущим обязательствам, и соответственно, не используют понятий «существующее право» и «будущее право».

2.5.1. Названные выше понятия используются в нормах пункта 1 статьи 836 ГК РФ, регулирующих отношения по уступке в рамках договора финансирования под уступку денежного требования: «предметом уступки, под которое предоставляется финансирование, может быть как денежное требование, срок платежа по которому наступил (существующее требование), так и право на получение денежных средств, которое возникнет в будущем (будущее требование)». В доктрине, исходя из этой нормы, предлагалось определять будущие требования как платежные обязательства контрагентов клиента, вытекающие из уже заключенных им договоров на поставку товаров, срок платежа по которым еще не наступил.

Однако нет оснований понимать под будущим требованием требования, по которым не наступил срок платежа, поскольку в доктрине никогда не отрицалась возможность уступки прав, исполнение которых поставлено в зависимость от срока; в настоящее время этот вывод воспринят и судебной практикой. Основные проблемы связаны с возможностью совершения сделок с правом требования, не возникшим на момент уступки.

Пункт 1 статьи 382 ГК РФ, говоря о предмете уступки, указывает на право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства. Характеристика цессии как действия по передаче права исключает возможность использовать в качестве предмета уступки право, отсутствующее на момент передачи. На практике это рассматривается как препятствие для совершения сделок с не возникшими на момент совершения сделок об уступке правами требования.

Между тем включение в оборот прав по обязательствам, которые возникнут в будущем, является реальностью хозяйственной практики. В некоторых развитых правовых системах в целом признается действительность уступок будущей задолженности. В тех правовых системах, в которых данные сделки рассматриваются как недействительные, суды

предпринимают усилия по устранению препятствий для совершения таких сделок для целей финансирования. Правила об уступке будущих требований включены в международно-правовые унификации (Нью-Йоркская конвенция 2001 г.), нашли отражение в принципах УНИДРУА, в комментариях к которым отмечается экономическая важность такого рода сделок.

2.5.2. Признание допустимости сделок по уступке будущих прав требует также определения момента перехода будущего права новому кредитору. Возможны два варианта решения проблемы. Согласно одному из них будущее право может быть передано только в момент его возникновения. Другая точка зрения предлагает связывать момент перехода права с моментом заключения соглашения об уступке. На практике новый кредитор приобретет права на будущее требование, только если оно возникнет, но с правовой точки зрения момент передачи вернется к моменту заключения договора об уступке. Последний подход, как обеспечивающий защиту прав нового кредитора, закреплен в Нью-Йоркской конвенции и в Принципах европейского договорного права.

Вместе с тем, если ограничивать возможность совершения сделок с будущими правами только областью предпринимательских отношений, необходимо определить сферу действия подобных положений и степень их императивности.

2.5.3. В качестве одного из препятствий для совершения сделок в отношении будущих прав требования указывают на невозможность точно выделить это требование в момент совершения соглашения об уступке.

Пункт 1 ст.826 ГК РФ требует, чтобы денежное требование, являющееся предметом уступки, было определено в договоре клиента с финансовым агентом таким образом, который позволяет идентифицировать существующее требование в момент заключения договора, а будущее требование – не позднее, чем в момент его возникновения.

Однако данное положение применяется только в рамках отношений по договору финансирования под уступку денежного требования и не

распространяется судебной практикой на иные уступки. Кроме того, в доктрине существуют серьезные различия в определении круга сведений, которые должны быть включены в договор об уступке будущего права.

Проблема идентификации уступленных будущих требований является одной из центральных, что объясняет те усилия, которые прилагаются к ее разрешению при подготовке унифицированных правил в сфере международной торговли. Оттавская и Нью-Йоркская конвенции исходят из того, что определённость уступленного требования в отношении его содержания, размера и личности должника должна проявляться в момент возникновения требования, а не в момент заключения договора об уступке.

2.6. Норма, регулирующая объем прав кредитора, переходящих к другому лицу (статья 384 ГК РФ), требует уточнения. В действующей редакции она неоднозначно трактуется судами при разрешении вопроса о возможности уступки права требования в части (частичной уступки). В доктрине признается, что уступка в части допускается по делимым обязательствам. Вместе с тем судебная практика нередко негативно оценивает сделки по частичной уступке, в том числе по денежным обязательствам, полагая, что они могут вызвать дополнительные расходы у должника.

В развитых правовых порядках допустимость и последствия частичных уступок урегулированы. Правила, предусматривающие в качестве общего положения допустимость уступки права на получение денежной суммы в части, предусмотрены в Принципах УНИДРУА, Конвенции об уступке дебиторской задолженности. Специальные правила предусмотрены в отношении прав на получение иного исполнения.

Отсутствие соответствующих правил в ГК РФ создает неопределённость в отношениях сторон.

2.7. Положения ГК РФ о переходе прав кредитора к другому лицу не содержат общего положения, предоставляющего должнику право потребовать от кредитора возмещения дополнительных расходов, которые

могут у него возникнуть в связи с совершённой уступкой (расходы, связанные с контролем за платежами, с ведением нескольких судебных процессов при частичной уступке и т.д.). Несмотря на то, что указанная проблема может быть разрешена по аналогии права (п. 2 ст.6 ГК РФ), отсутствие соответствующих норм приводит к многочисленным судебным процессам по оспариванию должником сделок уступки; делает положение нового кредитора неопределённым.

Правила о возмещении дополнительных расходов должника имеются в Принципах УНИДРУА и принципах европейского договорного права.

2.8. Норма о доказательствах прав нового кредитора предусматривает, что должник вправе не исполнять обязательство новому кредитору до представления ему доказательств перехода требования к этому лицу (п. 1 ст.385 ГК РФ). Имеющиеся правила не указывают, какие доказательства должны считаться достаточными. При отсутствии таких правил судебная практика сталкивается с затруднениями при определении того, являются ли действия должника по истребованию дополнительных доказательств необходимыми, а действия кредиторов по представлению доказательств достаточными.

Вопрос о доказательствах уступки имеет практическую значимость, что подтверждается включением соответствующих правил в международные унификации.

2.9. Норма об условиях уступки требования предусматривает, что уступка требования другому лицу допускается, если она не противоречит закону, иному правовому акту или договору (п. 1 ст. 389 ГК РФ). Основываясь на этом положении, суды признают недействительными (ничтожными) сделки уступки права требования в том случае, когда они совершены при наличии в соглашении первоначального кредитора с должником условия о запрете уступки (ограничении).

Положения о договоре финансирования под уступку денежного требования предусматривают иное правило: уступка финансовому агенту

денежного требования является действительной, даже если между клиентом и его должником существует соглашение о ее запрете или ограничении (п. 1 ст.828 ГК РФ). Включение в ГК РФ данного положения отражало принципы, нашедшие отражение в Оттавской конвенции о международном факторинге. В последующем эти принципы были положены в основу норм Нью-Йоркской конвенции; нашли отражение в Принципах УНИДРУА, европейского договорного права. «Договорные ограничения, если только они не направлены на сохранение законных интересов, могут ненадлежащим образом препятствовать соблюдению принципов рыночной экономики. В той мере, в какой обязательство платежа оказывает одно и то же действие на должника независимо от личности кредитора, какое-либо договорное ограничение противоречило бы принципу, направленному на сдерживание в отношении отчуждения имущества»².

Отсутствие соответствующего положения в общих нормах ГК РФ об уступке является серьезным сдерживающим фактором в отношении развития оборота прав требования по обязательствам (особенно денежным). Вместе с тем требует дополнительного обсуждения вопрос о том, следует ли распространять правила о допустимости уступки в обход договорного ограничения только на права по денежным обязательствам и следует ли ограничивать действие этих норм сферой коммерческих сделок.

2.10. Нормы ГК РФ о перемене кредитора в обязательстве не содержат положений, определяющих, кому должник должен произвести исполнение, чтобы освободиться от обязательства, в случае нескольких уступок различным лицам, а также в случае ряда последовательных уступок. В развитых правовых системах этот вопрос урегулирован в законе, хотя и разрешается различным образом. Отсутствие соответствующего правила в ГК РФ делает положение должника неопределённым и создает препятствия для сделок по передаче прав требований.

² Аналитический комментарий к проекту конвенции об уступке при финансировании под дебиторскую задолженность. Записка секретариата // Комиссия ООН по праву международной торговли. 33 сессия. Нью-Йорк, 12 июня – 7 июля 2000 г. А\СТ.9/470 С.43

2.11. Нормы ГК РФ не содержат положений, определяющих правила перехода права требования по обязательствам с множественностью лиц на стороне кредитора (особенно при солидарности требования).

В доктрине предлагалось к отношениям по передаче одним из солидарных кредиторов принадлежащего ему права требования применять по аналогии нормы ГК РФ о преимущественном праве приобретения доли в праве общей собственности (ст. 250 ГК РФ); допускать такую сделку только с согласия сокредиторов. Приходят к выводу и о допустимости распоряжения правом требования только одновременно всеми солидарными кредиторами.

На практике подобные вопросы возникли сравнительно недавно; судебная практика по подобным делам не сложилась. Вместе с тем попытки совершения таких сделок на практике приобретают все более широкое распространение. Отсутствие механизма защиты сокредиторов является неприемлемым, поскольку ставит его в зависимость от действий другого сокредитора, оказывающих влияние на судьбу права требования в целом.

2.12. Правило о возражениях должника против требования нового кредитора (ст.386 ГК РФ) предусматривает, что должник вправе выдвигать против требования нового кредитора возражения, которые он имел против первоначального кредитора к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству к новому кредитору. В доктрине признается, что значение имеет момент, когда возникли юридические основания для заявления соответствующего возражения, а не соответствующие фактические обстоятельства, на которые ссылается должник. Этот вывод нашел отражение в судебной практике. Вместе с тем неточная редакция нормы может привести к искажениям ее смысла в ходе правоприменения.

3. Предложения по совершенствованию

действующего законодательства

3.1. Нормы гражданского законодательства, регулирующие отношения по перемене кредитора в обязательстве должны быть дифференцированы и

предусматривать особенности уступки прав требования в рамках сделок, исполнение которых связано с осуществлением предпринимательской деятельности. Нормы, регулирующие отношения по передаче прав требования в предпринимательских целях должны иметь преимущественно диспозитивный характер, что позволит более гибко реагировать на оперативные потребности хозяйственной практики.

3.2. В целях отражения особенностей прав на получение платежа и устранения препятствий для включения таких прав в оборот необходимо установление специальных правил, регулирующих уступку прав на получение денежного исполнения.

3.3. Положения параграфа 1 статьи 24 ГК РФ не структурированы. Это создает определенные затруднения в практике их применения, поскольку вызывает вопросы о сфере их применения. Нормы гражданского законодательства о переходе прав кредитора к другому лицу должны быть структурированы; необходима группировка норм определяющих отношения между первоначальным кредитором и новым кредитором; между первоначальным кредитором, новым кредитором и должником; с участием третьих лиц.

3.4. Гражданское законодательство должно содержать положения, определяющие, за какие обстоятельства, затрагивающие судьбу основного обязательства, первоначальный кредитор несет ответственность перед лицом, которому уступлено право требования.

На первоначального кредитора следует возложить ответственность за то, что:

- уступленное право существует в момент уступки, если только это право не является будущим правом;
- первоначальный кредитор уполномочен произвести передачу права (уступку);
- право не было ранее уступлено другому лицу, оно свободно от любых прав и притязаний третьих лиц;

- у должника отсутствуют возражения для защиты (или будут отсутствовать такие возражения – в случае уступки будущего права);

- ни должник, ни первоначальный кредитор не делали заявления о зачете, касающегося уступленного права, и в дальнейшем не дадут такое уведомление;

- первоначальный кредитор возместит новому кредитору любой платеж, полученный от должника до направления уведомления об уступке.

Норма об ответственности первоначального кредитора применительно к отношениям по коммерческой уступке должна формулироваться как диспозитивная.

3.5. Гражданское законодательство должно быть дополнено положениями о возможности уступки будущих прав, т.е. прав, не возникших на момент совершения соглашения между первоначальным и новым кредиторами о передаче права.

Необходимо определить, в какой момент такое право считается переданным – в момент его возникновения либо в момент заключения соглашения об уступке; у кого это право возникает – у первоначального кредитора либо непосредственно у нового кредитора.

Необходимо определить, что при отсутствии договоренности об ином, уступка будущих прав имеет силу без дополнительного акта передачи.

Необходимо также установить, что для целей уступки будущих прав право должно быть определено таким образом, чтобы его можно было идентифицировать на момент его возникновения.

Возможно, следует ограничить возможность уступки будущих прав только сферой коммерческих отношений.

3.6. Для целей устранения неопределённости в вопросе о возможности уступки права требования в части необходимо установить, что право на получение денежной суммы может быть уступлено частично; право на получение другого исполнения может быть уступлено частично, если только соответствующее обязательство делимо, и уступка не сделает обязательство

значительно более обременительным.

3.7. Для целей устранения неопределённости в положении должника, уведомленного об уступке, и определении лица, которому должник может произвести исполнение для освобождения от обязательства, необходимо предусмотреть, что надлежащим доказательством уступки является письменный документ, исходящий от первоначального кредитора, и содержащий указание, что уступка имела место.

3.8. В целях устранения необоснованных препятствий для передачи права требования на получение денежного платежа установить, что уступка такого права требования имеет силу, несмотря на соглашение первоначального и нового кредитора, ограничивающее или запрещающее уступку. Это не исключает ответственности первоначального кредитора перед должником за такую уступку.

3.9. Для целей устранения неопределённости в вопросе о том, кому должник должен произвести исполнение при последующей уступке права одним и тем же кредитором. Такое исполнение должно быть осуществлено лицу, от которого уведомление было получено должником ранее.

При ряде последовательных уступок должник должен считаться надлежаще исполнившим обязательство, если он произвел исполнение в соответствии с уведомлением о последней из таких уступок.

3.10. Для целей устранения злоупотреблений при передаче права одним из солидарных кредиторов без согласия других сокредиторов, определить правила перехода права требования по обязательствам с множественностью лиц.

3.11. В целях устранения неопределённости в вопросе о возражениях, которые могут быть выдвинуты должником против требования нового кредитора необходимо уточнить, что речь идет о возражениях, юридические основания для заявления которых возникли к моменту получения уведомления.

3.12. В целях защиты прав кредитора, неосновательно утратившего

право требования, определить, с использованием каких способов защиты такой кредитор может восстановить свои права, если имел место ряд последовательных уступок. Следует также определить, может ли приобретатель права требования защищаться против требования такого лица о восстановлении в праве, указывая на свою добросовестность.

Подраздел II. Перевод долга

1. Состояние действующего законодательства

Параграф 2 «Перевод долга» главы 24 «Перемена лиц в обязательстве» включает две статьи (391 – 392). Статья 391 определяет условия и форму перевода долга. Статья 392 определяет допустимые возражения нового должника против требования кредитора.

2. Оценка действующего законодательства

и практики его применения

2.1. Российская правовая система рассматривает перевод долга как сделку между первоначальным и новым должником. Принятие на себя чужого долга по соглашению с кредитором представляет иную сделку, которая производится по правилам иным, чем правила о переводе долга.

Вместе с тем в ряде правовых систем замена должника по соглашению с кредитором рассматривается и регулируется в качестве самостоятельного основания замены должника в обязательстве. Учитывая эти традиции ст.9.2.1. Принципов УНИДРУА устанавливает, что обязательство произвести исполнение может быть переведено с должника на другое лицо как 1) путем соглашения между первоначальным должником и новым должником, так и 2) путем соглашения между кредитором и новым должником, согласно которому новый должник принимает на себя обязательство.

Сделки по принятию на себя чужого долга по соглашению с кредитором в ГК РФ не урегулированы. По своим правовым последствиям они сходны

со сделками по переводу долга, поскольку направлены на замену обязанной стороны в обязательстве. В связи с этим имеется необходимость определить, в какой степени к этим сделкам применимы правила ГК РФ о переводе долга, в частности, о возражениях нового должника против требования кредитора, о судьбе обеспечений и т.д.

2.2. Пункт 1 статьи 391 ГК РФ предусматривает, что перевод должником своего долга на другое лицо допускается лишь с согласия кредитора.

ГК РФ не указывает, когда согласие может быть дано, не исключая тем самым возможность предварительного согласия кредитора на перевод долга.

Вместе с тем при предварительном согласии имеется неопределенность в вопросе о том, когда вступает в силу перевод долга – с момента вступления в силу соглашения между должниками либо с момента, когда кредитор узнает о переводе долга.

Поскольку в отношениях по переводу долга момент, в который происходит замена должника, имеет существенное значение, данная неопределенность должна быть устранена.

Важность данной проблемы и необходимость ее урегулирования подтверждается тем, что данный вопрос прямо урегулирован в статье 9.2.4. Принципов УНИДРУА, где устанавливается, что 1) кредитор может дать предварительное согласие; 2) если кредитор дал предварительное согласие, то перевод вступает в силу в момент, когда кредитор получает уведомление о переводе либо когда кредитор ознакомился с ним.

2.3. Использование на практике механизма перевода долга существенно осложняется в связи с тем, что кредитор, не будучи уверенным в надежности нового должника, не соглашается на замену обязанной стороны, поскольку не имеет гарантий со стороны прежнего должника. В настоящее время возможность сохранения обязательства первоначального должника при переводе долга законом не предусмотрена, что препятствует использованию конструкций, обеспечивающих интересы кредитора в подобных сделках.

Исходя из практических потребностей в регулировании таких

отношений, статья 9.2.5. Принципов УНИДРУА устанавливает, что «первоначальный и новый должник несут солидарную ответственность перед кредитором, если только кредитор не освободит первоначального должника от обязательства, либо не оговорит, что первоначальный должник отвечает в случае, если новый должник не произведет надлежащего исполнения (субсидиарно).

Если обязательство принято лицом по соглашению с кредитором, то прежний должник может отказаться от освобождения его от долга и тогда он несет солидарную с новым кредитором ответственность за исполнение обязательства».

2.4. Положения ГК РФ о переводе долга не содержат положений об объеме прав кредитора на получение исполнения от нового должника. В связи с этим доктрина и практика исходят из того, что кредитор может осуществлять против нового должника все права по получению исполнения по обязательству.

Вместе с тем данный подход требует уточнения.

В частности, нет определенности в вопросе о том, можно ли ограничить права кредитора по соглашению с ним. В целях ее устранения целесообразно прямо закрепить в ГК приведенное выше общее правило об объеме прав кредитора, сформулировав его как диспозитивное.

ГК не содержит общих положений о судьбе обеспечений при переводе долга. Поскольку объем обязательств нового должника прямо не определен, при освобождении первоначального должника от обязательства возникает вопрос о прекращении и всех обеспечений, которые он предоставил. Прежде всего, это касается залога, предоставленного первоначальным должником. Имеются также вопросы в отношении сохранения неустойки.

Самостоятельно должен быть отражен вопрос и о судьбе обеспечений, предоставленных третьими лицами. В отношении обязательства поручителя отношения урегулированы п.2 ст.367 ГК РФ.

В отношении залогов и иных обеспечений, в силу которых кредитор

получает преимущественное право получить исполнение за счет определенного имущества, правила об условиях их сохранения отсутствуют.

2.5. На практике широко распространены сделки по передаче всех прав и обязанностей по договору («передача договоров»). В ГК РФ правила, относящиеся к таким сделкам, отсутствуют. Судебная практика исходит из того, что к таким сделкам применяются правила об уступке требования и переводе долга в совокупности. Такая позиция ранее была сформулирована в доктрине.

3. Предложения по совершенствованию

действующего законодательства

Могут быть рассмотрены следующие предложения по улучшению правового регулирования отношений, связанных с переводом долга (изменения и дополнения ГК РФ).

3.1. Представляется необходимым определить момент, когда при предварительном согласии вступает в силу перевод долга, связав этот момент с моментом получения кредитором соответствующего уведомления.

3.2. Целесообразно предусмотреть право кредитора обусловить свое согласие на перевод долга сохранением обязательства первоначального должника (как солидарного либо субсидиарного должника); особенно актуально закрепление такого права в отношении предварительного согласия кредитора, когда его риски значительно увеличиваются.

3.3. Дополнить регулирование положением о том, что если первоначальный должник освобождается от обязательства, то это освобождение распространяется на все предоставленные им залоговые обеспечения, если только он не передает предмет обеспечения новому должнику.

3.4. Необходимо закрепить общее положение, согласно которому, если первоначальный должник освобождается от обязательства, то обеспечение исполнения обязательства, предоставленное любым третьим лицом,

прекращается, если только такое лицо не согласится отвечать за нового должника.

3.5. Учитывая распространенность сделок «передачи договоров», целесообразно дополнить главу 24 параграфом, регулирующим порядок передачи прав и обязанностей по взаимным обязательствам.

Раздел V. Ответственность за нарушение обязательств

1. Состояние действующего законодательства

и практики его применения

1.1. В настоящее время общие положения об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение гражданско-правовых обязательств содержатся в основном в главе 25 ГК РФ и применяются в судебно-арбитражной практике, начиная с 1 января 1995 года.

Глава 25 ГК РФ включает в себя законоположения о трёх формах гражданско-правовой ответственности, применяемых при нарушении обязательств: возмещении убытков (ст. 393), взыскании неустойки (ст. 394) и уплате процентов годовых за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате (ст. 395).

1.2. Судебно-арбитражная практика свидетельствует о том, что такая форма ответственности как возмещение убытков крайне редко применяется участниками имущественного оборота в качестве средства защиты прав, нарушенных в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств. Судя по статистическим данным арбитражных судов, лишь в 4-5 % случаев нарушения договорных обязательств кредиторы защищают свои права путём предъявления должнику требований о возмещении причинённых убытков, предпочитая взимание неустойки или процентов годовых за пользование чужими денежными средствами. Такое положение во многом является следствием негативного отношения к возмещению убытков, сформировавшегося ещё в советские годы.

В современной судебно-арбитражной практике особо остро (в рамках проблемы справедливого возмещения убытков) стоит вопрос о доказывании кредитором не только факта наличия убытков, вызванных нарушением обязательства со стороны должника, но и их точного размера. В ситуациях, когда факт нарушения должником обязательства и, как следствие,

причинения кредитору убытков не вызывает сомнений, но точный размер убытков, требование о возмещении которых предъявлено кредитором, не в полной мере может быть подтверждён доказательствами (в том числе, по свойствам самих убытков), в подавляющем числе случаев кредитор получит судебное решение об отказе в удовлетворении исковых требований в связи с признанием недоказанным размера причинённых убытков.

Между тем, по мнению дореволюционных правоведов, выраженному в материалах редакционной комиссии по составлению проекта Гражданского уложения, в подобной ситуации, когда кредитором доказаны само право на вознаграждение и несомненное существование убытков, отказ в иске лишь по недоказанности точной цифры убытков равняется в сущности отказу в правосудии. Отмеченная несправедливость в отношении лиц, потерпевших убытки, должна быть устранена предоставлением суду права определять размер убытков по своему усмотрению, основанному на соображении всех материалов дела (ст. 1657 проекта Гражданского уложения).

Соответствующее правило сегодня можно обнаружить в п. 3 ст. 7.4.3 Принципов международных коммерческих договоров: «Если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда».

Не способствует широкому применению такой формы ответственности как возмещение убытков, причинённых нарушением договорных обязательств, отсутствие в главе 25 ГК РФ положений о «конкретных» и «абстрактных» убытках (соответствующие нормы сегодня имеются только в ст. 524 ГК РФ, распространяющей своё действие лишь на договор поставки).

Под конкретными убытками обычно понимаются фактически понесённые кредитором расходы в связи с неисполнением обязательств должником, например, дополнительные расходы кредитора по сделке, заменяющей договор, не исполненный должником. Абстрактные убытки представляют собой способ исчисления убытков для тех случаев, когда, например, товар, подлежавший передаче по договору должником,

нарушившим своё обязательство, имеет биржевую или рыночную цену. В этом случае разница между договорной и рыночной ценами и составляет убытки, размер которых не нуждается в специальном доказывании.

В настоящее время выделение конкретных и абстрактных убытков является общепринятым как для стран континентальной Европы, так и для англо-американского права. Согласно Принципам международных договоров (ст. 7.4.6) положения о конкретных и абстрактных убытках носят всеобщий характер и подлежат применению к любым видам договорных обязательств.

С другой стороны, активизация применения такой формы ответственности, как возмещение убытков, упрощение порядка их исчисления и взыскания (на что должны быть ориентированы предлагаемые изменения правового регулирования) делают необходимым включение в главу 25 ГК РФ положений, расшифровывающих понятие «полное возмещение убытков», которые исключили бы для кредитора, требующего возместить убытки, причинённые в результате нарушения обязательства должником, возможность получения неосновательного обогащения.

1.3. Принимая во внимание, что на сегодняшний день основным средством защиты прав кредиторов в случаях нарушения должником договорных обязательств остаётся взыскание законной или договорной неустойки, необходимо внести некоторые коррективы в ст. 333 ГК РФ, наделяющую суд правом уменьшать неустойку, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

Данная норма не связывает напрямую право суда на уменьшение неустойки с размером убытков, причинённых кредитору нарушением договорного обязательства со стороны должника, как это было сделано, например, в ГК РФ 1964 г. В период, когда формировалась судебно-арбитражная практика по применению ст. 333, в качестве обстоятельств, свидетельствующих о необходимости уменьшить неустойку, судами принимались во внимание и незначительность просрочки исполнения обязательства, и превышение размера неустойки над суммой задолженности

за товары, работы, услуги, и взыскание с должника процентов годовых за пользование чужими денежными средствами и т.п. Нередко встречались случаи уменьшения судом неустойки при отсутствии ходатайства ответчика об этом (т.е. по инициативе суда) либо при рассмотрении дела в апелляционной, кассационной или надзорной инстанции, когда этот вопрос в суде первой инстанции вообще не рассматривался. В конце концов, уменьшение неустойки при её несоразмерности последствиям допущенного нарушения договорного обязательства стало рассматриваться в качестве не права суда, а его процессуальной обязанности.

В тот период необузданной инфляции (1995-1998 г.г.) такая судебнo-арбитражная практика во многом находила своё оправдание в крайне низком уровне договорной работы, что выражалось в частности, в установлении сторонами в заключаемых договорах неустоек, размер которых превышал все разумные пределы при отсутствии ограничений предельной суммы взыскиваемых неустоек. Однако в современных условиях произвольное уменьшение судом (в том числе, по собственной инициативе при отсутствии ходатайства ответчика) размера неустойки, предусмотренной сторонами в договоре, представляется избыточным вмешательством суда в волеизъявление сторон, нарушающим принципы свободы договора. Правила, исключающие возможность подобной судебной практики, должны быть включены в ГК РФ.

1.4. В некоторых коррективах нуждается и правовое регулирование порядка применения такой меры гражданско-правовой ответственности, как уплата процентов годовых за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате (ст. 395 ГК РФ).

В действующей редакции ст. 395 предусмотрен зачётный характер указанных процентов по отношению к взыскиваемым с должника убыткам за соответствующее нарушение обязательства (п. 2 ст. 395). Вместе с тем в указанной статье не определено соотношение названных процентов и

предусмотренной договором неустойки за просрочку исполнения денежного обязательства. Имея в виду, что неустойка по отношению к убыткам, по общему правилу, также носит зачётный характер, одновременное применение данных мер ответственности за одно и то же нарушение может привести к взысканию с должника суммы, превышающей размер возможных убытков кредитора, т.е. к неосновательному обогащению последнего. В связи с этим было бы целесообразно ограничить возможности кредитора лишь одной из названных мер ответственности.

Необходимо также исключить ситуации, когда проценты произвольно «накручиваются» кредитором путём начисления новых процентов на сумму ранее начисленных, но не уплаченных должником процентов. Такой способ исчисления процентов также может привести к неосновательному обогащению кредитора.

Могут быть рекомендованы также некоторые уточнения правовых норм, регламентирующих порядок привлечения к ответственности. В частности, в главу 25 ГК РФ можно было бы включить правило о соотношении норм о субсидиарной ответственности (ст. 399) и положений о субсидиарной ответственности собственника имущества казённого предприятия (п. 5 ст. 115) и учреждения (п. 2 ст. 120) как общего и специального, обеспечивающего приоритет последнего в правоприменении.

2. Предложения по совершенствованию

действующего законодательства

2.1. Включить в главу 25 ГК РФ отдельную статью «Определение размера убытков, подлежащих возмещению», в которой могли бы найти отражение следующие положения:

а) если иное не установлено законом или договором, должник, нарушивший обязательство, обязан возместить кредитору причинённые убытки в полном размере; полное возмещение убытков означает, что кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы,

если бы обязательство было исполнено должником надлежащим образом;

б) должник, допустивший нарушение договорного обязательства, не должен возмещать ущерб, который он не предвидел или не мог разумно предвидеть при заключении договора как вероятное последствие его неисполнения;

в) размер подлежащих возмещению убытков, должен быть установлен с разумной степенью достоверности, однако суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении должником убытков за нарушение обязательства по основанию исключительно недоказанности размера убытков, когда по обстоятельствам дела размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности; в этом случае определение размера подлежащих возмещению должником убытков осуществляется судом исходя из принципов разумности, справедливости, соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства и с учётом всех обстоятельств дела.

2.2. Включить в главу 25 ГК РФ отдельную статью «Возмещение убытков при прекращении договора», содержащую следующие положения:

а) если неисполнение или ненадлежащее исполнение должником договорного обязательства повлекло за собой досрочное прекращение договора, и кредитор заключил иную сделку взамен прекращённого договора, он вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращённом договоре, и ценой на сопоставимые товары, работы услуги по заменяющей его сделке;

б) если кредитор, прекративший договор, не совершил заменяющей сделки, однако в отношении предусмотренного договором исполнения имеется текущая цена на сопоставимые товары, работы услуги, кредитор вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращённом договоре, и текущей ценой; текущей ценой признаётся цена, взимаемая в момент прекращения договора за сопоставимые товары, работы, услуги в месте, где должно было быть

исполнено договорное обязательство, а при отсутствии текущей цены в указанном месте может быть использована текущая цена, применявшаяся в другом месте, которая может служить разумной заменой с учётом транспортных и иных дополнительных расходов;

в) удовлетворение указанных требований не освобождает сторону, не исполнившую или ненадлежаще исполнившую обязательство, от возмещения иных убытков, причинённых другой стороне, на основании статьи 15 ГК РФ.

2.3. Статью 393 ГК РФ целесообразно дополнить положением о том, что использование кредитором иных средств защиты нарушенных прав, предусмотренных законом или договором, не лишает кредитора права на возмещение убытков, причинённых неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства.

2.4. В статью 395 ГК РФ включить положения следующего содержания:

а) если иное не предусмотрено законом или договором, в случае, когда соглашением сторон предусмотрена неустойка за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства, проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ, не подлежат взысканию;

б) 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.

2.5. В ст. 399 ГК РФ включить дополнительный пункт, предусматривающий, что настоящим Кодексом и иными законами может быть предусмотрен иной порядок привлечения к субсидиарной ответственности (например, ст. 115, ст. 120 ГК РФ, законодательство о несостоятельности (банкротстве)).

2.6. Пункт 1 ст. 406 ГК РФ дополнить положением о том, что кредитор не может считаться просрочившим в случае, когда, несмотря на то, что им не

были совершены действия, предусмотренные настоящим пунктом, должник был не в состоянии исполнить обязательство.

Раздел VI. Прекращение обязательств

1. Состояние действующего законодательства

1.1. Общие положения о прекращении обязательств входят в систему гражданского законодательства. Соответствующие нормы расположены в главе 26 ГК РФ, которая содержит 13 статей. Глава «Прекращение обязательств» предусматривает десять оснований прекращения обязательств (прекращение обязательства исполнением, отступное, зачет, совпадение должника и кредитора в одном лице, новация, прощение долга, невозможность исполнения, акт государственного органа, смерть гражданина и ликвидация юридического лица), а, кроме того, не исключает возможности прекращения обязательств полностью или частично по иным основаниям, предусмотренным ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором.

1.2. Действующие нормы не предусматривают общего правила о последствиях прекращения обязательства, а также перечня оснований прекращения обязательств. Имеются также и некоторые положения, требующие уточнения.

1.3. С момента введения в действие ГК РФ нормы главы 26 Кодекса ни разу не подвергались изменениям.

1.4. Широкое применение на практике норм главы ГК «Прекращение обязательств» обусловлено, в том числе потребностью участников гражданского оборота урегулировать возникающие разногласия при отказе от правоотношений.

2. Оценка действующего законодательства и практики его применения

В целом институт прекращения обязательств достаточно консервативен, а применение его норм на практике не вызывает значительных затруднений. В то же время, как общие положения, так и отдельные нормы этого института

могли бы быть скорректированы в целях обеспечения принципа осуществления субъектами своих гражданских прав своей волей и в своем интересе.

Кроме того, нормы о прекращении обязательств могут быть усовершенствованы с учетом положительного опыта зарубежных правовых порядков, а также международных принципов договорного права.

2.1. Выявились некоторые недостатки общих положений о прекращении обязательств, которые представлены в главе 26 ГК исключительно статьей 407 ГК. Фактически институт прекращения обязательств не располагает общими положениями, за исключением нормы, содержащейся в пункте 1 статьи 407 ГК.

Заслуживает обсуждения вопрос о включении в редакцию главы 26 ГК перечня оснований прекращения обязательств таким образом, как это сделано, например, в случае с основаниями приобретения и основаниями прекращения права собственности. В то же время не исключается и сохранение подхода, закрепленного в пункте 1 статьи 407 ГК, в соответствии с которым обязательство прекращается полностью или частично по основаниям, предусмотренным ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором.

В числе общих положений института прекращения обязательств отсутствует также общее правило о последствиях прекращения обязательства, в том числе о последствиях, распространяющихся на дополнительные обязательства, связанные с первоначальным. Понятие «прекращение обязательства», используемое законодателем в главе 26 ГК и подразумевающее полное прекращение правоотношения, должно сочетаться с положениями об ответственности одной из сторон обязательства, а также о вновь возникающих в связи с прекращением прежнего обязательства правах и обязанностях сторон (например, о правах, возникающих из соглашения об отступном).

Как показала практика, отсутствие в главе 26 ГК общего правила о допустимости заключения в любое время соглашения о прекращении обязательства на будущее время не способствует стабилизации гражданско-правовых отношений, несмотря на наличие в гражданском законодательстве положений о расторжении договора по соглашению сторон (статья 450 ГК). Возможность прекратить внедоговорное обязательство по соглашению сторон прямо не предусмотрена действующим законодательством. Не закреплены также и последствия заключения такого соглашения.

Такого рода соглашение в качестве общего правила могло бы восполнить недостающее правовое регулирование на тот случай, когда перечень оснований прекращения обязательств не содержит в себе необходимого юридического факта. Например, оно могло бы заключаться в случае зачета встречных неоднородных требований сторон друг к другу.

2.2. Часть норм, содержащихся в главе 26 ГК, по своему содержанию не вполне отвечает наименованию главы – «Прекращение обязательств». Речь идет о некоторых положениях, касающихся исполнения обязательств, которые с точки зрения структуры кодификации целесообразно разместить в той части ГК, которая будет посвящена исполнению обязательств.

2.3. Практика применения норм об отдельных основаниях прекращения обязательств показала, что они нуждаются в уточнении. Не определены некоторые используемые законодателем понятия (например, «обстоятельство, за которое ни одна из сторон не отвечает» - статья 416 ГК), а также имеются пробелы в регулировании отдельных этапов правоотношений в связи с прекращением обязательств.

2.3.1. В частности, не вполне ясен момент, с которого считается прекращенным обязательство в случае предоставления отступного (статья 409 ГК), а также существо прав кредитора, вытекающих из соглашения об отступном. В арбитражной практике сложилось убеждение в том, что в случае заключения соглашения об отступном кредитор не вправе требовать исполнения первоначального обязательства до истечения установленного

сторонами срока предоставления отступного.

2.3.2. Не решена проблема «юридической неоднородности» требований при зачёте (статья 410 ГК), то есть возможности зачета требований как подтвержденных, так и не подтвержденных вступившим в законную силу судебным решением. Кроме того, имеется некоторая неопределенность с вопросом о моменте прекращения обязательств при зачете. Позиция арбитражной практики такова, что если встречные требования являются однородными, срок их исполнения наступил, и одна из сторон сделала заявление о зачете, то обязательства считаются прекращенными в момент наступления срока исполнения того обязательства, срок исполнения которого наступил позднее, и независимо от того, когда было сделано или получено заявление о зачете. В то же время такое правило в ГК напрямую не закреплено и не подразумевается. Не очевидна также возможность осуществления зачета встречных требований, одно из которых (или оба) находятся под арестом в порядке исполнительного производства.

2.3.3. С учетом положений абзаца 2 пункта 2 статьи 408 ГК следовало бы решить вопрос о способах волеизъявления сторон при прощении долга, а также установить, насколько обязательно выражение должником своего согласия на прощение его долга.

Такое основание прекращения обязательства, как акт государственного органа, также нуждается в уточнении. Необходимо определить, имеют ли значение причины издания акта того или иного государственного органа, в частности, в случаях, когда такой акт издан в связи с неправомерными действиями (бездействием) должника. Мнение арбитражной практики представлено позицией, в соответствии с которой, например, отзыв у должника лицензии, вызванный неправомерными действиями лицензиата, и неисполнение в связи с этим обязательства не являются основанием прекращения обязательств должника в результате издания акта государственного органа.

2.4. При анализе оснований прекращения обязательств выявлены также

противоречия между гражданским законодательством и законодательством об исполнительном производстве, требующие их устранения в целях чистоты законодательства и четкости правоприменения.

3. Предложения по совершенствованию

действующего законодательства

3.1. Для реализации идеи о необходимости закрепления в нормах о прекращении обязательств общего правила о последствиях наступления тех юридических фактов, которые служат основанием прекращения обязательства, в ГК РФ целесообразно установить правило, в соответствии с которым любое прекращение обязательства есть его прекращение на будущее время; иное может быть предусмотрено законом или договором.

Предлагаемое правило вместе с тем не затрагивает судьбу неисполненного по обязательству, а также не отменяет гражданско-правовых санкций, которые могут подлежать применению к одной из сторон обязательства.

Кроме того, заслуживает введения в законодательство норма о том, что при прекращении обязательства прекращаются также дополнительные (обеспечивающие) обязательства, связанные с первоначальным, если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон. Это правило может применяться ко всем основаниям прекращения обязательств и потребует учета при обсуждении новой редакции статьи 329 ГК.

3.2. Требуется рассмотрения вопрос о введении в законодательство общего правила о возможности заключения соглашения о прекращении любого, в том числе внедоговорного, обязательства на будущее время, а также о последствиях заключения сторонами такого соглашения.

В качестве такого общего правила предлагается норма, в соответствии с которой любое обязательство может быть прекращено соглашением сторон, если иное не предусмотрено законом, договором или не вытекает из существа обязательства. Таким образом, соглашение сторон становится

самостоятельным основанием прекращения обязательства.

3.3. В числе оснований прекращения обязательств действующая редакция статьи 407 ГК указывает основания, предусмотренные иными нормативными правовыми актами помимо ГК РФ и федеральных законов. В то же время, например, положения об изменении и расторжении договора в одностороннем порядке аналогичного правила не содержат (пункт 2 статьи 450 ГК). В целях обеспечения устойчивости гражданского оборота от этого правила следует отказаться и соответствующую норму из ГК исключить, оставив возможность предусматривать основания прекращения обязательств в ГК РФ и иных федеральных законах или в договоре.

3.4. Целесообразно перенести нормы, содержащиеся в пункте 2 статьи 408 ГК, в главу 22 «Исполнение обязательств», уточнив их попутно указанием на то, что кредитор, принимая исполнение, обязан по требованию должника выдать ему расписку или иной документ.

3.5. Заслуживает обсуждения проблема последствий неприятия (или уклонения от принятия) кредитором исполнения в срок при невозможности внесения долга в депозит в случаях, когда предметом исполнения не являются деньги или ценные бумаги.

В качестве одного из возможных вариантов предлагается норма, в соответствии с которой основанием прекращения обязательств является неправомерное уклонение кредитора от принятия исполнения, если последний не докажет, что неприятие исполнения имело место не по его вине. Изъятия из этого правила могут быть предусмотрены законом или договором. При этом, однако, необходимо зафиксировать механизм прекращения обязательства.

3.6. В отношении определения момента, с которого следует считать прекращенным обязательство при заключении сторонами соглашения об отступном, возможны следующие варианты.

Во-первых, можно рассматривать в качестве отступного принятие кредитором иного исполнения взамен надлежащего, осуществляемое им с

выдачей должнику расписки или иного документа, подтверждающего получение исполнения.

Во-вторых, допустим подход, в соответствии с которым необходимо заключение соглашения сторон об отступном, порождающего право кредитора требовать на свой выбор при непредставлении ему отступного передачи ему либо предмета первоначального обязательства, либо непосредственно отступного. Таким образом, соглашение об отступном повлечет возникновение альтернативного обязательства.

3.7. Требуется уточнения момент прекращения обязательства при зачете встречных однородных требований. Представляется необходимым закрепить правило, в соответствии с которым при зачете обязательство прекращается с момента получения заявления стороны о зачете другой стороной, при этом отказ от заявления о зачете недопустим, в том числе, даже если такая возможность предусмотрена договором.

Заслуживает фиксации в гражданском законодательстве норма о допустимости зачета тех требований, на которые наложен арест. Возможно, следует использовать подход, в соответствии с которым при наложении ареста на требование зачет требования должника к кредитору исключается только в случаях, если должник приобрел свое требование после наложения ареста, или если срок исполнения по его требованию наступил после наложения ареста, или если оно должно быть исполнено позднее, чем требование, на которое был наложен арест (например, § 392 Германского гражданского уложения).

3.8. Следует сделать диспозитивной норму о прекращении обязательства совпадением должника и кредитора в одном лице. Кроме того, исключения из правила о прекращении обязательства вследствие совпадения должника и кредитора могут быть установлены законом или вытекать из существа обязательства.

3.9. Нуждается в оговорке «если иное не установлено законом», - правило о недопущении новации в отношении обязательств по возмещению

вреда, причиненного жизни или здоровью, и по уплате алиментов. Эта корректива позволит сочетать правила о новации, например, с новыми диспозитивными нормами, закрепленными в семейном законодательстве применительно к алиментным обязательствам.

3.10. Внося большую определенность в правоотношения по поводу прощения долга, следует напрямую установить, что обязательство прекращается освобождением кредитором должника от лежащих на нем обязанностей путем отправки должнику уведомления. В случае если в разумный срок с момента получения такого уведомления должник не возразил своему кредитору, его согласие на прощение долга должно предполагаться.

3.11. При прекращении обязательства в связи с невозможностью исполнения следует определить понятие обстоятельства, за которое ни одна из сторон не отвечает. К числу таких обстоятельств могут быть отнесены те, которые наступили после возникновения обязательства, в том числе наступившая впоследствии неспособность должника к исполнению.

Корректировка положений о прекращении обязательства вследствие издания акта государственного органа требует, прежде всего, включения в соответствующие положения упоминания об актах, издаваемых органами местного самоуправления. Кроме того, при формулировании самого основания прекращения обязательства в данном случае необходимо учесть причины издания того или иного акта и указать, что обязательство не подлежит прекращению в случаях, когда невозможность исполнения вызвана изданием акта публичного органа в связи с неправомерными действиями (бездействием) должника (например, при наложении ареста на его имущество в порядке исполнительного производства).

Раздел VII. Общие положения о договоре. Заключение договора

1. Состояние действующего законодательства

1.1. Общие положения о договоре входят составной частью в ГК РФ, будучи обособленными в специальный Подраздел 2, который так и называется «Общие положения о договоре», Раздела III Общая часть обязательственного права. Названный Подраздел 2 разделен на три главы: 27 (Понятие и условия договора), 28 (Заключение договора), 29 (Изменение и расторжение договора). Наиболее общие нормы – от легальной дефиниции гражданско-правового договора и принципов договорного права до классификаций договоров – содержатся в главе 27 ГК РФ, состоящей из 12 статей. Порядку заключения договоров, в основном, заключению договора «между отсутствующими», посвящается глава 28 ГК РФ, состоящая из 15 статей. Наконец, нормы об изменении и расторжении договора содержатся в главе 29 ГК РФ, состоящей из 4 статей.

1.2. Нормативные положения, посвященные понятию договора, презюмируемые как нормы общего характера, в основе своей являются нормами, посвященными двусторонним сделкам, то есть соглашениям, заключенным двумя сторонами, обладающими противостоящими друг другу интересами; основная часть нормативного материала исходит из так или иначе выраженного патерналистского начала, предполагающего заботу законодателя о не всегда рационально действующих участниках оборота.

1.3. За время действия ГК РФ общие положения о договоре показали себя как один из наиболее стабильных и в хорошем смысле слова консервативных институтов, поскольку не только не подвергались каким-либо изменениям, но даже не вносилось сколько-нибудь обоснованных предложений по совершенствованию ГК РФ в этой части. Подобное положение, очевидно, отражает как общий характер указанных норм, вобравших в себя многовековую историю схожих по существу правовых построений, нашедших закрепление в указанных главах ГК РФ, так и высоко

проработанный, с юридико-технической точки зрения, законодательный материал.

1.4. Данные положения имеют системообразующее и универсальное значение для правоприменительной практики, подтверждением чему служит как судебная практика, так и ее отражение в юридической литературе.

2. Оценка действующего законодательства и практики его применения

Практика применения некоторых положений о порядке заключения договора, защиты «слабой стороны» договора при формулировании условий договора, воспрепятствования недобросовестному поведению одной из сторон, уклоняющейся от исполнения ранее принятых на себя обязательств со ссылкой на пороки, допущенные при заключении договора, с очевидностью указывает на необходимость совершенствования правового регулирования в рассматриваемой области.

2.1. Как показывает анализ судебно-арбитражной практики, в течение всего времени действия ГК РФ наиболее распространенной категорией споров, рассматриваемых арбитражными судами, являются дела о признании недействительными гражданско-правовых сделок и применении последствий недействительности сделок. Основная часть дел, связанных с признанием сделок недействительными, - это споры о признании недействительными двусторонних сделок, то есть договоров.

Сложившееся в российской действительности положение указывает на определенную тенденцию: так, если в развитых правовых системах практика государственных судов и третейских (арбитражных) институтов исходит из принципа сохранения договора, то есть из необходимости максимально возможным образом осторожно подходить к признанию сделки – договора недействительным, не принимая во внимание лишь отдельные части договора или задевая специальные инструменты восполнения реальной воли сторон, то российская судебная практика исходит, в общем, из прямо противоположного подхода, который состоит в признании сделки

недействительной при обнаружении любого (в т.ч. формального) несоответствия требованиям закона. Следует признать, что указанная судебная практика основана на положениях действующего законодательства, не предусматривающего каких-либо ограничений в применении к договорам общих положений о недействительности сделок.

2.1.1. Особую обеспокоенность вызывает получившая широкое распространение на практике ситуация, при которой договор, ранее заключенный и даже исполненный полностью или в части одной из сторон, впоследствии признается недействительным как оспоримая или ничтожная сделка по иску противоположной стороны, недобросовестно уклоняющейся от исполнения принятых на себя обязательств, либо по иску лица, не участвующего в договоре, но имеющего тот или иной (обычно сугубо экономический) интерес в признании договора недействительным. Подобная практика де факто стала общим способом защиты недобросовестных должников, что в политико-правовом плане сводит на нет основу основ обязательственного права – правовую защищенность относительного правоотношения, возникшего между сторонами по их собственному усмотрению.

2.1.2. Наряду с исками о признании недействительными договоров как сделок, не соответствующих требованиям закона, в последнее время получила распространение практика заявления исков о признании договоров незаключенными. Как правило, подобного рода иски, будучи неурегулированными на уровне позитивного права, заявляются как требования, основанные на общих положениях ст. 12 ГК РФ о способах защиты гражданских прав (восстановление положения, существовавшего до нарушения права), со ссылкой на то, что договор, являющийся двусторонней сделкой (п. 1 ст. 420 ГК РФ), требует достижения согласия по всем его существенным условиям, чтобы считаться заключенным (п. 1 ст. 432 ГК РФ), а потому если одно из таких условий не согласовано сторонами либо согласовано с недостаточной степенью конкретизации, – что определяется по

дискретному усмотрению суда – то договор подлежит признанию незаключенным, следовательно, не порождающим правовых последствий. Ситуация усугубляется тем, что в отсутствие детальных норм на уровне позитивного права, посвященных возможности констатировать отсутствие законного юридического факта – договора как сделки, отвечающей требованиям закона, нет и норм, определяющих последствия подобного признания договора незаключенным.

2.2. Другой, не менее значимой проблемой, связанной с общими положениями о договоре, является отсутствие в российском гражданском законодательстве разработанного института отказа от гражданских прав, совершаемого по воле лица на основании договорного соглашения.

Как показывает правоприменительная практика, а также доктринальный анализ, норма п. 2 ст. 9 ГК РФ, предусматривающая, что отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом, является мало пригодной для развитого гражданского оборота. На этапе создания ГК РФ в середине 90-х г.г. прошлого столетия включение подобного предписания в текст закона было вполне оправданно исходя из конкретно-исторических условий. Однако в настоящее время подобное ограничение, совершенно не нюансированное и лишенное каких-либо отступлений от общего правила, очевидно, не соответствует современному уровню развития отечественного гражданского оборота, особенно в сфере предпринимательской деятельности. При этом перечень проблем, которые покрываются понятием соглашения об отказе от права (прав) на деле чрезвычайно широк: от общих проблем ограничения правосубъектности до так называемых обязательств с отрицательным содержанием и собственно соглашений об отказе от отдельных субъективных прав. Сложность и многоаспектность подобной проблематики усиливается за счет переплетения данных вопросов с политикой в области антимонопольного регулирования и законодательства о конкуренции, нормированием профессиональной

деятельности отдельных категорий специалистов (юристы, аудиторы, научные работники и др.), деятельность которых потенциально сопряжена с конфликтами интересов.

2.3. Принцип свободы договора, отраженный в ст. 421 ГК РФ, вобрал в себя все его составные части, известные развитым правовым порядкам, а потому нормативные предписания, содержащиеся в названной статье, в общем, являются отражением давно сформировавшейся догмы права.

Между тем, если для смешанных договоров ГК РФ предусматривает своеобразный тест, позволяющий на практике без особого труда отыскивать нормы права, подлежащие применению к договору в той или иной его части, то для непоименованных договоров, заключение которых также допускается в силу принципа свободы договора, какого-либо теста, который бы по умолчанию применялся для целей определения применимых правовых конструкций, ГК РФ не содержит. Исправлению подобной ситуации могло бы служить включение в текст ГК РФ нормы, предусматривающей возможность применения – хотя бы для непоименованных договоров – известное ряду международных источников, в частности, п.п. 5.1.4 – 5.1.5 Принципов УНИДРУА, деление всех договоров (обязательств из договоров) по признаку результата на так называемые обязательства по приложению максимальных усилий и обязательства по достижению результата. Отражение подобного деления на уровне закона позволит участникам оборота использовать ту или иную конструкцию при заключении непоименованных договоров, что крайне важно с практической точки зрения для последующего решения вопросов заключенности договора, исполнения обязательства и толкования договора, а также судебной защиты непоименованных договоров как таковой.

2.4. Практика применения норм, посвященных действию договора (ст. 425 ГК РФ), а на деле – действию договора во времени, показала, что у судов, в общем, не возникает серьезных проблем с использованием на практике соответствующих правовых конструкций. Между тем, в судебно-

арбитражной практике был поставлен вопрос о том, насколько допустимо придание обратного (ретроспективного) эффекта договорным отношениям, возникшим ранее, но не оформленным надлежащим образом с соблюдением требований ГК РФ о форме сделки, либо ранее оформленным, но недостаточно детально описанным или фактически иным отношениям, отличным от того, что было указано в ранее заключенном договоре: возможно ли заключение соглашений, придающих юридическую силу подобным ранее возникшим фактическим отношениям или изменение с ретроспективным эффектом ранее возникшего договорного отношения?

В практике арбитражных судов применительно к договору аренды можно встретить правовую позицию, согласно которой достижение сторонами соглашения о применении к их отношениям, сложившимся до заключения договора, условий об обязанности арендатора по внесению арендной платы и возмещению арендодателю расходов по уборке прилегающей к арендуемому зданию территории свидетельствует только о согласии арендатора оплатить фактическое использование им здания и расходы, понесенные арендодателем в этот период на условиях, предусмотренных договором аренды, и не означает, что непосредственная обязанность по их исполнению возникла у ответчика ранее заключения самого договора (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой»). Тем самым, арбитражные суды допускают в силу ст. 425 ГК РФ – когда на то есть воля обеих сторон договора – распространение заключенного договора на ранее возникшие отношения.

Между тем, подобная практика указала на необходимость более детального изучения вопроса о том, следует ли в законе вводить определенные критерии, ограничивающие свободу усмотрения сторон в части распространения договора на ранее возникшие отношения (следует ли указать в ГК РФ на необходимость учитывать интересы третьих лиц, возможен ли ретроспективный эффект соглашений в части ответственности)

и возможно ли изменение ранее заключенного договора более поздним по времени заключения договорным соглашением?

2.5. Положения ГК РФ, посвященные публичному договору, имеющие преимущественно патерналистскую направленность, ориентированную на защиту любого и каждого, кто может обратиться к лицу, осуществляющему продажу товаров, выполнение работ или оказанию услуг массового характера (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.), за время действия ГК РФ показали свою работоспособность и эффективность в достижении тех целей, которые ставил перед собой законодатель.

Между тем, практика показала определенные недоработки редакционного свойства, имеющиеся в тексте ст. 426 ГК РФ, которые не позволяют указанным положениям получить характер универсальных статутных гарантий. В частности, представляется необоснованным сужение в тексте ст. 426 ГК РФ круга соответствующих субъектов, и ограничение его исключительно коммерческими организациями. При подобном подходе законодателя за рамками ограничений, налагаемых на лицо, обязанное заключать публичный договор с любым и каждым, кто к нему обратится, оказываются индивидуальные предприниматели и некоммерческие организации, осуществляющие предпринимательскую деятельность в дозволенных законом пределах.

Кроме того, редакция п. 2 ст. 426 также не совсем удачна, поскольку в ней идет речь о цене и *иных условиях* публичного договора, подлежащих установлению одинаковыми для всех потребителей, если законом и иными правовыми актами не предусмотрено предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Между тем, идея, которую проводил законодатель, но которая не совсем удачно отражена в тексте п. 2 ст. 426 ГК РФ, видимо, сводится к тому, что цена в такого рода договорах должна устанавливаться единой для одинаковых категорий потребителей или контрагентов, а иные условия публичного договора не могут определяться исходя из личных

предпочтений или статуса/особенностей того или иного конкретного потребителя или контрагента – именно такой подход более корректен для достижения тех целей, которые преследует законодатель, вводя институт публичного договора.

2.6. Квалифицирующим признаком договора присоединения в российском гражданском праве является указание на то, что это не только договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах, но и то, что такие условия должны быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (п. 1 ст. 428 ГК РФ). В этом моменте российская гражданская кодификация принципиально отличается от ряда законодательных актов иностранных государств и международных актов, например, Принципов УНИДРУА, где договор присоединения нередко отождествляется с договором, заключаемым посредством использования стандартной проформы, предлагаемой одной из сторон.

Поскольку по смыслу ГК РФ договор присоединения – это договор, заключение которого возможно лишь посредством принятия всех условий в целом, то в данном случае при разработке ГК РФ акцент законодательного регулирования в ст. 428 ГК РФ, как и в случае с публичным договором, был сделан на защите слабой стороны, не имеющей эффективных возможностей влиять на контрагента, так или иначе навязывающего определенные условия. Для реализации этих целей в п. 2 ст. 428 ГК РФ была предусмотрена возможность для стороны, присоединившейся к такому договору, требовать 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. Однако такой возможности лишено лицо, присоединившееся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, когда присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор (п. 3 ст. 428 ГК РФ).

Между тем, практика коммерческих отношений показала, что исключение для субъектов оборота, присоединяющихся к договору присоединения в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, содержащееся в п. 3 ст. 428 ГК РФ, необоснованно, поскольку, во-первых, в предпринимательской деятельности, хотя и осуществляемой на свой страх и риск, повсеместно встречается противостояние «сильной» и «слабой» стороны, а потому «слабая» сторона должна получать минимальный уровень статутных гарантий для защиты своих прав и законных интересов; во-вторых, а такого рода отношениях стороны, как правило, знают, на что они идут, заключая договоры, но зачастую «слабая» сторона не может не заключить договор в силу хозяйственной необходимости при наличии монополии контрагента (перевозки, электроэнергетика, поставщики определенного сырья), а потому слова п. 3 ст. 428 ГК РФ «требование ...не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор» не дают какой-либо защиты такой «слабой» стороне.

2.7. Практика применения положений ГК РФ о предварительном договоре (ст. 429 ГК РФ) выявила ряд проблем, связанных с концептуальным пониманием данного института в российском гражданском праве.

2.7.1. Согласно п. 1 ст. 429 ГК РФ по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор, при этом в предварительном договоре должны содержаться все условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора. В случае отсутствия согласованных сторонами существенных условий, такой договор не может квалифицироваться как предварительный, и

тем самым, он не будет обязывать лиц, его заключивших. В таком случае стороны не смогут применить последствия, установленные п. 5 ст. 429 ГК РФ, а именно – обратиться в суд с требованием о понуждении заключить основной договор, а также взыскать причиненные таким уклонением от заключения договора убытки.

Исходя из той модели предварительного договора, которая заложена в ст. 429 ГК РФ, стороны на этапе согласования и заключения предварительного договора фактически должны согласовать все существенные условия основного договора, что влечет за собой вполне закономерный вопрос: если стороны могут согласовать все существенные условия на этапе заключения предварительного договора, то что мешает им сразу же заключить основной договор? При подобном подходе институт предварительного договора становится излишним, а соответствующие нормы ГК РФ – неэффективными, как не обеспечивающие свободу договора, в данном случае – свободу заключения договоров в общем виде, порождающих лишь одно обязательство – обязательство о договоре, то есть обязательство в будущем согласовать и заключить основной договор, отражающий всю полноту договоренностей сторон.

Кроме того стороны нередко вообще не могут на этапе заключения предварительного договора согласовать существенные условия будущего договора в силу объективных причин, например, в силу состояния рынка определенного товара. Между тем, запросы оборота требуют, чтобы стороны имели возможность на определенном этапе заключить предварительный договор, который бы содержал условия, например, позволяющие идентифицировать предмет основного договора, оставляя на более поздние стадии определение всех иных условий, отражающих весь комплекс будущих имущественных отношений, в том числе и существенные условия. Подобная сбалансированная конструкция позволила бы как обеспечить интересы участников оборота, желающих связать друг друга обязанностью заключить договор в будущем, но при этом более конкретные условия согласовать в

ходе дальнейших переговоров, так и не предполагала бы возложение на суд, рассматривающий спор о понуждении к заключению договора, обязанности восполнять то, о чем не договорились сами стороны при заключении предварительного договора, присуждая лишь в пользу пострадавшей стороны убытки в том случае, когда условия предварительного договора не дают возможности определить условия основного договора.

2.7.2. В практике нередко можно встретить случаи, когда стороны заключают так называемые соглашения о намерениях (протоколы о намерениях, протоколы о взаимопонимании и т.п.), в которых участники оборота в принципе договариваются заключить договор в будущем, но при этом не согласовывают условия, которые позволяют обеспечить их интересы (не заключается договор о заключении договора, не предусматривается санкций за неисполнение намерений). Предусмотренная в настоящая время в ГК РФ модель предварительного договора не наделяет такие соглашения юридической силой, что, в общем, верно, однако ГК РФ не предусматривает и специальных правил о так называемой преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*), фактически открывая широкие возможности недобросовестным участникам оборота участвовать в переговорном процессе в ущерб имущественным интересам добросовестного лица. На этот случай в ГК РФ должны быть предусмотрены механизмы защиты интересов потенциальных участников договора, которые бы предполагались к использованию и в отсутствие договорного отношения.

2.7.3. Наконец, модель предварительного договора, предусмотренная ГК РФ, не покрывает собой еще один институт, широко распространенный на практике, однако не получивший специального законодательного оформления, а именно, так называемых рамочных соглашений и договоров, нередко также именуемых организационными договорами.

Как показывает анализ отечественной договорной практики, зачастую участники оборота заключают соглашения, предусматривающие возникновение обязательств, ориентированных как на длительный срок

исполнения, включающий совершение должником повторяющихся или однотипных действий (передача однотипных товаров, выполнение типовых (не высокоперсонализированных) работ и услуг), либо предполагающих совершение указанной в договоре стороной действий, только при наличии которых становится возможным возникновение обязательств из совокупности юридически значимых фактов (заключения соглашения и совершения оговоренных действий, позволяющих идентифицировать предмет договора).

Если в первой из указанных ситуаций в момент заключения договора достигается соглашение между сторонами и тем самым совершается двухсторонняя сделка, порождающая полноценное обязательство, хотя бы и с длительным сроком исполнения или предполагающим совершение повторяющихся действий, то во второй ситуации совершение одного лишь соглашения между сторонами по общему правилу еще не порождает обязательства, поскольку полноценной сделкой указанное соглашение не является. В таком случае стороны обязуются в будущем заключить специальные соглашения, уточняющие отдельные условия (конкретные сроки исполнения, объем и качество, перечень исполнителей, этапов исполнения и т.п.).

Соответственно, в данном случае речь идет, скорее, не о договоре, порождающем обязательство заключить договор в будущем, а об уже заключенном договоре, отдельные условия которого подлежат уточнению в будущем. Соответственно, институт подобных договоров с «открытыми», то есть подлежащими согласованию в будущем условиями, должен получить адекватное законодательное регулирование.

2.8. Практика применения положений ГК РФ, посвященных общему порядку и моменту заключения договора (ст.ст. 432-444 ГК РФ), за время действия ГК РФ показала, что получившая отражение в российском законодательстве модель заключения гражданско-правового договора не только отражает передовой опыт, но также является хорошо проработанной и

сбалансированной правовой конструкцией, обеспечивающей определенность в имущественных отношениях.

Между тем, практика показала определенные недоработки как редакционного свойства, имеющиеся в тексте отдельных указанных статьей ГК РФ, так и более серьезные недостатки, не имеющие, однако, концептуального свойства, а потому некоторые положения в этой части могли бы подвергнуться незначительной корректировке.

2.8.1. Согласно п. 1 ст. 432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Тем самым, в рамках действующего российского права для заключения договора не только недостаточно намерения заключить договор или совершения той или иной стороной действий, указывающих на предложение заключить договор (оферта путем совершения фактических действий) и принятие такого предложения опять-таки путем ответных действий или молчания, но напротив, стороны должны недвусмысленно достигнуть согласия по всем существенным условиям подлежащего к заключению договора, а кроме того, так или иначе выразить вовне факт достижения подобного согласия, в частности, путем формализации оферты и акцепта либо через форму самой сделки, возникающей в результате обмена оферты и акцепта.

Указанный жесткий подход к регламентации вопросов заключения гражданско-правового договора имеет вполне понятную политико-правовую логику: с одной стороны, формализовать процесс совершения двухсторонних сделок и тем самым исключить какие-либо ссылки на то, что конкретное лицо не понимало, какого рода действия оно совершало, а с другой стороны, исключить возможные злоупотребления при согласовании условий договоров и не перекладывать на суды бремя восполнения того, что стороны договора недвусмысленно и четко могли согласовать, но не сделали по тем или иным причинам.

Однако оборотной стороной подобного подхода, среди прочего, явилось

то, что отдельные недобросовестные участники оборота, как, например, недобросовестные должники, уклоняющиеся от исполнения ранее принятых на себя обязательств, стали использовать указанный формализм в целях, которые законодатель изначально не имел в виду: указанные лица в судебном порядке добиваются признания конкретных договоров незаключенными со ссылкой на то, что между сторонами не было достигнуто соглашения по отдельным существенным условиям договора.

В целях стабильности договорных отношений, достижения баланса интересов обеих сторон договора, обеспечения более гибкого и дифференцированного регулирования отношений по поводу заключения гражданско-правовых договоров необходимо несколько скорректировать указанный формалистичный подход и допустить случаи, при которых либо соответствующий договор признавался бы заключенным в любом случае, либо в законодательном порядке лишить стороны договора возможности ставить вопрос о незаключенности договора после наступления определенных обстоятельств.

2.8.2. В абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ можно обнаружить редакторскую ошибку, из-за которой в ГК РФ не получила отражения вовсе или получила некорректно целая группа договорных условий, а именно, условий, которые необходимы для договора отдельного типа или вида в силу самого существа договорной конструкции. В результате такие условия, исходя из системного прочтения диспозиции абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ, должны каждый раз называться в законе или ином правовом акте, при этом именно как необходимые для конкретного вида договоров.

Поскольку под существенными и необходимыми следует считать условия договора, выражающие природу соответствующего договора, а потому при отсутствии любого из них достигнутое соглашение не способно придать отношениям сторон те качества, которые превращали бы эти отношения именно в обязательства данного конкретного вида, то совершенно очевидно, что подобные условия не только не должны, но зачастую не могут

в силу правил юридической техники указываться каждый раз в законе именно как существенные, напротив, подобные условия могут выводиться из толкования закона или конкретного договора.

2.8.3. Правила, посвященные форме договора (ст. 434 ГК РФ), как показывает судебная практика и доктрина гражданского права, не вызывают каких-либо проблем в ходе их применения.

Вместе с тем, меняющийся характер и темпы развития гражданского оборота предлагают новые формы договора. В частности, с повсеместным развитием электронных средств связи, главным образом, имеющим отношение к сети Интернет и беспроводной связи, все большее практическое значение приобретает совершение сделок (договоров) с использованием указанных средств связи, при этом без какого-либо ущерба для формы договоров, которая в таком случае должна быть уравнена с традиционной письменной формой сделки, как если бы она совершалась на бумаге. Аналогичные положения, хотя и отражающие специфику письменного акцепта, могут быть включены и в ст. 438 ГК РФ.

2.8.4. Излишняя жесткость и формализм характерны для действующей гражданской кодификации и в части регулирования акцепта.

Согласно п. 1 ст. 438 ГК РФ акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии, при этом акцепт должен быть полным и безоговорочным. Более того, в силу ст. 443 ГК РФ ответ о согласии заключить договор на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом, а такой ответ признается отказом от акцепта и в то же время новой офертой.

Соответственно, любое, даже незначительное отклонение в акцепте от условий ранее направленной оферты будет квалифицироваться как новая оферта (контроферта), а потому для заключения договора потребует акцепта со стороны первоначального оферента (ст. 443 ГК РФ).

Между тем, подобная жесткость в законодательном регулировании не всегда оправдана как исходя из возможных практических ситуаций,

например, когда из-за незначительных расхождений в тексте акцепта в сравнении с условиями оферты, в том числе описок и фактических ошибок, так и в связи с отсутствием чрезмерной опеки со стороны законодателя за предпринимательскими отношениями, где можно было бы допустить более дифференцированный подход. Соответственно, предлагается исправить подобную ситуацию отчасти, изменив ст. 443 ГК РФ таким образом, чтобы допускать акцепты на иных условиях в ограниченном числе случаев для договоров, заключаемых в связи с осуществлением предпринимательской деятельности.

3. Предложения по совершенствованию

действующего законодательства

3.1. Гражданское законодательство должно обеспечивать разумный баланс между соблюдением законности при совершении сделок (заключении договоров) и обеспечением стабильности оборота. В этой связи нормы, допускающие оспаривание двусторонних и многосторонних сделок (договоров) должны использоваться как крайнее средство восстановления законности, напротив, законодатель должен всемерно стимулировать развитие институтов, призванных не допускать совершения недействительных сделок, а при их появлении допускать исцеление подобной ситуации и не давать защиты недобросовестным участникам оборота.

3.1.1. Обеспечению стабильности гражданского оборота и исключению защиты недобросовестных участников оборота может служить последовательное проведение на уровне законодательной политики принципа сохранения однажды заключенного договора. Для этих целей предлагается ввести ряд законодательных ограничений, в частности, предусмотреть специальные правила оспаривания договоров:

- заинтересованным лицом для целей оспаривания договора может выступать лишь лицо, участвующее в обязательственном правоотношении,

- предусмотреть по умолчанию «иное» для целей ст. 168 в части последствий несоответствия договора (сделки) требованиям закона (стороны вправе заключить соглашения о возвращении полученного по ничтожной сделке, реституция возможна только в неисполненной части, допустить договоры о последствиях недействительности договора),

- фактически переключить для договоров презумпцию, имеющуюся сейчас в ст. 168 ГК РФ, когда сделка противоречит требованиям закона: с ничтожности на оспоримость.

3.1.2. Следует законодательно определиться с самой возможностью заявления исков о признании договоров незаключенными (допускать ли такой иск как самостоятельное средство правовой защиты или ограничить право стороны, принявшей исполнение от контрагента по договору на предъявление такого иска), а также определить правовые последствия признания договора незаключенным, например, через возврат всего полученного как неосновательного обогащения или с использованием иных институтов гражданского права.

3.2. Для целей создания более гибкого правового регулирования и последовательной реализации принципа свободы договора необходимо отразить в ГК РФ так или иначе детализированное правовое регулирование договорных соглашений об отказе от права и соответственно скорректировать ст. 9 ГК РФ.

3.3. В целях создания рационального и восполнительного – на тот, случай, когда участники договора не предусмотрели иного, – правового регулирования предлагается дополнить ст. 421 ГК РФ нормой, предусматривающей возможность применения – хотя бы для непоименованных договоров – критерия деления всех договоров (обязательств из договоров) по признаку результата на так называемые обязательства по приложению максимальных усилий и обязательства по достижению результата: стороны вправе указать в своем договоре, какому из двух указанных режимов он будет подчиняться. Это, в свою очередь,

позволит участникам оборота использовать соответствующие конструкции при заключении непоименованных договоров, исполнении обязательств, возникающих из них, и толковании таких договоров.

3.4. Целесообразно рассмотреть вопрос о возможности отражения в ст. 425 ГК РФ определенных критериев, ограничивающих свободу усмотрения сторон в части распространения договора на ранее возникшие отношения (следует ли указать в ГК РФ на необходимость учитывать интересы третьих лиц, возможен ли ретроспективный эффект соглашений в части ответственности) и возможно ли изменение ранее заключенного договора более поздним по времени заключения договорным соглашением.

3.5. В целях наиболее полной реализации той логики, которая заложена в ст. 426 ГК РФ, посвященной публичному договору, предлагается, во-первых, заменить по всему тексту статьи (п.п. 1 – 3) слова «коммерческая организация» на «лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность», а, во-вторых, п. 2 ст. 426 переформулировать таким образом, что цена в публичном договоре должна устанавливаться единой для одинаковых категорий потребителей или контрагентов, а иные условия публичного договора не могут определяться исходя из личных предпочтений или статуса/особенностей того или иного конкретного потребителя или контрагента. Соответственно, п. 2 ст. 426 ГК РФ можно было бы изложить в следующей редакции:

«2. Цена товаров, работ и услуг в публичном договоре устанавливается одинаковой для соответствующей категории контрагентов (другой стороны), за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Иные условия публичного договора не могут устанавливаться исходя из личных предпочтений по отношению к отдельному контрагенту или группе контрагентов.».

3.6. В целях уравнивания в положении всех лиц, присоединяющихся к договору присоединения, вне зависимости от того, при каких

обстоятельствах такой договор заключается, предлагается исключить из ст. 428 ГК РФ весь пункт 3, предусматривающий, что при наличии обстоятельств, указанных в п. 2 ст. 428 ГК РФ, требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор. Подобное изменение будет упреждающим образом воздействовать на «сильную» сторону, навязывающую те или иные условия посредством использования конструкции договора присоединения.

3.7.1. В целях создания более гибкого правового регулирования порядка заключения предварительного договора в ГК РФ следует ограничить набор условий, подлежащих отражению в предварительном договоре, лишь условием о заключении основного договора и условием о предмете основного договора, оставив, если иное не предусмотрено самим предварительным договором, согласование всех прочих условий основного договора на этап его заключения. При этом ст. 429 ГК РФ должна быть дополнена правовым механизмом, допускающим как понуждение в судебном порядке к заключению основного договора, когда условия подлежащего к заключению основного договора с большой степенью детализации следуют из предварительного договора, либо допускающим взыскать убытки с уклоняющейся от заключения договора стороны.

3.7.2. В целях сокращения недобросовестного поведения в ходе переговорного процесса на стадии заключения договора в ГК РФ для отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, следует предусмотреть специальные правила о так называемой преддоговорной ответственности, которые бы предполагались к использованию в отсутствие договорного отношения.

В частности, на законодательном уровне можно предусмотреть следующие положения:

- любой участник гражданского оборота свободен проводить переговоры, предшествующие заключению договора, и не несет ответственности за недостижение согласия с потенциальным контрагентом, однако сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, является ответственной за потери, причиненные другой стороне;

- возможными критериями недобросовестности могут, в частности, являться вступление стороны в переговоры или их продолжение при отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной, получение необоснованных благ от раскрытия информации в ходе переговоров другой стороной;

- обеспечение сохранности конфиденциальной информации: если конкретная информация передается одной стороной в качестве конфиденциальной в процессе переговоров другой стороне, то последняя обязана не раскрывать эту информацию или не использовать ее ненадлежащим образом для собственных целей, независимо от того, заключен ли впоследствии договор, за нарушение указанной обязанности сохранения информации законодательство может предусматривать не просто взыскание убытков, а получение компенсации, равной или превышающей ту выгоду, которую получила другая сторона.

3.7.3. Наряду с конструкцией предварительного договора в ГК РФ следовало бы закрепить в виде типовой договорной конструкции т.н. рамочный договор, не порождающий обязательство заключить договор в будущем, что типично для предварительного договора, а признаваемый заключенным договором, отдельные условия которого подлежат уточнению в будущем (договор с «открытыми», то есть подлежащими согласованию в будущем условиями, рамочный договор).

Правовая конструкция подобного договора могла бы найти отражение в отдельной статье ГК РФ, расположенной непосредственно после нормы о предварительном договоре.

Правовая конструкция подобного договора должна отразить ряд

принципиальных моментов: во-первых, саму возможность заключения договоров, в которых на момент их совершения были бы определены лишь часть, а не все существенные условия, при этом иные условия таких договоров подлежали бы согласованию впоследствии, например, на этапе исполнения обязательства из первоначального договора или в ином порядке, предусмотренном самим договором; во-вторых, возможность возникновения обязательственного правоотношения как из первоначального договора (с учетом существа и содержания его условий), так и договора или договоров, измененных или вновь возникающих в связи с последующим согласованием отдельных условий, при этом факт совершения первоначального договора должен признаваться достаточным для признания договора заключенным и порождающим обязательственное правоотношение из договора, а при последующем определении иных условий – договор признается заключенным с учетом двух и более этапов согласования его условий, которые составляют его содержание; обязательство, возникшее из такого договора, по общему правилу должно отражать как первоначальные, так и впоследствии согласованные условия.

3.8.1. В целях недопущения некорректного использования на практике общих норм, посвященных порядку заключения договора и определению момента его совершения, следует законодательно исключить саму возможность подобного рода требований. Для этого необходимо предусмотреть в ГК РФ положения, которые лишали бы стороны договора права ставить вопрос о незаключенности договора, в том числе заявлять соответствующие иски, направленные на признание договора незаключенным, после наступления определённых обстоятельств, например, после начала исполнения обязательства по договору или принятия исполнения, в том числе частичного. Кроме того, следовало бы предусмотреть в общем виде возможность суда, рассматривающего подобного рода споры, в которых возникают вопросы недостаточной формализации достигнутых ранее договоренностей, восполнять по

собственному усмотрению недостающие или недостаточно явные условия договора, при этом подобное право суда может быть обставлено рядом ограничений (предпринимательский характер спора, типичность договора, распространенность на практике общего подхода при регулировании отдельных вопросов и др.).

3.8.2. В целях исправления ранее допущенной редакционной ошибки в абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ необходимо внести изменения, изложив его в следующей редакции:

«Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные; условия, необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.».

3.8.3. В целях наиболее полной реализации логики, предполагающей заключение гражданско-правового договора посредством обмена оферты и акцепта, а также уравниванием в правовом режиме сделок, совершаемых с использованием бумажных документов и посредством средств связи, в том числе сети Интернет и беспроводной связи, п. 2 ст. 434 ГК РФ можно было бы изложить в следующей редакции:

«2. Договор в письменной форме может быть заключен путем обмена документами, в том числе электронными документами или информацией о них, передаваемой по каналам связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. При этом под информацией, передаваемой по каналам связи, могут признаваться данные, отвечающие хотя бы одному из указанных критериев: информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими.

Законом или соглашением сторон может быть предусмотрена

необходимость заключения договора в письменной форме только путем составления одного документа, подписанного сторонами.».

В целях гармонизации указанных положений с правилами, посвященными акцепту, ст. 438 ГК РФ следовало бы дополнить новым пунктом:

«4. При направлении акцепта по каналам связи, указанным в пункте 2 статьи 434 настоящего Кодекса, в том числе при заключении договоров с использованием автоматов, совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий, необходимых для получения того, что такая сторона может получить по договору, либо действий, направленных на исполнение условий оферты, считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте.

Договор, заключенный в результате взаимодействия автоматизированной системы сообщений и какого-либо физического лица или в результате взаимодействия автоматизированных систем сообщений, не может быть признан недействительным или незаключенным на том лишь основании, что никакое физическое лицо не осуществляло просмотра или вмешательства в отношении каждой отдельной операции, выполненной автоматизированными системами сообщений, или заключенного в результате договора».

3.8.4. В целях введения более гибкого и дифференцированного правового регулирования, предполагающего достижение более взвешенного баланса интересов участников оборота на этапе заключения договора в сфере предпринимательских отношений и отправки акцепта, предлагается внести в ст. 443 ГК РФ изменения, допускающие акцепт на иных условиях, для чего дополнить названную статью новым абзацем:

«Для договоров, заключаемых в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, ответ на оферту, который имеет целью служить акцептом, но содержит дополнительные или отличающиеся условия,

существенно не меняющие условий оферты, является акцептом, если только лицо, направившее оферту, без неоправданной задержки не возразит против этих расхождений. Если он этого не сделает, то условиями договора будут являться условия оферты с изменениями, содержащимися в акцепте».

Раздел VIII. Заключение договора на торгах

1. Состояние и оценка действующего законодательства и практики его применения

1.1. Порядок заключения договора на торгах урегулирован в статьях 447 – 449 главы 28 ГК РФ «Заключение договора». В целом нормы, содержащиеся в указанных статьях, соответствуют потребностям оборота, и не требуют существенных изменений. В то же время некоторые положения требуют корректировки в целях устранения противоречий между ГК РФ и другими законами, более четкого определения взаимных обязательств участников и организаторов торгов.

1.2. В соответствии с пунктом 2 статьи 447 ГК РФ в качестве организатора торгов может выступать собственник вещи или обладатель имущественного права либо специализированная организация. Специализированная организация действует на основании договора с собственником вещи или обладателем имущественного права и выступает от их или от своего имени.

Однако как минимум в двух ситуациях торги проводятся лицами, полномочия которых не основаны на договоре с собственником (обладателем имущественного права), а определяются законом:

- 1) при проведении публичных торгов в соответствии с Законом об исполнительном производстве;
- 2) при проведении открытых торгов по продаже имущества несостоятельного должника в соответствии с Законом о несостоятельности (банкротстве).

1.3. Пункт 4 статьи 448 ГК РФ предусматривает, что участники торгов вносят задаток в размере, сроки и порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Данное положение сформулировано императивно и рассматривается как обязательное требование при проведении любых торгов. Между тем организатор и участники могут обеспечить свои интересы и иным

образом, например, посредством тендерной гарантии. Использование гарантий для обеспечения интересов участников торгов является общепринятой мировой практикой.

1.4. Пункт 5 ст. 448 ГК РФ указывает на два варианта заключения договора на торгах

1) когда договор заключается непосредственно в ходе торгов и

2) когда на торгах выявляется победитель, с которым впоследствии заключается договор.

Вместе с тем существующая редакция данной нормы в случае, когда договор заключается в ходе торгов, не позволяет определить, в какой момент договор считается заключенным (в момент принятия предложения на торгах или в момент подписания протокола).

Отсутствует также ясность в вопросе о том, возможно ли при уклонении от подписания протокола понудить организатора и победителя торгов к заключению договора и какова в этом случае судьба задатка.

В случае, когда предметом торгов является право на заключение договора, существующая норма не дает однозначного ответа на вопрос о том, является ли наличие протокола, подписанного сторонами, обязательным условием для предъявления требования о понуждении к заключению договора.

1.5. Условия договора, заключаемого на торгах, формулируются до торгов, и по итогам торгов определяются только те из них, которые подлежали установлению на торгах (цена и/или иные (конкурсные) условия). Исходя из сформулированных собственником (обладателем имущественного права) условий будущего договора участники оборота принимают решение об участии в торгах, о возможной и предельно допустимой цене.

На практике возникает вопрос о возможности последующего изменения заключенного на торгах договора. Отсутствие в законе норм, ограничивающих такую возможность, приводит к злоупотреблениям, когда после торгов заключенный договор существенно изменяется так, что в

случае проведения торгов на измененных условиях, могли бы существенно измениться число участников торгов и их предложения по цене (иным условиям). Тем самым извращается цель проведения торгов (особенно, когда речь идет о публичных торгах или торгах на заключение государственных контрактов).

1.6. Пункт 1 статьи 449 ГК РФ предусматривает, что торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица.

Срок, в течение которого может быть заявлен соответствующий иск, и момент, с которым связано начало его течения, в указанной норме не определён. В теории данное требование характеризуют и как разновидность требования о признании недействительной сделки, и как обычное требование об устранении нарушений права, к которому применяется общий срок исковой давности. Вторая позиция основывается на том, что торги не являются сделкой, а регулируются ГК РФ как механизм заключения договора.

Практика арбитражных судов исходит в данном случае из разъяснений, содержащихся в п.27 Постановления Пленума ВАС РФ от 25.02.1998 г., в соответствии с которым публичные торги, проведенные в порядке, установленном для исполнения судебных актов и актов других органов, указанных в статье 1 Федерального закона «Об исполнительном производстве», могут быть признаны недействительными по иску заинтересованного лица в случае нарушения правил проведения торгов, установленных законом. Споры о признании таких торгов недействительными рассматриваются по правилам, установленным для признания недействительными оспоримых сделок.

Основываясь на этих разъяснениях, арбитражные суды стали применять срок, установленный пунктом 2 статьи 181 ГК РФ, по искам о признании недействительными публичных торгов, а в последующем - и по искам о признании недействительными иных торгов.

1.7. В соответствии с пунктом 6 статьи 447 ГК РФ правила, предусмотренные статьями 448 и 449 ГК РФ, применяются к публичным торгам, проводимым в порядке исполнения решения суда, если иное не предусмотрено процессуальным законодательством.

Вместе с тем отсутствует определенность в вопросе о том, какие торги должны быть отнесены к публичным для целей определения специальных правил продажи и особых последствий такой продажи. В частности, не ясно, в какой мере правила о публичных торгах распространяются на продажу с торгов имущества несостоятельного должника.

Правила проведения публичных торгов и последствия нарушений этих правил традиционно устанавливались в процессуальных законах. Действующее процессуальное законодательство (в т.ч. и Закон об исполнительном производстве 2007 г.) таких правил не содержит, отсылая в этой части к ГК РФ. Специальные правила, регулирующие порядок проведения публичных торгов ГК РФ не содержит. Общие положения о торгах недостаточны (в частности, не решают вопросов о способе извещения, о размере задатков, о возможности участия в торгах самого должника, его аффилированных лиц, об основаниях отказа в участии, особенностях оформления передачи прав, о контроле за торгами со стороны суда и т.д.).

Наибольшие сложности для практики возникли из-за отсутствия в законе правил о специальных основаниях признания недействительными публичных торгов, и последствиях признания их недействительными.

Особенности публичной продажи не отражены и в нормах о виндикации, в связи с чем продажа в исполнительном производстве нередко на практике приравнивается к выбытию имущества помимо воли собственника. Специального разрешения требует вопрос и о последствиях продажи с публичных торгов вещи, не принадлежащей должнику. Указанные правила целесообразно дифференцировать в зависимости от вида объекта (движимые, недвижимые вещи, права и т.д.)

Действующий ГК РФ и Закон об ипотеке различным образом решают

вопрос о сохранении залоговых обременений при продаже имущества с публичных торгов; Закон о банкротстве не содержит норм, определяющих последствия продажи заложенного имущества на торгах. Не разрешен вопрос о судьбе иных обязательственных (аренда, ссуда и т.д.) и вещных обременений при продаже имущества с публичных торгов.

2. Предложения по совершенствованию

действующего законодательства

2.1. Положения пункта 2 статьи 447 ГК РФ целесообразно скорректировать, с тем, чтобы отразить специфику торгов, проводимых субъектами, наделенными публичными полномочиями на отчуждение чужого имущества.

2.2. Положения ГК РФ о внесении задатка желательно изложить в форме, допускающей возможность для организатора использовать гарантии, если только требование об использовании задатка не установлено специальным законом, устанавливающим порядок проведения отдельных видов торгов.

2.3. Необходимо четко определить момент, когда договор считается заключенным; прямо указать, что протокол считается предварительным договором (и, соответственно, должен удовлетворять соответствующим требованиям); установить, при каких условиях (наличие подписанного протокола) может быть заявлено требование о заключении договора.

2.4. Требуется урегулировать в ГК РФ режим договора, заключенного на торгах, установив, в частности, что изменения могут вноситься, если это не повлияло бы на формирование конкурентных предложений потенциальных участников торгов.

2.5. Целесообразно установить в ГК РФ срок, в течение которого торги могут быть оспорены в соответствии с пунктом 1 статьи 449 ГК РФ.

2.6. Существует необходимость включения в ГК РФ положений, закрепляющих понятие публичных торгов, особые правила их проведения,

основания и сроки признания их недействительными, последствия недействительности, а также положения, определяющие влияние публичной продажи на судьбу обременений.

Раздел IX. Изменение и расторжение договора

1. Состояние и оценка действующего законодательства и практики его применения

1.1. В настоящее время общие положения об изменении и расторжении гражданско-правового договора предусмотрены ст. 450-453 ГК РФ. Кроме того, в ГК РФ имеются специальные правила, устанавливающие особенности изменения и расторжения (прекращения) договоров, относящихся к определённым типовым договорным конструкциям: договору присоединения (п. 2 ст. 428); предварительному договору (п. 6 ст. 429); договору в пользу третьего лица (п. 2 ст. 430), - а также к отдельным видам и разновидностям договорных обязательств, а именно: купле-продаже (п. 1 ст. 463, п. 2 ст. 467, п. 2 ст. 475, п. 2 ст. 480, п. 3 ст. 484, п. 4 ст. 486, п. 2 ст. 489); розничной купле-продаже (п. 3 ст. 495, ст. 496, п. 2 ст. 500); поставки (п. 3 ст. 509, п. 3 ст. 511, п. 2 ст. 515, ст. 523, ст. 524); поставки товаров для государственных или муниципальных нужд (п. 2 и 3 ст. 533, ст. 534); энергоснабжения (ст. 546); продажи недвижимости (п. 1 ст. 556); продажи предприятия (ст. 566); мены (ст. 569); дарения (п. 1 ст. 573, ст. 577, ст. 578, п. 5 ст. 582); ренты (п. 3 ст. 587, ст. 599); аренды (п. 2 ст. 610, ст. 619, ст. 620); найма жилого помещения (ст. 687); ссуды (ст. 698, ст. 699); подряда (п. 2 и 3 ст. 715, ст. 717, ст. 729); возмездного оказания услуг (ст. 782); транспортной экспедиции (ст. 806); займа (ст. 813, ст. 814, п. 4 ст. 817); кредита (ст. 821); банковского счёта (ст. 859) и некоторым другим договорам.

Общие положения об изменении и расторжении договора активно применяются в судебно-арбитражной практике с момента их введения в действие (1 января 1995 г.), не вызывая при этом каких-либо проблем, требующих особого толкования со стороны высших судебных инстанций. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 01 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части 1 Гражданского кодекса Российской

Федерации» было обращено внимание судов и арбитражных судов лишь на то, что по требованию одной из сторон договор может быть изменён или расторгнут в судебном порядке только при существенном нарушении договора другой стороной и в иных случаях, предусмотренных ГК РФ, другими федеральными законами или договором, а также на то, что спор об изменении или расторжении договора может быть рассмотрен судом, арбитражным судом по существу только в случае представления истцом доказательств, подтверждающих принятие им мер по урегулированию спора с ответчиком, предусмотренных п. 2 ст. 452 ГК РФ (п. 59-60 постановления).

1.2. В ГК РФ предусмотрены три различных способа изменения или расторжения договора: по соглашению сторон (п. 1 ст. 450); по требованию одной из сторон в судебном порядке (п. 2 ст. 450); путём одностороннего отказа от исполнения договора (п. 3 ст. 450).

1.2.1. Наделение сторон правом по собственной воле не только заключать договор, но и определять его дальнейшую судьбу, в том числе по соглашению между собой решать вопросы, связанные с его расторжением или изменением отдельных условий договора, является одним из выражений принципа свободы договора. Поэтому применительно к указанному способу изменения или расторжения договора законодатель избегает определения оснований и порядка изменения или расторжения договора, имея в виду, что по своему соглашению стороны вправе в любом случае и во всякое время прекратить или изменить договор, за исключением только, если иное не предусмотрено ГК РФ (например, ст. 430, п. 4 ст. 817), другими законами или договором.

Вместе с тем соглашение о расторжении или изменении договора представляет собой двух- или многостороннюю сделку (договор), поэтому оно должно соответствовать общим правилам о совершении сделок (гл. 9 ГК РФ) и о заключении договоров (гл. 27 ГК РФ).

1.2.2. Напротив, регулируя основания и порядок расторжения (изменения) договора по требованию одной из сторон, законодатель

преследует цель обеспечения стабильности заключаемых договоров и устойчивости имущественного оборота. По требованию одной из сторон договор может быть изменён или расторгнут в судебном порядке и только при существенном нарушении договора другой стороной либо в иных случаях, предусмотренных ГК РФ, другими законами или договором (п. 2 ст. 450). При этом требование об изменении или расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в установленный срок (п. 2 ст. 452).

1.2.3. В отличие от первых двух способов расторжения или изменения договора, правовое регулирование расторжения (изменения) договора путём одностороннего отказа от его исполнения страдает тем недостатком, что оно не предусматривает ни какой-либо порядок действий сторон, направленных на прекращение договора, ни момент его расторжения (изменения) и при этом допускает односторонний отказ от договора (исполнения договора) при отсутствии каких-либо серьёзных к тому оснований. Для этого достаточно, чтобы возможность подобного расторжения или изменения договора (т.е. право стороны на односторонний отказ от исполнения договора) в принципе допускалась бы законом или соглашением сторон.

Кроме того, оговорив для себя при заключении договора право на односторонний отказ от его исполнения, соответствующий контрагент (как правило, сильная сторона в договоре) держит другую сторону договора в состоянии неопределённости и, стало быть, зависимости в течение всего срока действия договора. Такое правовое регулирование не способствует стабильности договорных отношений и нуждается в соответствующей коррекции.

В целях обеспечения защиты добросовестной стороны в договоре, контрагент которой пользуется правом одностороннего отказа от договора (исполнения договора), и внесения определённости в отношения сторон в подобной ситуации может быть использован имеющийся опыт

регулирующих соответствующих отношений. В частности, Принципы международных коммерческих договоров (ст. 3.12, 3.13) предусматривают случаи, когда сторона, уполномоченная на одностороннее расторжение договора, в ходе исполнения договора утрачивает своё право на односторонний отказ от договора. Соответствующие правила могут быть включены и в российский ГК РФ.

1.3. Содержащееся в ГК РФ регулирование расторжения и изменения договора в связи с существенным изменением обстоятельств, под которым понимается такое изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, когда они изменились настолько, что если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы заключён или был бы заключён на значительно отличающихся условиях, носит самостоятельный характер. Здесь определяющее значение приобретает цель изменения или прекращения договорных обязательств: необходимость восстановления баланса интересов сторон договора, нарушенного в силу непредвиденного изменения внешних обстоятельств, не зависящего от роли сторон. Этой цели подчиняются все правила, регулирующие основания, порядок и последствия расторжения (изменения) договора в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК РФ).

Названные правила рассчитаны на исключительные случаи, что нашло отражение и в судебно-арбитражной практике, не допускающей их расширительного толкования, и не нуждаются в каком-либо изменении или дополнении.

1.4. Последствия расторжения или изменения договора состоят в том, что при расторжении договора обязательства сторон прекращаются, а при изменении – сохраняются в изменённом виде (п. 1 и 2 ст. 453 ГК РФ).

Добросовестная сторона вправе требовать от стороны, допустившей существенное нарушение условий договора, что и послужило основанием для его расторжения или изменения, возмещения убытков, причинённых соответственно расторжением или изменением договора (п. 5 ст. 453 ГК РФ).

1.5. В определённом уточнении нуждается норма, определяющая судьбу исполненного по договору, согласно которой 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 (п. 4 ст. 453 ГК РФ).

Дело в том, что в ситуации, когда договор расторгается в связи с тем, что одна из его сторон не исполнила договор, отказ в удовлетворении требования другой стороны, добросовестно исполнившей своё обязательство, о возврате имущества, переданного контрагенту во исполнение договора, выглядит явно несправедливым. В этом случае на стороне недобросовестного контрагента образуется неосновательное обогащение, подлежащее устранению по правилам о кондикционных обязательствах.

Судебно-арбитражной практикой выработан подход, позволяющий суду, рассматривающему в подобной ситуации исковое требование добросовестной стороны о расторжении договора и возврате имущества, переданного контрагенту, не исполнившему встречного обязательства, квалифицировать требование (в части возврата имущества) в качестве требования, вытекающего из обязательства вследствие неосновательного обогащения, что позволяет его удовлетворить в рамках рассматриваемого иска. Представляется, что соответствующая возможность суда поступать подобным образом, должна быть предусмотрена непосредственно в тексте анализируемой нормы (п. 4 ст. 453 ГК РФ).

2. Предложения по совершенствованию действующего законодательства

2.1. Правовое регулирование расторжения или изменения договора путём одностороннего отказа от его исполнения (п. 3 ст. 450 ГК РФ) необходимо дополнить следующими положениями:

- односторонний отказ от договора (исполнения договора) возможен только по основаниям, предусмотренным ГК РФ, иными федеральными

законами или договором;

- право стороны на односторонний отказ от договора (исполнения договора) реализуется путём уведомления другой стороны; договор считается прекращённым с момента получения такого уведомления;

- в случае, когда при наличии основания для отказа от договора (исполнения договора) сторона, имеющая право на отказ от договора (исполнения договора), подтверждает действие договора, в том числе путём принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, отказ от договора (исполнения договора) не допускается.

2.2. Норма, устанавливающая невозможность для сторон расторгнутого (изменённого договора) требовать возвращения того, что было исполнено по договору до момента его расторжения (изменения), должна быть дополнена положением следующего содержания:

- в случае, когда до момента расторжения или изменения договора одна из сторон не исполнила обязательство либо предоставила другой стороне неэквивалентное исполнение, к отношениям сторон подлежат применению правила об обязательствах вследствие неосновательного обогащения (глава 60 ГК РФ).