

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ВСТРЕЧНОГО ИСПОЛНЕНИЯ КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ ПРАВ КРЕДИТОРА: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ



А.Г. КАРАПЕТОВ,

кандидат юридических наук,
профессор Российской школы частного права,
заведующий кафедрой Государственной академии повышения квалификации (ГАСИС)

Введение

Настоящая статья посвящена сравнительно-правовому анализу достаточно эффективного способа защиты прав стороны, пострадавшей от нарушения договора. Большинство договоров в гражданском обороте являются по своей природе двусторонними. В большинстве случаев договор опосредует эквивалентный обмен экономическими благами. В рамках реализации такого рода договоров зачастую складывается ситуация, когда одна из сторон своевременно не осуществляет причитающегося с нее исполнения или осуществляет его ненадлежащим образом, а пострадавший в связи с этим контрагент не готов сразу же расторгнуть договор, а намерен предоставить нарушителю некоторый срок для устранения допущенного нарушения. В такого рода случаях кредитор, еще не осуществивший своего встречного исполнения, не может быть полностью уверен в том, что нарушение будет устранено. В связи с этим у него возникает вполне обоснованное желание до устранения проблемы приостановить свое встречное исполнение, дабы, с одной стороны, не усугублять свои убытки, а с другой — простимулировать заинтересованного в реализации договора нарушителя поторопиться, чтобы «заслужить» получение встречного исполнения. Именно в рамках такого сценария и применяется такое средство защиты, как приостановление встречного исполнения, которое с той или

иной степенью детализации урегулировано в праве практически всех стран мира. Не обошел стороной данный институт и отечественный законодатель, который в ст. 328 ГК закрепил норму, согласно которой «в случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства...».

При всей, казалось бы, простоте данного положения применение института приостановления встречного исполнения вызывает на практике массу сложных вопросов, не имеющих четкого ответа в тексте закона, и выявляет недостаточность правового регулирования. На настоящий момент по многим вопросам применения этого института нет единства ни в судебной практике, ни в правовой доктрине России. Более того, говоря откровенно, в силу крайней неразвитости российской правовой науки в целом и цивилистики в частности в нашей стране по большому счету отсутствует сколько-нибудь серьезный научный дискурс в отношении данного правового института. Исключения можно перечислить по пальцам одной руки¹. В итоге перегруженные работой российские судьи, оставленные без каких-либо доктринальных ориентиров один на один с крайне общей формулировкой ст. 328 ГК, часто затрудняются выработать адекватные решения по конкретным спорам.

А между тем споры не ждут возникновения сложившейся доктрины и озадачивают судей уже сейчас. Может ли арендодатель отключить арендатору электроэнергию, если последний не платит арендную плату? Может ли арендатор приостановить платежи, если арендодатель не осуществляет капитальный ремонт? Вправе ли поставщик приостановить отгрузку новых партий товара по договору, если покупатель не заплатил за предыдущие? А что если вместо обычного товара в предыдущем вопросе будет фигурировать неоплаченный газ, как это часто в последнее время происходило в отношениях между российскими и украинскими газовыми компаниями? Вправе ли покупатель приостановить оплату, если поставщик поставил товар, но с отдельными дефектами? Необходимо ли уведомление нарушителя договора о приостановлении пострадавшей стороной своего исполнения? Ограничивает ли право кредитора приостановить исполнение тот факт, что нарушенное должником обязательство вытекало из другого договора? Можно ли приостановить исполнение, если обязательство должника исполнено, но ненадлежащим образом? И имеет ли здесь значение критерий существенности дефектов?

¹ В качестве примера можно привести фундаментальную работу С.В. Сарбаша «Исполнение договорного обязательства» (М., 2005).

Вопросы, вопросы, вопросы... А хорошо продуманных ответов или хотя бы попыток их найти в российском праве, к сожалению, практически нет. Можно, конечно, пытаться «изобретать велосипед», как это часто происходит во многих российских цивилистических исследованиях. Но куда более рационально в качестве отправной точки для разработки сбалансированной доктрины приостановления исполнения для начала детально ознакомиться с опытом развитых зарубежных стран.

В развитых зарубежных странах на протяжении десятков, а то и сотен лет поддерживается активный научный дискурс, в рамках которого ставятся различные вопросы, возникающие в том числе и при применении данного института. Несмотря на то что имеющиеся ответы на них в зарубежном праве, как мы покажем, далеко не всегда удовлетворительны, анализ данного дискурса позволяет обнаружить массу интересных вопросов и коллизий, требующих своего разрешения применительно к российскому праву. Кроме того, без сравнительно-правового исследования очень трудно оценить и эффективность различных вариантов решения этих проблем. Успешность или неуспешность того или иного подхода к решению определенного вопроса в рамках права развитых зарубежных стран может позволить избежать повторения ошибок в праве российском или по крайней мере лучше оценить вероятную эффективность имплементации в российском праве того или иного подхода. Наконец, изучение права зарубежных стран просто необходимо для того, чтобы избежать постоянного «изобретения велосипеда» и расширить горизонт научного исследования.

В то же время западный опыт нас интересует лишь как повод задуматься над путями решения проблем наиболее эффективного правового регулирования в условиях российских реалий. Разнообразие различных подходов, принятых в развитых странах, неудовлетворительность и противоречивость многих из них, тесная связь с общей системой национального права конкретной страны, а также имманентная ограниченность любой попытки всесторонне реконструировать зарубежное право по отдельным источникам, переведенным на русский, английский или иные доступные исследователю языки, не позволяют в полной мере полагаться на правовые решения зарубежных стран и требуют осторожного, критического осмысления и анализа.

При проведении сравнительно-правового исследования мы опирались на доступные нам русские и английские переводы соответствующих нормативных актов, судебных решений и литературных источников. С учетом этого в отношении ряда стран термин «действующее право» носит по определению условный характер, так как абсолютно достоверной информацией о возможных изменениях в законодательстве и самой последней судебной практике автор по понятным причинам не обладал. Право изменчиво. И если даже текст соответ-

ствующего кодекса не претерпел изменений, может резко измениться судебная практика. Во всех анализируемых нами странах с развитой системой права давно уже прямо или косвенно признали, что реальное право творится в значительной степени в судебной практике. Ничуть не менее характерно это и для российского права. Для иллюстрации достаточно представить себе гипотетическую статью иностранного исследователя об институте цессии в российском праве. С учетом того, что судебная практика по данному вопросу значительно колебалась и разворачивалась зачастую на 180 градусов, вряд ли сторонний наблюдатель, да еще не имеющий возможности непосредственно пользоваться соответствующей справочно-правовой системой на языке оригинала, сможет в полной мере и адекватно отразить сегодняшнее состояние российского права по данному вопросу.

Тем не менее для основной цели настоящей статьи, которая состоит отнюдь не в доскональном представлении действующего зарубежного права, а в представлении компаративного материала для оптимизации права российского, возможные неточности, вызванные устареванием данных об иностранном праве или игнорированием отдельных нюансов, не столь страшны. В праве зарубежных стран мы ищем лишь материал для анализа проблемного поля и возможных вариантов решения соответствующих вопросов.

Соответственно, в качестве своего рода “disclaimer” следует отметить, что при желании использовать приводимую нами информацию о зарубежном праве непосредственно в практических, а не научных целях (например, при разрешении конкретного внешнеторгового спора с применимым иностранным правом) автор рекомендует перепроверять и уточнять информацию о возможных изменениях в законодательстве и судебной практике, обращаясь за консультацией непосредственно к юристам той страны, право которой применяется в данном случае.

1. Происхождение института

В литературе признается римско-правовое происхождение данного института, на что указывает сам общепринятый в европейском правовом дискурсе термин для его обозначения — *exceptio non adimpleti contractus* (возражение о неисполненности договора)². Тем не менее следует отметить, что в классическом римском праве обязательства сторон договора рассматривались чаще всего как отдельные и не связанные между собой настолько, чтобы неисполнение одного из них давало другой стороне право приостановить свое встречное исполнение. Тем не менее даже тогда, как указывают некоторые авторы, признава-

² *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 333.

лись отдельные случаи, когда право достигало аналогичного результата³. Р. Циммерманн (*Zimmermann*) указывает на то, что в классическом римском праве для того, чтобы у кредитора возникло право приостановить исполнение, в договоре должна была иметься специальная оговорка об этом. Несмотря на это, как уточняет тот же автор, даже и без такой оговорки суды были вправе в ряде случаев предоставить аналогичное право пострадавшему от нарушения договора контрагенту в рамках так называемой *bonae fidei iudicia*⁴.

Окончательно же сам институт *exceptio non adimpleti contractus* сформировался в позднем римском праве. Как указывает И.А. Покровский, «в эпоху, когда *emptio-venditio* заключалась в виде двух *stipulationes*, обязанность каждого контрагента... была независимой и потому подлежала выполнению, невзирая на то, выполнил ли противник свое обязательство или нет. С превращением купли-продажи в консенсуальный контракт это соображение отпало: ответчик может предъявить так называемую *exceptio non adimpleti contractus*. Истец, таким образом, предъявляя иск, в случае возражения со стороны противника должен или доказать, что он свою обязанность выполнил, или же предложить исполнение сейчас... детали, впрочем, спорны»⁵. Как указывает Циммерманн, только в Средние века право, заключающееся в приостановлении исполнения, получило наименование *exceptio non adimpleti contractus*, окончательно утвердившись благодаря трудам постглоссаторов и получив свое развитие в рамках канонического права в контексте нравственной установки об отсутствии необходимости держать данное слово в отношении того, кто не держит свое⁶. Кроме того, нельзя не отметить, что одним из важнейших оснований для внедрения в европейское право института *exceptio non adimpleti contractus* стала небезызвестная доктрина каузы, разработанная еще в школах канонического⁷ и естественного права, согласно которой исполнение договора одной из сторон в рамках синалагматического договора является основанием (*causa*) и необходимым условием встречного исполнения⁸. Соответ-

³ *Schulz F. Classic Roman Law. Oxford, 1951. P. 531–532* (ссылка дается по: *O'Neill P., Saaf N. Is the Exceptio Non Adimpleti Contractus Part of the New Lex Mercatoria? // Transnational Rules in International Commercial Arbitration (ICC Publ.). Paris, 1993. P. 147 ff.*; текст доступен в Интернете по адресу: http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?pubdocid=116000&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php).

⁴ *Zimmerman R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 801.*

⁵ *Покровский И.А. История римского права. СПб., 1999. § 69* (текст книги размещен в Интернете по адресу: <http://www.ancientrome.ru/publik/pokrov/pokr01-08.htm>).

⁶ Подробнее см.: *Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. P. 801; O'Neill P., Saaf N. Is the Exceptio Non Adimpleti Contractus Part of the New Lex Mercatoria? P. 147 ff.*

⁷ Подробнее о канонических истоках данного подхода см.: *Морандьер Л.Ж. де ла. Гражданское право Франции / Пер. с фр. Е.А. Флейшиц. Т. 2. М., 1960. С. 383.*

⁸ *Nicholas B. The French Law of Contract. Oxford, 2003. P. 214.*

ственно, неисполнение обязательства должником лишает его права на получение встречного исполнения и дает кредитору легальную возможность не осуществлять встречное исполнение⁹. Так, Гуго Гроций, один из основоположников школы естественного права и в целом светской рационалистической правовой философии, ссылаясь на древнеримского юриста Ульпиана, еще в XVII в. писал, что не будет связан узами союза тот, кто отказался от участия в союзе, потому что условие, согласно которому образован союз, не было соблюдено по отношению к нему. Согласно Г. Гроцию при невыполнении договора одной из сторон не наступает условие (основание) возникновения обязательства второй стороны, поэтому вторая сторона не обязана соблюдать договор¹⁰.

Позволим себе более глубоко в историю происхождения данного института не погружаться. Оставим римское право на откуп исследователям истории права. Куда более интересно проанализировать развитие и современное состояние доктрины *exsertio* в праве развитых зарубежных стран.

2. *Exsertio non adimpleti contractus*¹¹ во французском гражданском праве

Во французском праве данный механизм защиты прав кредитора унаследован от вышеописанного римско-правового института. Несмотря на то что Министерство юстиции Франции рекомендовало судам при вынесении решений не использовать латинский термин *exsertio non adimpleti contractus* наряду с другими юридическими латинизмами, до сих пор, по крайней мере в юридической литературе, очень часто используется не французский аналог (*exception d'inexécution*), а латинский вариант¹².

В рамках французского права вопрос о применении этого института встает в рамках реализации так называемых синалагматических, или двусторонних, контрактов, в рамках которых стороны взаимно принимают на себя обязательства в отношении друг друга. Французский Гражданский кодекс (далее – ФГК)¹³

⁹ Zimmerman R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. P. 801.

¹⁰ Гроций Г. О праве войны и мира. Кн. 3. Гл. XIX. § 14 (книга опубликована в Интернете по адресу: <http://humanities.edu.ru>).

¹¹ В рамках настоящей статьи мы позволим себе использовать для обозначения интересующего нас института этот латинизм или его укороченный вариант (*exsertio*) наряду с российским термином «приостановление встречного исполнения».

¹² См., например: Nicholas B. The French Law of Contract. Oxford, 2003. P. 213; Marsh P.D.V. Comparative Contract Law: England, France, Germany. Gover Publishing, 1994. P. 324.

¹³ Русский перевод ФГК см.: Французский Гражданский кодекс. СПб., 2004. (Серия «Законодательство зарубежных стран».) Английский перевод доступен в Интернете по адресу: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm.

не различает термины «синаллагма» и «двусторонность», рассматривая их как синонимы. Согласно ст. 1102 ГК договор является синаллагматическим, или двусторонним, если обе стороны взаимно обязывают друг друга. Категория синаллагматических, или двусторонних, договоров противопоставляется односторонним договорам, по которым обязывается только одна из сторон (ст. 1103 ФГК). Соответственно, по вполне очевидным причинам вопрос о применении *exceptio non adimpleti contractus* может встать только в отношении двусторонних (или синаллагматических) договоров и применительно к контрактам односторонним не обсуждается.

Двусторонние договоры могут предполагать два режима, опосредующих очередность исполнения. В рамках одного из них стороны обмениваются исполнениями одновременно. В рамках второго — по очереди. В качестве общего правила предусматривается, что стороны обязаны к одновременному обмену, если только закон или соглашение сторон не предписывают, чтобы одна из сторон осуществила исполнение первой по очереди¹⁴. Данное общее правило прямо в законе не предусмотрено, но судебная практика придает этой идее значение общего правила, расширительно толкуя ряд норм из правового регулирования договора купли-продажи¹⁵. Исключения могут вытекать как напрямую из буквы закона или соглашения сторон, так и из природы соответствующего договора¹⁶. Так, считается, что по договору об оказании услуг по общему правилу обязательство по оплате должно быть осуществлено после оказания услуг¹⁷.

Но как быть, если одна из сторон не исполняет свое обязательство? Вправе ли кредитор приостановить исполнение?

Здесь во французском праве возникли сложности. Проблема в признании права на *exceptio* состояла в том, что, с одной стороны, в тексте ФГК не оказалось общей нормы, дающей кредитору такое право, а с другой стороны, в ст. 1184 ФГК было закреплено правило, согласно которому пострадавший от нарушения договора контрагент для расторжения договора должен обращаться в суд. Как мы уже видели, сейчас эта норма вызывает удивление во всем мире, давно уже отказавшемся от судебной процедуры расторжения, и прямо называется абсурдной. Но в начале XIX в. это не было столь очевидным, и ее гравитационная сила была достаточно сильна, чтобы поставить под сомнение возможность временного одностороннего отказа от исполнения нарушенного догово-

¹⁴ Морандьер Л.Ж. *де ла*. Указ. соч. С. 322.

¹⁵ Terre F., Simpler P., Lequette Y. *Droit Civil, Les Obligations*. 6th ed. Paris, 1996. P. 616 (ссылка по: Principles of European Contract Law. Part 1 & 2. Prepared by The Commission on European Contract Law / Ed. by O. Lando, H. Beale. London, 2000. P. 336).

¹⁶ Морандьер Л.Ж. *де ла*. Указ. соч. С. 322.

¹⁷ Treitel G.H. *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*. Oxford, 1988. P. 290.

ра, которым по сути и является приостановление исполнения. Статья 1184 ФГК, как уже было сказано, прямо не регулировала институт приостановления исполнения, но наряду с рядом других норм ФГК отражала некоторый продебиторский уклон французского гражданского права и неприязнь к методам самозащиты права. Французское государство пыталось монополизировать санкционирование любых средств защиты на случай нарушения договора и отчасти, видимо, поэтому требовало получения одобрения государственных судов на прекращение нарушенного договора. Кассен (Cassin) находил обоснование такому судебному контролю за расторжением в каноническом праве в работах глоссаторов, обычном праве Франции времен «Старого режима», трудах таких классиков французского гражданского права в докодификационный период, как Потье (Pothier), Дюмулен (Dumoulin), Дома (Domat) и др.¹⁸

Приостановление исполнения конечно же отличалось от расторжения нарушенного договора, но находилось некоторое время под подозрением у французских юристов в первое время после принятия Кодекса, так как имело тот же «самозащитный» характер, что и выведенный законодателями вне закона односторонний отказ от нарушенного должником договора. В этой связи долгое время французские суды испытывали значительные сложности в отношении споров, в которых кредиторы приостанавливали свое исполнение, пострадав от нарушения договора. Но под воздействием здравого смысла идеи справедливости и добросовестности, а также потребностей оборота французские суды уже в XX в. стали признавать это право кредитора, а французские цивилисты подобрали для этого те или иные доктринальные основания наподобие доктрины каузы сделки¹⁹.

Так, например, Капитан (Capitant) считал, что доктрина каузы (*causa*) сделки должна применяться не только на момент заключения сделки для определения ее законности, но и на момент ее исполнения. Для него применение института приостановления исполнения являлось очевидным следствием этого. Если одна из сторон не выполняет обязательство, то отпадает кауза (основание) для выполнения договора контрагентом, который, соответственно, может воздержаться от исполнения договора. Он отверг идеи тех, кто считал, что при неисполнении договора кауза сохраняется, так как сохраняется обязательство нарушителя и, соответственно, право пострадавшего кредитора подать иск о присуждении к исполнению в натуре. Как заметил Капитан, контрагент обязывает

¹⁸ Cassin. *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution* // *Rev. Tri. Dr. Civ.* 1945. P. 159 (ссылка дается по: Tomlinson E.A. *Performance Obligations of the Aggrieved Contractant: The French Experience* // *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review.* 1989–1990. № 12. P. 181–182).

¹⁹ Подробную историю возникновения института *exceptio* в праве Франции и его соотношение со ст. 1184 ФГК см.: Tomlinson E.A. *Op. cit.* P. 160–163, 175–178.

себя, чтобы получить от другой стороны по сделке желаемое исполнение, а не покупает право подать иск. При этом если в отношении расторжения нарушенного договора Капитан продолжал поддерживать необходимость предъявления иска в суд, обосновывая это историческими аргументами и ссылками на необходимость пресекать произвол кредиторов, то в отношении права на *exsertio* он не видел необходимости получения судебного согласия²⁰.

Аналогичного подхода придерживался и Кассен, который также признавал, за рядом исключений, легитимность общего правила о необходимости судебного санкционирования расторжения, но не видел оснований отказывать кредитору в праве в одностороннем порядке приостановить свое встречное исполнение на случай нарушения договора должником²¹.

Планиоль был также сторонником признания института *exsertio* и пытался объяснить отсутствие в ФГК общих норм на этот счет тем, что этот принцип настолько очевиден, что законодатели просто проглядели необходимость его фиксации в тексте Кодекса²².

Дополнительным аргументом в пользу признания института *exsertio* стало то, что в ряде норм ФГК, посвященных отдельным видам договоров (например, ст. 1612, 1651 ФГК), этот механизм был прямо закреплен. Применение по аналогии данных норм также давало французским юристам и судам хорошее формальное прикрытие для и без того ставшего очевидным с точки зрения справедливости вывода о допустимости приостановления исполнения нарушенного договора²³. Немаловажную роль в аргументации в пользу признания института *exsertio* в судебной практике и литературе сыграли и другие приемы, такие как доктрина добросовестности, ссылки на дух закона и ссылки на системное толкование законодательства²⁴. Так, например, Карбонье (Carbonnier) выводил юридическое основание данного средства защиты, толкуя *a fortiori* ст. 1184 ФГК, которая дает пострадавшему от нарушения кредитору право расторгнуть договор. Если закон позволяет кредитору расторгнуть нарушенный контракт, то тем более должно предполагаться и право кредитора приостановить встречное исполнение, что в принципе, как правило, намного менее болезненно для нарушителя, чем расторжение²⁵.

²⁰ *Capitant*. De la Cause des Obligations. 3ed ed. 1927 (ссылки на эту работу и аргументы автора см.: Tomlinson E.A. Op. cit. P. 182–183).

²¹ *Cassin*. L'Exception Tirée de l'inexécution. 1914 (ссылка дается по: Tomlinson E.A. Op. cit. P. 185).

²² Ссылки на работу Планиоля см.: Tomlinson E.A. Op. cit. P. 186.

²³ *Cassin*. L'Exception Tirée de l'inexécution. 1914 (ссылка дается по: Tomlinson E.A. Op. cit. P. 185).

²⁴ Principles of European Contract Law. Part 1 & 2. P. 407; O'Neill P., Saaf N. Op. cit. P. 153–154.

²⁵ Carbonnier J. Droit Civil, Les Obligations, 21st ed. Paris, 1998. § 194 (цит. по: Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. Cases, Materials and Text on Contract Law. Oxford, 2002. P. 725).

Как бы то ни было, отсутствие прямой нормы закона не помешало французской судебной практике и правовой доктрине в XX в. окончательно вывести институт *exsertio non adimpleti contractus* в качестве одного из основных принципов исполнения двусторонних договоров²⁶. Доводы таких выдающихся французских цивилистов, как Кассен, Капитан, Планиоль и Карбонье, окончательно сформировали доктрину этого института и были реализованы на практике²⁷.

Если стороны обязаны осуществить одновременное исполнение и обе стороны воздерживаются от осуществления исполнения до получения исполнения от контрагента, то имеет место ситуация, когда обе стороны пользуются правом на *exsertio*. Никто не вправе требовать исполнения до тех пор, пока сам не предоставит свое встречное исполнение.

В такой тупиковой ситуации некоторые французские авторы предлагают удовлетворять требование об исполнении, заявленное одним из контрагентов, при условии, что суд одновременно присудит самого истца к осуществлению одновременного исполнения (условное судебное решение), хотя следует отметить, что буква французского закона в принципе не предусматривает такой механизм²⁸. Каких-либо данных о применении данного механизма в практике французских судов у автора нет.

В ситуации, когда право или соглашение сторон предполагают четкую последовательность исполнения и одна из сторон, обязанная осуществить свое исполнение первой, не осуществляет его в срок, пострадавшая сторона также вправе приостановить свое встречное исполнение. Данная возможность в этом случае во французской литературе зачастую объясняется тем, что встречное обязательство кредитора просто не созрело²⁹.

Право использовать механизм приостановления встречного исполнения возникает не только в случае неисполнения контрагентом своего встречного исполнения, но и в случае осуществления ненадлежащего или частичного исполнения. Но воспользоваться таким правом кредитор может только тогда, когда нарушение достаточно серьезно и при этом пострадавшая сторона действует согласно принципу добросовестности³⁰. Как отмечается в литературе, это огра-

²⁶ *O'Neill P., Saaf N.* Op. cit. P. 153.

²⁷ Одно из наиболее известных дел см.: *Cass. Civ.*, 5 Dec. 1934, 1935 S. Jur. I 46, 1935 G.P. Jur. I 134 (ссылку на дело см.: *Tomlinson E.A.* Op. cit. P. 190).

²⁸ *Planiol G., Ripert M.* *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Т. VI. P. 456 (ссылка приводится по: *Treitel G.H.* Op. cit. P. 311).

²⁹ *Nicholas B.* *The French Law of Contract*. Oxford, 2003. P. 215; *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* Op. cit. P. 725; *Treitel G.H.* Op. cit. P. 312.

³⁰ *Malaurie P., Aynes L.* *Cours de droit civil – Les obligations*. Paris, 1999. § 743 (цит. по: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* Op. cit. P. 733).

ничение на применение института *excertio* было введено французскими судами без ссылок на какую-либо конкретную норму закона, в «преторском» стиле³¹. Так, французские суды отвергают право арендатора приостановить оплату арендной платы тогда, когда нарушение договора арендодателем не носит серьезного характера, а также не допускают права энергоснабжающей организации отключить подачу энергии покупателю, задолжавшему за поданную ранее энергию незначительную сумму по счету, который покупатель оспорил³². Кроме того, во французской судебной практике в силу несоответствия между тяжестью нарушения и применяемой кредитором санкции зачастую признается недопустимым приостановление поставщиком, получившим предоплату с просрочкой, исполнения своего обязательства по поставке товара по причине неисполнения покупателем своей обязанности уплатить начисленные в связи с допущенной покупателем просрочкой платежа проценты³³.

При этом в литературе приводятся аналогии с похожим ограничением, применяемым в отношении института расторжения нарушенного договора³⁴. Правда, как указывает Г.Х. Трайтел (G.H. Treitel), французская правовая доктрина и судебная практика не выработали детальные правила определения серьезности нарушения, достаточной для оправдания применения *excertio* и расторжения³⁵. В судебной практике встречаются дела, из которых становится очевидным, что достаточная степень серьезности нарушения различается в зависимости от того, претендует ли пострадавший кредитор на расторжение договора или лишь на приостановление встречного исполнения³⁶. Так, в одном из дел суд пришел к выводу, что нарушение дистрибьютором своей обязанности по внесению очередного платежа за отгруженный ему товар по своей серьезности дает право производителю приостановить отгрузку новых партий, но не позволяет последнему отказаться от исполнения контракта с данным дистрибьютором³⁷.

Необходимость применять институт *excertio* в соответствии с принципом добросовестности является крайне важным принципом, который проявляется не только в том, что для применения *excertio* при дефектном исполнении сами дефекты

³¹ Tomlinson E.A. Op. cit. P. 191.

³² Ссылки на судебную практику см.: Nicholas B. Op. cit. P. 215.

³³ O'Neill P., Saaf N. Op. cit. P. 155.

³⁴ Mazeaud H., Mazeaud L., Mazeaud J. Leç ons de droit civil. T. II. Vol. 1. P. 1129 (ссылка по: Treitel G.H. Op. cit. P. 302).

³⁵ Treitel G.H. Op. cit. P. 304.

³⁶ Nyer D. Withholding Performance for Breach in International Transactions: an Exercise in Equations, Proportions or Coercion? // Pace International Law Review. 2006. № 18. P. 52.

³⁷ Cass. Com. 15 Jan. 1973, D. 1973, 473 (ссылка приводится по: Treitel G.H. Op. cit. P. 311).

должны быть достаточно существенны, но и в иных обстоятельствах. Так, сторона не вправе ссылаться на *exсертио* тогда, когда неисполнение договора контрагентом произошло по вине ссылающейся на *exсертио* стороны (вина кредитора) или сторона незаконно уклоняется от принятия исполнения (просрочка кредитора)³⁸.

Кроме того, судебная практика выработала и такой механизм, как частичное приостановление исполнения, на случай, когда должник исполняет лишь часть возложенных на него обязательств или допускает иные дефекты. Важность этого механизма нельзя недооценивать. Так, в литературе отмечается, что использование кредитором своего права на приостановление исполнения несет в себе определенные риски, связанные с тем, что суд может не признать нарушение достаточно серьезным, чтобы оправдать приостановление. Этот фактор играет сдерживающую роль, предотвращая необоснованно резкую реакцию кредитора. Ведь если суд впоследствии признает приостановление исполнения кредитором необоснованным, то уже он окажется нарушителем договора и может быть привлечен к ответственности за просрочку. В этих условиях кредитору, столкнувшемуся с частичным или дефектным исполнением со стороны должника, куда безопаснее приостанавливать свое исполнение не полностью, а пропорционально тому, что было не исполнено должником. Суды Франции намного более благосклонны к такой более мягкой реакции³⁹.

В отношении ограничений на применение механизма приостановления встречного исполнения также иногда указывается на то, что кредитор не может приостановить встречное исполнение основного обязательства в случае, когда нарушенное должником обязательство носит явно второстепенный характер. На основе данной идеи Карбонье выводит решение, согласно которому арендатор не вправе приостановить платежи за арендованное здание по той причине, что арендодатель не производит ремонт здания, если, несмотря на данное нарушение, арендатор продолжает пользоваться зданием⁴⁰.

Но при этом следует отметить, что достаточно неясным во французском праве является вопрос о том, обязательно ли, чтобы неосуществленное и приостанавливаемое исполнения находились в строгой синаллагматической связи, т.е. два исполнения являлись «объектами» обмена. В литературе отмечается, что для применения института *exсертио* достаточно, чтобы нарушенное и приостановленное обязательства были взаимосвязаны, носили встречно-направленный характер и проистекали из одного и того же правоотношения⁴¹.

³⁸ *Marsh P.D.V.* Op. cit. P. 325.

³⁹ *Tomlinson E.A.* Op. cit. P. 193.

⁴⁰ *Carbonnier J.* Droit Civil. Les Obligations. 21st ed. Paris, 1998. § 194 (цит. по: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* Op. cit. P. 725).

⁴¹ *Marsh P.D.V.* Op. cit. P. 324.

Так, в литературе отмечается, что *exsertio* может применяться даже в тех случаях, когда договор носит не строго синалагматический характер, а является «несовершенно синалагматическим», т.е. договор носит изначально односторонний характер, но в силу ряда причин порождает обязательства у обеих сторон⁴². Так, например, по договору безвозмездного хранения обязательства возникают только у одной стороны — хранителя. Но хранитель в некоторых случаях может выставить поклажедателю требование о компенсации своих расходов на сохранение имущества. Соответственно, у последнего возникает обязательство по их покрытию. Это не означает, что обязательство хранителя хранить и вернуть имущество «обменивается» на обязательство поклажедателя в некоторых случаях оплатить расходы, и договор поэтому не считается в строгом смысле синалагматическим. Но при этом наличие обязательства на стороне поклажедателя делает его «несовершенно синалагматическим», что дает возможность хранителю использовать институт *exsertio* и не выдавать предмет, полученный на хранение, до возмещения ему понесенных расходов⁴³.

Кроме того, в литературе встречается мнение о том, что правило об *exsertio* может быть применено и за рамками исключительно договорных отношений. Так, Ж. Карбонье допускает применение этого института в отношении встречных реституционных обязательств, вытекающих из недействительной или расторгнутой сделки⁴⁴.

Все это указывает на то, что кредитор вправе приостановить исполнение своего обязательства и тогда, когда нарушенное должником обязательство не является тем, исполнение которого в строгом смысле слова «обменивается» на исполнение кредитора. Судя по всему, применение института *exsertio* не ограничивается только теми обязательствами, которые находятся в строгой синалагматической связи.

Во французской литературе также поднимается вопрос о соотношении института *exsertio* и института удержания, который вызывает у французских юристов некоторые затруднения. Так, в литературе можно встретить ссылки на применение *exsertio* «в виде права удержания»⁴⁵. Б. Ничолас (Nicholas) отмечает, что в случае, когда приостанавливаемое кредитором исполнение должно было состоять в передаче контрагенту имущества, различие между удержанием и

⁴² Подробнее о несовершенном синалагматических договорах см.: Морандьер Л.Ж. *де ла*. Указ. соч. С. 207.

⁴³ Malaurie P., Aynes L. *Cours de droit civil – Les obligations*. Paris, 1999. § 723 (ссылка по: Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. *Op. cit.* P. 734).

⁴⁴ Carbonnier J. *Droit Civil, Les Obligations*. 21st ed. Paris, 1998. § 194 (цит. по: Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. *Op. cit.* P. 725).

⁴⁵ Mazeaud H., Mazeaud L., Mazeaud J. *Leçons de droit civil*. Т. II. Vol. 1. P. 97 (ссылка по: Treitel G.H. *Op. cit.* P. 302).

приостановлением встречного исполнения практически размывается. Основное различие между двумя указанными институтами, с точки зрения данного автора, проявляется в том, что право приостановить исполнение намного шире и может использоваться применительно к любым обязательствам, в то время как право удержания во французском праве применяется исключительно в отношении обязательства по передаче вещи. Преимущество же права удержания состоит в том, что оно может быть использовано и за рамками συναлагматических договоров, и даже за рамками договорных обязательств⁴⁶. Аналогичные взгляды можно встретить в работах других французских цивилистов⁴⁷.

Французское гражданское законодательство не предусматривает общего правила о том, что кредитор вправе использовать *excertio* в случае, когда нарушение договора еще не состоялось, но становится очевидным, что оно с большой долей вероятности должно произойти. При этом такого рода норму можно встретить в положениях о купле-продаже (ст. 1613 ФГК).

3. *Excertio* в немецком гражданском праве

Как отмечал знаменитый немецкий пандектист Г. Дернбург (H. Dernburg) применительно к немецкому праву более века назад, «*excertio non adimpleti contractus*» имеет громадное практическое значение». Суть этого института, с точки зрения данного автора, состоит в том, что кредитор, требующий исполнить обязательства, должен доказать, что либо он сам исполнил свое встречное обязательство, либо что должник в силу закона или договора обязан осуществить исполнение первым. Если кредитор не может доказать ни того, ни другого, то должник вправе не исполнять свое обязательство, ссылаясь на *excertio*. Данная идея вытекает из того, что согласно общему правилу действия контрагентов по исполнению встречных обязательств должны совершаться одновременно⁴⁸.

Таким образом, как мы видим, так же как и во французском праве, идея о праве приостановить исполнение в немецком праве была изначально неразрывно связана и являлась прямым следствием положения об одновременности исполнения. Именно в рамках такой ситуации право приостановить встречное исполнение проявляется в полную силу. При этом, в отличие от французского законодателя, немецкий законодатель прямо предусмотрел в п. 1 § 320 ГГУ⁴⁹ общее правило о том, что стороны συναлагматического договора обязаны осуществить одно-

⁴⁶ *Nicholas B.* Op. cit. P. 215.

⁴⁷ Ссылки на научные труды по данному вопросу см.: *O'Neill P., Saaf N.* Op. cit. P. 159 ff.

⁴⁸ *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 3. Обязательственное право. 2-е изд. М., 1904. С. 71.

⁴⁹ Русский перевод ГГУ см.: Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению: Пер. с нем. М., 2004.

временное исполнение, если одна из сторон не должна осуществить исполнение первой⁵⁰. Кроме того, в рамках того же пункта предусмотрено, что при одновременном исполнении каждая из сторон вправе задержать причитающееся с нее исполнение до того, как она получит встречное исполнение от контрагента.

Таким образом, из анализа данной статьи вытекает вывод о том, что институт приостановления встречного исполнения в немецком праве увязан исключительно с синаллагматическими договорами, т.е. с договорами, посредством которых стороны осуществляют встречный эквивалентный обмен имущественными благами. Этот вывод, как будет показано далее, окажется ошибочным в силу того, что регулирование данного вопроса в ГГУ не исчерпывается § 320. Тем не менее вначале уместным будет разобраться, что немецкие юристы понимают под синаллагматическим договором и почему в § 320 ГГУ применение *exсерtio* ограничено рамками именно такого рода контрактов.

В немецком праве, в отличие от буквы французского гражданского законодательства, принято выделять синаллагматические договоры как разновидность двусторонних договоров. Так, например, по договору безвозмездного поручения доверитель обязан компенсировать поверенному его расходы, связанные с выполнением поручения, но эта обязанность не является в строгом смысле элементом синаллагмы (т.е. обмена) по отношению к обязанности поверенного выполнить поручение. Поверенный не обменивает свои услуги по выполнению поручения на оплату понесенных расходов. Соответственно, в таком случае договор носит двусторонний, так как накладывает обязательства на обе стороны договора, но не синаллагматический характер. Как уже отмечалось, иногда в литературе такого рода двусторонние, но не синаллагматические договора называются «несовершенно синаллагматическими».

Таким образом, в отличие от французского права, где, как мы показали выше, по крайней мере на уровне законодательства не проводится различие между двумя этими категориями и любой двусторонний (даже «несовершенно» синаллагматический) договор теоретически предполагает возможность приостановить исполнение, в немецком праве вопрос об *exceptio non adimpleti contractus* встает только тогда, когда имеет место классическая синаллагма, т.е. по договору стороны должны были обменяться исполнениями нарушенного и приостанавливаемого обязательства. Если договор носит двусторонний, но не синаллагматический характер, применение предусмотренного в §320 ГГУ механизма не допускается⁵¹.

⁵⁰ Обязанность одной из сторон осуществить свое исполнение первой может вытекать как из договора, так из закона. Так, например, согласно ст. 614 и 641 ГГУ по общему правилу услуги или работы должны быть оплачены после того, как они оказаны (выполнены). Более детально см.: *Gernhuber J. Handbuch des Schuldrechts. Vol. VII. Tübingen, 1989. S. 354–357.*

⁵¹ См. подробнее: *Treitel G.H. Op. cit. P. 249–250.*

Соответственно, в немецком праве достаточно актуальным является вопрос выделения синалагматических обязательств из тех случаев, когда имеют место обычные невзаимообусловленные обязательства сторон двустороннего договора. В литературе отмечается, что синалагматическими будут являться главные встречные обязательства, исполнение которых составляет саму сущность всей хозяйственной операции по эквивалентному обмену⁵². Так, в договоре купли-продажи обязательства продавца по поставке и покупателя по оплате будут являться синалагматическим. Аналогичным образом синалагматическими будут обязательства арендодателя предоставить в пользование имущество и обязанность арендатора уплачивать арендную плату. Но при этом обязанность арендатора вернуть арендованное имущество по окончании срока аренды, с одной стороны, и обязанность арендодателя возместить арендатору расходы, понесенные на устранение дефектов, обнаруженных в арендованном имуществе, с другой стороны, не являются теми «основными» обязательствами, ради которых сделка заключалась, а следовательно, они не могут находиться в синалагматической связи. Это приводит к выводу о том, что стороны данных обязательств не могут использовать механизм приостановления встречного исполнения⁵³. При этом, как отмечается в литературе, стороны в договоре могут прямо обозначить те или иные по своей сути второстепенные обязательства в качестве главных, а значит, и поставить их в рамки синалагматической связи⁵⁴.

В то же время вопрос об определении синалагматической связи не столь прост. В литературе и судебной практике обсуждается множество не столь очевидных случаев. Так, например, в литературе признается право заказчика отсрочить оплату выполненных работ, если в полученном результате будут выявлены дефекты и заказчик потребует их устранить. Таким образом, признается синалагматический характер обязательств по устранению дефектов и оплате выполненных работ. В такой ситуации обязательство по оплате должно быть осуществлено одновременно с устранением дефекта⁵⁵. Но при этом в аналогичной ситуации при поставке дефектных товаров право покупателя приостановить оплату до момента устранения дефекта зачастую ставилось под сомнение⁵⁶. В конечном счете адекватные ответы на всевозможные подобные вопросы находят-ся в судебной практике.

⁵² Подробнее см.: *Makesinis B., Unberath H., Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. (entirely revised and updated). Oxford: Hart, 2006. P. 350–351.

⁵³ *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* Op. cit. P. 731.

⁵⁴ *Gernhuber J.* Handbuch des Schuldrechts. Vol. VII. Tübingen, 1989. S. 322–325 (ссылка по: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* Op. cit. P. 731).

⁵⁵ *Treitel G.H.* Op. cit. P. 289.

⁵⁶ *Ibid.* P. 301.

Что касается непосредственно института *exceptio non adimpleti contractus*, как он предусмотрен в § 320 ГГУ, то механизм его применения состоит в следующем. Когда стороны обязаны к одновременному исполнению и одна из сторон заявляет иск о принудительном исполнении обязательства, то другая сторона вправе заявить в суде возражение, сославшись на то, что истец свое встречное обязательство не выполнил. Если ответчик заявляет данное возражение, то истец должен либо доказать, что он сам уже осуществил встречное исполнение, либо доказать, что в силу закона или договора ответчик должен был осуществить исполнение первым по очереди. Если истец не может доказать ни одного, ни другого, то заявление ответчиком о предусмотренном в п. 1 § 320 ГГУ праве на *exceptio* приводит к тому, что суд не отклоняет иск, но выносит решение, обязывающее обе стороны осуществить одновременный обмен исполнениями (п. 1 § 322 ГГУ). Очень важно отметить, что если ответчик не заявит соответствующее возражение, то суд будет обязан удовлетворить иск истца и принудить ответчика к исполнению договорного обязательства, несмотря на то что сам истец свое встречное исполнение еще не осуществил⁵⁷.

В п. 2 § 320 ГГУ регулируется также и ситуация, когда должник осуществляет лишь часть предусмотренного исполнения. В данном случае кредитор вправе приостановить встречное исполнение, если с учетом обстоятельств, и в первую очередь значительности неисполненной части обязательства, такая мера защиты не противоречит требованиям доброй совести. В литературе отмечается, что данное положение толкуется широко и распространяется в том числе и на случай дефектного исполнения. Соответственно, в случае дефектного исполнения кредитор вправе воспринять это нарушение как текущее неисполнение и приостановить свое встречное исполнение только в случае, если это оправдано с точки зрения серьезности нарушения и соображений добросовестности⁵⁸. При этом формулировка закона указывает на то, что значительность самого нарушения является важным фактором, но далеко не единственным, который может влиять на допустимость осуществления механизма *exceptio*. Фактор значительности нарушения является лишь иллюстрацией более общего требования соблюдения принципа добросовестности⁵⁹. В литературе и судебной практике отмечается, что одно и то же нарушение может быть недостаточно серьезно для того, чтобы оправдать расторжение договора, но достаточно серьезным для того, чтобы оправдать приостановление встречного исполнения⁶⁰.

⁵⁷ *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. Op. cit. P. 352.*

⁵⁸ *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. Op. cit. P. 732.*

⁵⁹ Подробнее см.: *Treitel G.H. Op. cit. P. 303.*

⁶⁰ *Ibid. P. 304.*

Кроме того, в законодательстве урегулирована и такая ситуация, когда одна из сторон, которая обязана осуществить исполнение первой по очереди, не может реализовать свою обязанность по причине того, что кредитор уклоняется от принятия исполнения. В такой ситуации немецкий законодатель предоставляет должнику, обязанному осуществить исполнение первым, право на изменение порядка исполнения. Такой должник получает право требовать исполнения от контрагента, даже не предоставив причитающегося с него исполнения. Его обязанность осуществить свое исполнение сдвинется до момента, пока свое встречное исполнение не осуществит кредитор (п. 2 § 322 ГГУ).

В отличие от французского законодательства ГГУ допускает приостановление исполнения на случай предвидимого нарушения. Согласно п. 1 § 321 ГГУ должник, обязанный осуществить свое исполнение первым по очереди, вправе, если после заключения договора обнаружится, что способность другой стороны к осуществлению встречного исполнения ставится под угрозу, приостановить исполнение до получения от контрагента встречного исполнения или обеспечения. Как отмечает один немецкий автор, обязательство осуществить исполнение первым по очереди представляет собой кредитование, которое всегда ставит кредитора в несколько уязвимое положение, и право должно защищать такого кредитора в случае последующего ухудшения финансового положения контрагента, который управомочен на получение такого кредита⁶¹. Но важно отметить, что если в прежней редакции ГГУ вводилось условие, согласно которому встречное исполнение ставилось под вопрос в связи с изменением финансового положения, то в новой редакции, вступившей в силу в 2002 г., применение права приостановить исполнение теперь допускается и в тех случаях, когда угрозу будущего встречного исполнения создают иные обстоятельства. Как отмечается в литературе, данное изменение приблизило указанное положение ГГУ к тексту Принципов европейского контрактного права⁶².

Крайне важная особенность немецкого законодательства проявляется в том, что оно вводит помимо права приостановить свое исполнение (§ 320 ГГУ) еще и крайне близкий институт удержания, который в немецком праве понимается несколько шире, чем это принято в российском праве⁶³. Согласно п. 1 § 273 ГГУ если должник обязан осуществить исполнение, но при этом он имеет встречное требование к контрагенту с наступившим сроком исполнения, основанное на том же правоотношении, что и его обязанность, он вправе отказать-

⁶¹ *Larenz K. Schuldrecht – Allgemeiner Teil. 14th ed. München, 1987. § 15-I.*

⁶² *Zimmermann R. The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives. Oxford, 2005. P. 75.*

⁶³ Подробнее см.: *Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательства. М., 2003. С. 86–90.*

ся от исполнения лежащей на нем обязанности до получения причитающегося ему исполнения от контрагента. Таким образом, право удержания в немецком праве не сводится исключительно к удержанию вещи, причитающейся контрагенту, а носит более широкий характер. Удержание вещи в немецком праве предусмотрено в п. 2 § 273 ГГУ и рассматривается как разновидность более универсального института удержания встречного исполнения.

При этом § 273, 274 ГГУ создают правовой режим, отчасти дублирующий правовое регулирование института приостановления встречного исполнения, заложенное в § 320–322 ГГУ. Так, согласно п. 1 § 274 ГГУ применение права удержания встречного исполнения приводит к тому, что суд выносит решение об одновременном исполнении обоих обязательств. Аналогичное правило, как мы помним, предусмотрено в п. 1 § 322 ГГУ применительно к праву приостановить встречное исполнение. Кроме того, в рамках правового режима удержания появляется правило, крайне похожее на норму п. 2 § 322 ГГУ. Речь идет о норме п. 2 § 274 ГГУ, согласно которой при одновременном исполнении уклонение одной из сторон от принятия исполнения дает другой стороне право истребовать исполнения первой по очереди (т.е. по сути право не осуществить встречное исполнение одновременно). Хотя в тексте § 273 ГГУ это прямо не выделяется, но в литературе признается, что использование института удержания исполнения возможно, только если это не противоречит принципу добросовестности, что по сути означает распространение на институт удержания исполнения правила п. 2 § 320 ГГУ, предусмотренного в отношении права приостановления встречного исполнения.

Тем не менее правовой режим удержания встречного исполнения обладает и рядом особенностей. Так, право удержания, в особенности в том случае, когда оно касается удержания имущества, подразумевает достаточно специфические правила, неизвестные правовому режиму *exemptio non adimpleti contractus*. Так, согласно § 369 и 371 Германского торгового уложения (далее – ГГУ) кредитор, выступающий как коммерсант, вправе продать удержанную вещь и получить удовлетворение из полученной от продажи суммы в рамках процедуры, предусмотренной в отношении залога. Кроме того, в правовом режиме удержания исполнения предусматривается, что сторона может предотвратить использование контрагентом права удержания в случае предоставления обеспечения, которым по прямому указанию закона почему-то не может быть поручительство (п. 3 § 273 ГГУ).

Но, пожалуй, важнейшее различие состоит в том, что использование права удержания исполнения, в отличие от права приостановить встречное исполнение, не требует обязательного наличия синалагматической связи между неосуществленным и удерживаемым исполнениями⁶⁴. Достаточно лишь того, чтобы

⁶⁴ *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. Op. cit. P. 352.*

оба исполнения основывались на некоем общем правоотношении. В судебной практике указывается на то, что под общим правоотношением подразумевается фактическая экономическая взаимосвязь, которая связывает оба исполнения настолько, что удовлетворение требования одной стороны без учета исполненности этой стороной своего обязательства по отношению к контрагенту будет противоречить принципу добросовестности⁶⁵. Данный критерий намного либеральнее по сравнению с критерием синаллагматической связи, который должен удовлетворяться при применении *exsertio* на основании § 320–322 ГГУ. Так, в судебной практике и литературе признается возможность использовать удержание даже в том случае, когда нарушенное обязательство проистекает из другого договора⁶⁶. Применение же в такого рода случаях института *exsertio*, как он предусмотрен в § 320–322 ГГУ, исключено.

Наличие в ГГУ правового режима удержания исполнения как альтернативы институту приостановления встречного исполнения по сути нивелирует строгость общего подхода к допустимости приостановления встречного исполнения, согласно которому, как уже отмечалось, требуется четкая синаллагматическая связь⁶⁷. Соответственно, с учетом правила § 273 ГГУ различия между французским, более либеральным, и немецким, на первый взгляд более строгим, режимами применения института приостановления исполнения оказываются в большей степени лишь видимостью.

Для нас очевидно, и это признается в литературе, что природа обеих мер (приостановления и удержания исполнения) в немецком праве носит общий характер. Так, в литературе встречается мнение о том, что институт *exsertio* в немецком праве является разновидностью более общего института удержания исполнения. Данный «подвид» удержания применяется в отношении синаллагматически связанных обязательств, но не исключает возможность применения общего режима удержания исполнения⁶⁸.

Тем не менее позволим себе заметить, что стороннему наблюдателю достаточно сложно понять смысл существования двух подобных конкурирующих режимов приостановления исполнения. На это обращалось внимание еще в дореволюционной российской литературе⁶⁹. Следует поддержать отечественного законодателя, который не повторил данный несколько странный прием. Тем не менее смешение в рамках немецкого права институтов удержания и приоста-

⁶⁵ BGHZ 64.122 (124); 47/157 (167) (цит. по: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* Op. cit. P. 742).

⁶⁶ Подробнее см.: *Treitel G.H.* Op. cit. P. 315.

⁶⁷ *Marsh P.D.V.* Op. cit. P. 340.

⁶⁸ Ссылки на литературу по данному вопросу см.: *Treitel G.H.* Op. cit. P. 316–317.

⁶⁹ См.: *Удинцев В.А.* История обособления торгового права. Киев, 1900. С. 192.

новления встречного исполнения иллюстрирует всю проблематичность «дифференциальной квалификации» указанных категорий и создает определенные предпосылки для разрешения проблемы дифференциации удержания имущества и приостановления исполнения в отечественном праве.

4. Английское договорное право

Английское контрактное право воспринимает институт приостановления исполнения через призму классической особенности общего права — института *condition* (дословно — «условие»). Базовое значение данного института близко континентально-европейской доктрине отлагательного или отменительного условия. Но, как замечают некоторые английские юристы, категория *condition* в английском праве — своего рода юридический хамелеон, приобретающий то или иное значение в зависимости от контекста⁷⁰. Среди прочего посредством института *condition* английские юристы разбирают также и порядок исполнения обязательств⁷¹.

Взаимные обязательства сторон по двустороннему договору в английском праве могут быть зависимыми (*dependent promises*) или независимыми (*independent promises*). В случае если обязательства являются независимыми, каждая из сторон вправе требовать исполнения независимо от того, выполнила ли она свое обязательство. Соответственно, ответчик, к которому предъявлен иск об исполнении обязательства, не вправе сослаться на невыполнение истцом своего обязательства. Но при этом если срок исполнения обязательства истца наступил, ничто не мешает ответчику заявить встречный иск об исполнении обязательства⁷². В случае же, если суд квалифицирует обязательства сторон как зависимые, неисполнение своих обязательств одной из сторон лишает ее права требовать встречного исполнения от контрагента. Необходимость доктринального оформления этого права не осуществлять встречное исполнение по зависимому обязательству и стала причиной притягивания к этой проблематике института *condition*.

Краткая история вопроса такова. Традиционно в английском праве обязательства сторон двустороннего договора рассматривались как независимые, что по сути лишало кредитора права приостановить встречное исполнение. Данный подход был связан с тем, что английские юристы рассматривали договор как порождающий обмен независимыми обещаниями (*promise*). Но уже к концу

⁷⁰ Treitel G.H. Op. cit. P. 255.

⁷¹ Подробнее см.: Treitel G.H. The Law of Contract. London, 2003. P. 762–766.

⁷² Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. P. 277.

XVIII в. суды развернули свою практику и по общему правилу стали стремиться квалифицировать встречные обязательства сторон как зависимые⁷³. Наиболее известное решение, отражающее новый подход, вынес знаменитый английский судья Мансфилд (Mansfield) по делу *Kingston v. Preston* (1773 г.). В решении он указал в оправдание отхода от правила о независимости обязательств, что его применение в данном споре приведет к «величайшей несправедливости»⁷⁴. Вместо старого правила лорд Мансфилд заложил основу для применения доктрины *condition* к встречным обязательствам сторон договора. Чтобы формально обосновать право не исполнять нарушенный договор, он признал, что договор подразумевает, что его исполнение одной из сторон может являться условием (*condition*) для возникновения обязательства у другой стороны. Квалификация судом обязательства одной из сторон в двустороннем договоре в качестве *condition* автоматически превращает договор (пользуясь российской терминологией) в условную сделку.

При этом для «нахождения» судом в договоре следов того, что исполнение одной из сторон является *condition* для возникновения встречного обязательства, отнюдь не обязательно наличие прямого указания на то в тексте контракта. Как отмечается в литературе, сейчас в английском праве действует презумпция, согласно которой обязательства сторон в двустороннем договоре предполагаются зависимыми и представляют собой *condition* по отношению друг к другу, если текст контракта или иные факторы не свидетельствуют об обратном⁷⁵. В континентальной системе права идея о том, что исполнение обязательства одной из сторон может являться условием возникновения встречного обязательства, приобретает форму теории синалагматической связи или доктрины каузы исполнения.

Если в силу оговорки в договоре, подразумеваемой воли сторон, закона или сложившейся судебной практики суд констатирует, что обязательства сторон являются зависимыми, то немаловажный вопрос возникает в отношении последовательности исполнения. В рамках английского права возможны два режима, определяющих последовательность исполнения на случай зависимых обязательств. С одной стороны, если в силу договора, закона или судебной практики одна из сторон должна осуществить свое исполнение первой, то это исполнение является отлагательным условием (*condition precedent*) для возникновения встречного обязательства контрагента. С другой стороны, если стороны обязаны к одновременному обмену, то речь идет о том, что каждое встречное исполнение

⁷³ *Beatson J. Anson's Law of Contract*. N.Y., 1998. P. 546; *Treitel G.H. The Law of Contract*. P. 764.

⁷⁴ *Taylor C.R. Self-Help in Contract Law: An Exploration and Proposal // Wale Forest Law Review*. 1998. № 33. P. 859–860; *Tomlinson E.A.* Op. cit. P. 151–152.

⁷⁵ *Taylor C.R.* Op. cit. P. 860.

является «одновременным условием» (*concurrent condition*) для корреспондирующего встречного исполнения⁷⁶. При этом, как отмечает Трайтел, в английском праве сложилась презумпция, согласно которой в отсутствие четких положений договора, подразумеваемой воли сторон или какой-либо устоявшейся судебной практики, указывающих на ту или иную очередность исполнения, оба зависимых обязательства рассматриваются как «одновременные условия».

Иначе говоря, по общему правилу зависимые обязательства должны исполняться одновременно⁷⁷. У этого общего правила есть ряд исключений. Опровержение презумпции одновременности может вытекать не только из прямого указания договора, но и из всего комплекса обстоятельств и «коммерческого контекста»⁷⁸. Так, например, в судебной практике Англии сложился подход, что если исполнение обязательства одной из сторон требует некоторого периода времени (носит длящийся характер), в то время как исполнение договора другой стороной может быть осуществлено одномоментно, то по общему правилу презумпция одновременности теряет свое значение. В этом случае вступает в силу правило о том, что исполнение, требующее большего времени, должно быть осуществлено вперед, если иное не оговорено в договоре⁷⁹.

Исходя из всего вышесказанного становится понятным, что применительно к случаю взаимозависимости обязательств у стороны, обязанной осуществить исполнение первой или одновременно, но не осуществившей исполнение, возникают трудности с истребованием встречного исполнения в силу того, что само встречное обязательство считается незрелым по причине ненаступления соответствующего отлагательного или «одновременного» условия. Из этой идеи вытекает юридическое обоснование права кредитора на отказ от осуществления своего встречного исполнения в случае неосуществления должником исполнения, которое является для этого обязательства кредитора *condition precedent* или *condition concurrent*.

Выделение зависимости между встречными обязательствами в литературе стало обоснованием для предоставления пострадавшему кредитору права на отказ от исполнения договора (расторжение). Это сейчас считается бесспорным⁸⁰.

⁷⁶ Так, согласно прямому указанию ст. 28 Закона Англии о купле-продаже 1979 г., если стороны не оговорили иное, обязательство по передаче товара и обязательство по его оплате являются одновременными условиями друг для друга, что означает, что обе стороны обязаны быть готовыми к осуществлению своего исполнения в обмен на получение встречного исполнения.

⁷⁷ *Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. P. 280–281.*

⁷⁸ *Ibid. P. 281–283.*

⁷⁹ *Ibid. P. 84.*

⁸⁰ Подробнее см.: *Карпетов А.Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М., 2007.*

Наличие же у кредитора права на приостановление своего встречного исполнения как особого метода стимулирования должника к исполнению не является абсолютно однозначно определенным. Так, например, в большинстве учебников по английскому договорному праву трудно встретить подробное изложение механизмов применения этого средства защиты. Жалоба компаративистов на сложности в проведении сопоставления режима *exceptio non adimpleti contractus* в континентальном праве с английским режимом приостановления исполнения, как и само определение границ этого режима, стала уже традиционной⁸¹. В центре внимания английских юристов — право кредитора расторгнуть нарушенный договор. Право же на приостановление исполнения не приобрело значения равноценного средства защиты. Как отмечается в литературе, в английском праве такие средства защиты, как расторжение нарушенного договора и приостановление встречного исполнения, не отделены друг от друга с достаточной четкостью⁸². Трейтел объясняет это среди прочего тем, что исторически и расторжение нарушенного договора, и приостановление встречного исполнения были построены на общей основе — доктрине *condition*. Неисполнение обязательства, являющегося *condition*, дает кредитору право на расторжение и теоретически может обосновать право на приостановление исполнения⁸³. При этом, как отмечает Трейтел, сторона, не исполнившая свое зависимое обязательство или исполнившая его с серьезными нарушениями, но подавшая иск об исполнении встречного обязательства, безусловно, получит отказ, так как *condition* не будет считаться наступившим⁸⁴. Как справедливо отмечает этот компаративист, юристы континентальной Европы обосновали бы то же самое право кредитора посредством института *exceptio non adimpleti contractus*⁸⁵.

До сих пор английские суды испытывают определенные сомнения в отношении права кредитора приостановить исполнение, считая, что полноценное его признание приведет к неопределенности⁸⁶. Условия договора, прямо указывающие на право контрагента в случае нарушения обязательства, являющегося *condition*, приостановить исполнение, судами признаются⁸⁷. Признается допустимым приостановление и тогда, когда нарушенное обязательство толкует-

⁸¹ *Marsh P.D.V.* Op. cit. P. 325.

⁸² *Treitel G.H.* Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. P. 305.

⁸³ Подробнее см.: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* Op. cit. P. 728.

⁸⁴ *Treitel G.H.* Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. P. 312.

⁸⁵ *Ibid.* P. 277.

⁸⁶ *Carter J.W.* Suspending Contract Performance for Breach // Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford, 2002. P. 486; *Treitel G.H.* Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. P. 405.

⁸⁷ *Carter J.W.* Suspending Contract Performance for Breach // Op. cit. P. 486.

ся судами как *condition precedent* в отношении приостанавливаемого обязательства. Но четкой доктрины этого средства защиты в английском праве не сложилось. Так, например, в 1992 г. Английский апелляционный суд в своем решении по делу *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.* указал, что в английском праве давно признано, что существенное нарушение договора одной из сторон дает другой стороне право расторгнуть договор, но не существует устоявшейся доктрины в отношении права кредитора отсрочить свое исполнение, сохраняя договор в силе. На этом основании суд отказал в праве приостановить строительство в связи с неполучением промежуточного платежа.

Некоторые авторы предлагают расширить сферу применения этого института, но до сих пор в Англии сохраняется не совсем определенный по отношению к приостановлению правовой режим⁸⁸.

Другая сложность в английском праве возникла в связи с необходимостью урегулировать ситуацию, когда контрагент, обязанный осуществить исполнение первым, исполняет обязательство ненадлежащим образом. Каково должно быть отступление от условий договора, чтобы исполнение обязательства с дефектами не считалось наступлением отлагательного условия для возникновения встречного обязательства? Эту проблему английские юристы пытаются решать посредством теории достаточного исполнения договора (*substantial performance*)⁸⁹. Главным прецедентом в этой области было решение, которое все тот же лорд Мансфилд вынес по делу *Boon v. Eyre* (1777), в котором в развитие доктрины, закрепленной ранее в деле *Kingston v. Preston*, он заложил основу доктрины *substantial performance*. Согласно данной теории *condition* считается наступившим, а встречное обязательство кредитора — созревшим не только тогда, когда должник идеально осуществляет свое исполнение, но и тогда, когда допущенные им дефекты не носят существенный характер, а исполнение, соответственно, является достаточным. Соответственно, если исполнение является достаточным, что означает несущественность недостатков, кредитор не вправе приостановить свое встречное исполнение⁹⁰. Правда, в английском праве данная концепция усложняется тем, что некоторые обязательства по своей природе считаются предполагающими наступление отлагательного условия только при условии их точного исполнения⁹¹.

⁸⁸ Подробнее на эту тему см.: *Carter J.W.* Suspending Contract Performance for Breach // *Op. cit.* P. 485.

⁸⁹ *Treitel G.H.* The Law of Contract. London, 2003. P. 787–788.

⁹⁰ В качестве примера см. решение Апелляционного суда по делу *Hoening v. Isaacs* (1952). Текст решения см.: *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* *Op. cit.* P. 733.

⁹¹ *Beatson J.* Anson's Law of Contract. N.Y., 1998. P. 484–489; *McKendrick E.* Contract Law. London, 2000. P. 426–428.

Еще один нюанс английского режима приостановления исполнения связан с разделением обязательств на «неделимые» (*entire*) и «делимые» (*severable* или *divisible*). Это разделение помогает решить проблему частичного исполнения. Если частично исполненное в нарушение договора обязательство является делимым, то кредитор вправе приостановить исполнение своего встречного обязательства только в части, пропорциональной неисполненному со стороны должника. Если же частично исполненное обязательство является неделимым, то кредитор вправе приостановить свое исполнение полностью. Критерии разделения обязательств на два этих вида разрабатываются в судебной практике⁹². В литературе отмечается, что суды по общему правилу стремятся квалифицировать обязательство в качестве *severable*, что влечет применение более гибкого подхода в отношении последствий нарушения⁹³.

В целом в литературе, видимо, справедливо отмечается, что правовой режим такого средства защиты, как приостановление встречного исполнения, в рамках английского права до конца не сложился, отделен от института расторжения нарушенного договора не очень последовательно⁹⁴ и в целом разработан менее тщательно и четко по сравнению с французским или немецким правопорядками⁹⁵. Тем не менее очевидно, что английские юристы пытаются иными средствами и, возможно, не всегда удачно решать тот же набор проблем, с которыми сталкиваются и в странах континентальной Европы.

5. Договорное право США

В договорном праве США регулирование интересующего нас института является несколько более проработанным, чем на туманном Альбионе. В рамках судебной практики рассмотрения споров, связанных с применением кредитором права приостановить исполнение, в США сложились подходы, отчасти уходящие корнями в общее право Англии, но во многом обладающие значительной спецификой. При этом следует отметить, что различия носят, с одной стороны, технический или терминологический характер. С другой же стороны, эти различия отражают общую особенность американского права, которое является более гибким и готовым к изменениям, чем достаточно ригидное и консервативное английское право, которое держится за устаревшие доктрины часто дольше, чем они того заслуживают.

⁹² *Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. P. 306–307.*

⁹³ *Beatson J. Op. cit. P. 485.*

⁹⁴ *Nyer D. Op. cit. P. 53–54; Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. P. 245, 312.*

⁹⁵ *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. Op. cit. P. 736–738.*

Принципиальная черта общего права, увязывающая право кредитора приостановить исполнение с доктриной *condition* (в значении отлагательного условия, создающего основание для возникновения встречного обязательства), в рамках права США отражена в полной мере. Для того чтобы право кредитора приостановить исполнение в ответ на неисполнение контрагентом своего обязательства было обосновано, неисполненное обязательство должника должно быть *condition* в отношении обязательства, исполнение которого кредитор намеревается приостановить. Если встречное исполнение договора признается поставленным в зависимость (под условие) от осуществления контрагентом своего обязательства, то нарушение последним своего обязательства приведет к наступлению оговоренного условия (*condition*), что дает кредитору право не осуществлять (приостановить) свое встречное исполнение, а в случае необходимости и право бесповоротно расторгнуть договор в одностороннем порядке⁹⁶. Огромный вклад в развитие доктрины *condition* как основания для приостановления исполнения внес классик американского договорного права профессор Артур Корбин (*Corbin*)⁹⁷.

В случае отсутствия прямого указания в договоре на то, что одно исполнение является *condition* в отношении другого, вопрос о выведении условной связи через механизм подразумеваемой обусловленности зависит в значительной степени от усмотрения суда и всего комплекса обстоятельств дела. Как отмечается в литературе, указание судом на независимость обязательств сторон и отсутствие подразумеваемой взаимообусловленности чаще всего является всего лишь формальным прикрытием, в то время как истинной причиной признания независимости обязательств является несоразмерность применения кредитором права на отказ или приостановление встречного исполнения в случае неосуществления исполнения другой стороной⁹⁸. В целом при прочих равных условиях суды предпочитают находить взаимообусловленность двух обязательств и признают допустимым применение механизма приостановления исполнения, что позволяет американским юристам говорить о том, что обязательство стороны, обязанной осуществить исполнение первой, презюмируется как *condition* в отношении встречного исполнения, если не будет убедительных причин для признания обязательств независимыми⁹⁹.

В литературе отмечается, что в конкретной ситуации суд может признать зависимыми и квалифицировать исполнение одной из сторон как *condition* в

⁹⁶ *Farnsworth E.F. Contracts. 4th ed. N.Y., 2004. P. 503, 509.*

⁹⁷ *Corbin A. Conditions in the Law of Contract // Yale Law Journal. 1919. № 28.*

⁹⁸ *Farnsworth E.F. Op. cit. P. 539.*

⁹⁹ *Ibid. P. 539.*

отношении обязательства другой стороны даже тогда, когда эти обязательства проистекают из разных договоров! Ключевое значение здесь будет иметь вопрос о том, являются ли оба договора элементами общей экономической операции¹⁰⁰.

При этом такая взаимообусловленность двух обязательств может следовать из прямого указания договора (и тогда говорят об *express condition*), из не выраженной прямо, но подразумеваемой воли сторон (*implied in fact condition*), а также из учета соображений справедливости и иных соображений правовой политики (*implied in law condition*)¹⁰¹.

При этом американские юристы пытаются найти адекватный ответ на вопрос о возможности приостановить встречное исполнение в случае, когда имело место ненадлежащее исполнение зависимого обязательства. При ответе на этот вопрос основное значение имеет характер условной связи. По общему правилу если суд признает, что нарушенное обязательство имело характер *express* или *implied condition*, то встречное исполнение, согласно классическому подходу в американском праве, можно не осуществлять, даже если нарушение состояло в ненадлежащем исполнении с абсолютно незначительными дефектами. Это объясняется тем, что традиционно для наступления отлагательного условия требуется, чтобы реальность соответствовала этому условию точь-в-точь. Речь идет о доктрине, известной как *perfect tender rule* (правило идеального предложения исполнения) или *strict compliance rule* (правило строгого соответствия). В результате применения этого подхода кредитор вправе приостановить исполнение даже тогда, когда дефекты, допущенные должником при исполнении, были совсем незначительны.

В связи со спорной жесткостью такого подхода суды предпочитают при прочих равных условиях считать, что стороны установили не *implied condition* (подразумеваемое отлагательное условие), а *constructive condition* (условие, выведенное путем толкования)¹⁰². Согласно доктрине *constructive condition*, если исполнение обязательства признается *constructive condition* для встречного исполнения, то применяется более сбалансированное правило достаточного исполнения (*substantial performance*), схожее с одноименным английским аналогом. Согласно принципу *substantial performance* если нарушение договора не носит существенный характер (*material breach*), то исполнение считается хотя и ненадлежащим, но достаточным, что лишает контрагента права приостановить исполнение. И наоборот, если исполнение не является достаточным, то тогда

¹⁰⁰ Calamari J. Calamari and Perillo on Contracts. West, 2004. P. 452.

¹⁰¹ Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. P. 257. Подробнее о доктрине *condition* в праве США см.: Farnsworth E.F. Op. cit. P. 501–597.

¹⁰² Calamari J. Op. cit. P. 423–425.

нарушение рассматривается как существенное (*material breach*) и кредитор вправе приостановить исполнение. Таким образом, как указывается в литературе, доктрина существенного нарушения, применяемая в отношении *constructive condition*, является обратной стороной доктрины достаточного исполнения. Если нарушение существенно (*material breach*), то исполнение не является достаточным, и наоборот¹⁰³.

Поэтому если отвлечься от, безусловно, сложной для восприятия российскими юристами и несколько запутанной терминологии, становится очевидным важный для компаративиста результат: суды, используя сложные приемы квалификации условий договора, стремятся отойти от драконовского правила строгого соответствия, которое «может быть оправдано только в случае прямого волеизъявления сторон, исходя из принципа свободы договора»¹⁰⁴. Иначе говоря, суды предпочитают не допускать применение механизма приостановления на случай, когда дефект, допущенный должником, носит несущественный характер. Как отмечается в литературе, тенденция последнего времени, согласно которой американские суды в отступление от классического жесткого подхода предпочитают все чаще использовать доктрины *material breach* и *substantial performance*, означает, что они готовы жертвовать определенностью во имя достижения справедливости¹⁰⁵.

Таким образом, если суд квалифицировал исполнение нарушенного обязательства как *constructive condition*, кредитор получает право приостановить исполнение только в случае достаточной существенности нарушения (*material breach*)¹⁰⁶. Если исполнение осуществлено с несущественными нарушениями, то *condition* считается наступившим и контрагент обязан осуществлять свое встречное исполнение, несмотря на эти нарушения, в отношении которых никто ему не запрещает использовать иск о взыскании убытков¹⁰⁷.

При этом согласно Второму своду договорного права (*Restatement the 2nd of Contracts*) при оценке существенности нарушения принимаются во внимание следующие факторы: 1) объем убытков, вызванных нарушением; 2) адекватность использования механизма взыскания этих убытков вместо приостановления исполнения; 3) ущерб, который возникает у нарушителя в результате приостановления исполнения; 4) готовность нарушителя устранить нарушение или

¹⁰³ Ibid. P. 433; *Farnsworth E.F.* Op. cit. P. 567.

¹⁰⁴ *Farnsworth E.F.* Op. cit. P. 515, 548.

¹⁰⁵ *Farnsworth E.F.* Op. cit. P. 549.

¹⁰⁶ Ibid. P. 562, 566.

¹⁰⁷ Ibid. P. 567.

предоставить дополнительные гарантии; 5) добросовестность нарушителя и некоторые другие факторы¹⁰⁸.

Очень важно отметить, что одно и то же нарушение может быть достаточно существенно для того, чтобы оправдать приостановление исполнения, но недостаточно существенным, чтобы обосновать расторжение договора¹⁰⁹.

Конечно же понятно, что доктрина существенного нарушения как необходимого условия для использования приостановления исполнения является оценочной. Профессор Корбин отмечал, что другого способа решить вопрос о существенности нарушения нет. Для него вопрос о существенности нарушения — это вопрос степени, и он должен получить ответ «путем взвешивания последствий в свете действующих обычаев исполнения договоров»¹¹⁰. Знаменитый американский судья первой половины XX в. Бенджамин Кардозо (Cardozo) в одном из своих решений отметил, что вопрос о том, «где провести линию», не может быть разрешен путем формулы, так как это вопрос степени¹¹¹. Действительно, закон или прецедентное право не в состоянии предоставить четкую формулу, но могут очертить рамки, задать общее направление для анализа и обозначить релевантные факторы, которые суду следует принимать во внимание. По большому счету, как отмечается в литературе, этот вопрос сводится к дискуссии о том, что с учетом всех факторов является более справедливым¹¹².

Немаловажно также отметить, что американское право признает и возможность приостановить исполнение в случае обоснованной неуверенности должника, обязанного осуществить исполнение первым, в том, что он впоследствии получит от контрагента встречное исполнение. Так, согласно ст. 2-609 ЕТК по договору купли-продажи в такой ситуации сторона вправе потребовать у контрагента, чье будущее исполнение поставлено под угрозу, предоставления надлежащих гарантий. Близкая норма содержится в § 251 Второго свода договорного права (Restatement 2nd of Contracts) и предназначена для применения в отношении любых договоров¹¹³. До предоставления запрошенных гарантий опасаящийся будущего нарушения контрагент вправе приостановить исполнение, если для опасений имелись разумные основания и при этом приостановление представляется разумным с коммерческой точки зрения. По сути сторона, ссылающаяся на свое право приостановить исполнение по причине неуверен-

¹⁰⁸ § 241 Restatement the 2nd of Contracts.

¹⁰⁹ *Farnsworth E.F.* Op. cit. P. 569.

¹¹⁰ *Corbin A.* Corbin on Contracts. West, 1951. P. 809.

¹¹¹ *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent* (1921).

¹¹² *Taylor C.R.* Op. cit. P. 864.

¹¹³ Подробнее см.: *Calamari J.* Calamari and Perillo on Contracts. 2004. P. 493–498.

ности в получении встречного исполнения, серьезно рискует. Если ее опасения окажутся необоснованными, то она станет нарушителем договора и будет привлечена к ответственности, что должно сдерживать в таких случаях и предотвращать произвол¹¹⁴.

Что является надлежащими гарантиями в контексте приведенных норм ЕТК и Restatement (Second), зависит от обстоятельств. Как отмечается в литературе, иногда будет достаточно простых объяснений и заверений, а иногда потребуются банковская гарантия¹¹⁵.

6. Иные правовые системы

Согласно *Гражданскому кодексу Нидерландов* (далее – ГКН)¹¹⁶ сторона вправе приостановить исполнение своего обязательства (*opschortingsrechten*), если контрагент не осуществляет исполнение своего обязательства при условии, что существует достаточная взаимосвязь между двумя обязательствами, чтобы оправдать такое средство защиты (п. 1 ст. 6:52 ГКН). При этом согласно п. 2 ст. 6:52 такая достаточная взаимосвязь в том числе предполагается, если встречные обязательства проистекают из общего правоотношения или сложившейся практики взаимоотношений сторон. При этом два указанных примера (общее юридическое правоотношение как источник обоих обязательств и сложившаяся практика взаимоотношений сторон) не исчерпывают все возможные варианты определения достаточности взаимосвязи между обязательствами, которая оправдывает приостановление, но указывают на наиболее очевидные приемы выявления этой взаимосвязи.

Как мы видим, голландский законодатель не требует четкой синаллагматической связи между двумя обязательствами для использования механизма приостановления исполнения. Как отмечается в литературе, спрос на использование института приостановления исполнения существует и за рамками синаллагматических контрактов¹¹⁷. Необходима лишь их «достаточная» взаимосвязанность, которая определяется исходя из принципов разумности и справедливости¹¹⁸. Такая широкая формулировка дает основания, в частности, для того,

¹¹⁴ *Farnsworth E.F.* Op. cit. P. 595.

¹¹⁵ *Ibid.* P. 596.

¹¹⁶ Русский перевод текста ГК Нидерландов см.: *Гражданский кодекс Нидерландов. Новая кодификация* / Отв. ред. Ф.Й.М. Фельдбрюгге. Лейден, 1996. Английский перевод наиболее принципиальных положений ГКН, регулирующих договорные правоотношения, см.: *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary* / Ed. by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. The Hague, 2002.

¹¹⁷ *Hartkamp A.S., Tillema M.M.M.* Contract Law in the Netherlands. The Hague, 1995. P. 189–190.

¹¹⁸ *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary.* P. 362.

чтобы признать встречными обязательства, вытекающие из разных договоров. Соответственно, голландское право не возражает против того, чтобы кредитор приостановил исполнение по той причине, что его контрагент не осуществляет свое исполнение, вытекающее из другого договора, если между двумя этими контрактами есть достаточная взаимосвязь, чтобы оправдать применение такой меры¹¹⁹. Кроме того, нет препятствий для применения *excertio* в случае, когда оба встречных обязательства вовсе носят внедоговорной характер. Так, в литературе признается возможность применения данного института к встречным реституционным обязательствам¹²⁰.

Согласно ст. 6:54 ГКН право приостановить исполнение отпадает, если исполнение обязательства не произошло по вине лица, ссылающегося на *excertio*, а также если исполнение обязательства контрагентом стало невозможным и в некоторых других случаях. Кроме того, право приостановить исполнение утрачивается, как только будет предоставлено обеспечение, если только предоставление обеспечения не приведет к неразумной задержке (ст. 6:55 ГКН). Наконец, согласно ст. 6:56 ГКН применение института приостановления допускается и после истечения срока исковой давности.

Применительно непосредственно к синалагматическим договорам право приостановить исполнение специально подтверждено в ст. 6:262 ГКН. Согласно п. 1 данной статьи когда одна из сторон договора не выполняет своего обязательства, другая сторона имеет право приостановить исполнение своего встречного обязательства. Из данного правила вытекает традиционное для всех континентальных юрисдикций правило о том, что по общему правилу, если иное не предусмотрено в законе или договоре, стороны обязаны обмениваться исполнениями одновременно¹²¹.

В литературе отмечается, что для применения права приостановления, предусмотренного в ст. 6:262 ГКН, требуется обязательная синалагматическая связь. Но при этом в случае отсутствия такой связи сторона может сослаться на более общее правило ст. 6:52 ГКН, которое дает кредитору право приостановить исполнение даже тогда, когда обязательства не носят в строгом смысле синалагматический характер, но между ними существует достаточная взаимосвязь¹²².

Если же сторона выбирает вариант приостановления, урегулированный в специальных нормах ст. 6:262–6:264 ГКН, то согласно прямому указанию зако-

¹¹⁹ *Ibid.* P. 361.

¹²⁰ *Hartkamp A.S., Tillema M.M.M. Op. cit.* P. 191.

¹²¹ *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary.* P. 301.

¹²² *Ibid.* P. 361.

на (ст. 6:264 ГКН) некоторые нормы общего режима приостановления не применяются. В частности, предоставление обеспечения не может парализовать право контрагента на использование института приостановления встречного исполнения¹²³.

Как мы видим, голландское законодательство по примеру ГГУ создает два конкурирующих режима приостановления исполнения. Если в ГГУ наряду с правилом о приостановлении встречного исполнения в рамках строго синаллагматически связанных обязательств (ст. 320–322 ГГУ) существует параллельно институт удержания исполнения, который может быть использован и за рамками синаллагматических обязательств, если оба обязательства вытекают из общего правоотношения (ст. 6:273, 6:274 ГГУ), то в ГКН сам институт приостановления раздваивается и воплощается как в более строгой форме на случай синаллагматически связанных обязательств, так и в более либеральном варианте — на случай, когда обязательства сторон просто достаточно взаимосвязаны.

Право приостановления встречного исполнения может использоваться и тогда, когда должник осуществил дефектное или частичное исполнение. Согласно п. 2 ст. 6:262 ГКН в случае частичного или дефектного исполнения приостановление встречного исполнения допустимо, если эта мера соответствует характеру нарушения договора. В этом случае условием допустимости применения института *exsertio non adimpleti contractus* является значительность нарушения, необходимость учета которой диктуется применением общих принципов разумности и справедливости¹²⁴.

Знает голландское право и возможность приостановить исполнение на случай предвидимого нарушения. Как и во многих других странах, этим правом согласно п. 1 ст. 6:263 ГКН может воспользоваться сторона, обязанная осуществить исполнение первой по очереди. Она вправе приостановить свое исполнение, если обстоятельства, возникшие после заключения договора, дают ей достаточные основания опасаться того, что контрагент не осуществит свое встречное исполнение. Согласно п. 2 данной статьи в случае, когда предвидится лишь частичное или дефектное исполнение, приостановление исполнения допустимо, только если это будет соответствовать характеру предвидимого нарушения.

Более того, следует отметить, что в голландском праве параллельно двум вышеуказанным вариантам воплощения института приостановления исполнения выделяется отдельный институт удержания, который, так же как и в российском праве и в отличие от немецкого законодательства, проявляется исключительно в праве удержать конкретную вещь (ст. 3:290). На этом основании место института удержания в системе общих положений обязательственного пра-

¹²³ Hartkamp A.S., Tillema M.M.M. Op. cit. P. 192–194.

¹²⁴ The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary. P. 362.

ва Голландии проясняется более четко. При этом согласно ст. 6:57 ГКН удержание вещи прямо признается особым видом общего института приостановления исполнения, к которому по тем вопросам, которые не нашли своего закрепления в правилах об удержании, могут применяться общие нормы о приостановлении (ст. 6:52–6:57 ГКН)¹²⁵. Как отмечалось при подготовке ГКН, если тот или иной вопрос, связанный с функционированием института удержания, прямо законом не урегулирован, то нормы о приостановлении исполнения должны применяться субсидиарно¹²⁶.

Согласно *Гражданскому кодексу Италии* (далее — ГКИ)¹²⁷ в двусторонних договорах, подразумевающих встречный обмен исполнениями, каждая из сторон может отказаться исполнять свое обязательство, когда другая сторона одновременно не исполняет или не предлагает исполнение своего собственного обязательства, если только последовательность исполнений не установлена сторонами в договоре или не следует из природы договора (ст. 1460 ГКИ). Формулировка закона свидетельствует о том, что законодатель подразумевает использование механизма *exceptio non adimpleti contractus* в отношении синаллагматически связанных обязательств¹²⁸.

Основная цель данной статьи — предоставить стороне возможность приостановить исполнение в тех случаях, когда стороны обязаны к одновременному исполнению¹²⁹. Согласно традиционному для всех континентальных правовых порядков правилу, если иное не предусмотрено в законе или договоре, одновременный обмен презюмируется¹³⁰. Соответственно, если в ответ на иск кредитора ответчик заявляет возражение *exceptio*, истец может преодолеть его, если либо докажет, что уже выполнил или предложил к принятию свое встречное обязательство, либо укажет на то, что в силу закона, договора или природы договора ответчик был обязан осуществить исполнение первым по очереди.

Из этого *a fortiori* вытекает, что если контрагент, обязанный осуществить исполнение первым, не исполняет свое обязательство, то сторона, не получив-

¹²⁵ *Hartkamp A.S., Tillema M.M.M.* Op. cit. P. 191.

¹²⁶ *The Netherlands Civil Code. Book 6. The Law of Obligations. Draft Text and Commentary / Ed. by The Netherlands Ministry of Justice. Leiden, 1977. P. 158.*

¹²⁷ Английский перевод всего текста ГК Италии см.: *Beltramo M., Longo G.E., Merryman J.H.* *The Italian Civil Code and Complementary Legislation.* 2nd ed. 1990. Английский перевод наиболее принципиальных положений, касающихся договорного права, см.: *Antoniolli L., Veneziano A.* *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary.* The Hague, 2005.

¹²⁸ *Antoniolli L., Veneziano A.* Op. cit. P. 404.

¹²⁹ *Ibid.* P. 405.

¹³⁰ *Ibid.* P. 326.

шая исполнения, вправе приостановить свое встречное исполнение. Согласно той же ст. 1460 ГКИ право воспользоваться приостановлением исполнения не допускается тогда, когда это противоречит принципу добросовестности. Как отмечается в литературе, при оценке добросовестности суд может принять во внимание сам характер и тяжесть нарушения. Так, право приостановления исполнения ограничено, если ненадлежащее исполнение носит незначительный или небрежный характер или произошло в связи с нарушением договора самим кредитором¹³¹.

Согласно ст. 1461 ГКИ сторона может приостановить исполнение в случае, когда ухудшившееся финансовое положение контрагента очевидным образом ставит под угрозу возможность осуществления встречного исполнения. В данном случае право приостановить исполнение отпадает, если стороне, намеревающейся приостановить исполнение, будет предоставлено адекватное обеспечение. В связи с этим важно подчеркнуть, что, как указывается в литературе, на случай предвидимого нарушения правом приостановить исполнение обладает не только сторона, обязанная к одновременному исполнению, но и та сторона, которая должна была исполнить договор первой по очереди¹³².

Согласно *Швейцарскому обязательственному кодексу* (далее – ШОК)¹³³ сторона двустороннего договора, которая намерена требовать от контрагента исполнения обязательства, должна прежде сама осуществить исполнение или предложить контрагенту принятие исполнения (ст. 82 ШОК), если только контрагент не обязан осуществить исполнение первым в силу условий или природы договора.

Хотя буквальное прочтение данной статьи не дает оснований для этого, правовая доктрина и судебная практика вводят специальное ограничение использования данного механизма. Ответчик не вправе сослаться на *exsertio* и приостановить свое исполнение, если истец не исполнил абсолютно незначительную часть своего обязательства. В таком случае считается, что использование *exsertio non adimpleti contractus* противоречит принципу добросовестности¹³⁴.

Кроме того, согласно п. 1 ст. 83 ШОК в случае, когда одна из сторон двустороннего договора оказывается под процедурой банкротства и такое изменение ее финансового положения ставит под угрозу будущее исполнение этой стороной своего встречного обязательства, должник вправе приостановить исполнение своего обязательства до тех пор, пока не будет предоставлено достаточное

¹³¹ Ibid. P. 404.

¹³² Ibid. P. 405.

¹³³ Английский перевод текста ШОК см.: Swiss Code of Obligations. Vol. 1. Contract Law. Articles 1–551. English Translation of the Official Text. Swiss-American Chamber of Commerce. Zurich, 1995.

¹³⁴ *Treitel G.H.* Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. P. 304.

обеспечение. Согласно п. 2 ст. 83 ШОК, если такое обеспечение не будет предоставлено в разумный срок, допускается расторжение договора.

Австрийское Гражданское уложение 1811 г. (далее – АГУ)¹³⁵, так же как и его примерный ровесник ФГК, не предусматривает общего правила о том, что стороны обязаны осуществлять исполнение одновременно, и не устанавливает институт *exemptio non adimpleti contractus* на законодательном уровне. Но правовая доктрина и судебная практика со временем вывели данные положения из расширительного толкования правила ст. 1052 АГУ, изначально предназначенного исключительно для договоров мены, согласно которому можно требовать передачи вещи только тогда, когда кредитор в свою очередь передал вещь или готов ее передать¹³⁶.

Как отмечается в компаративистской литературе, институт *exemptio non adimpleti contractus* выводится в правовой доктрине австрийского права применительно к любым встречным обязательствам, не обязательно имеющим очевидную синаллагматическую связь¹³⁷.

Кроме того, как и в большинстве других стран, в австрийском праве допускается использование института *exemptio* и в тех случаях, когда нарушение состояло в дефектном исполнении. Но здесь право кредитора приостановить исполнение ограничено. Кредитор не вправе использовать данное право, когда дефект был настолько незначителен, что приостановление исполнения являлось бы злоупотреблением правом¹³⁸.

В *гражданском законодательстве Дании* в силу отсутствия кодификации обязательственного права отсутствуют общие нормы, регулирующие применение *exemptio non adimpleti contractus*. Но в ст. 14 Закона Дании о купле-продаже 2003 г.¹³⁹ предусматривается общее правило о том, что в случае отсутствия прямого указания на очередность исполнений обязательство по передаче товара и обязательство по его оплате должны осуществляться одновременно и покупатель не обязан платить покупную цену, если имущество в то же самое время

¹³⁵ Немецкий текст АГУ см. в Интернете по адресу: <http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm>. Русский перевод АГУ был осуществлен в конце XIX в. (см.: Общее гражданское уложение Австрийской Империи 1811 г. / Пер. Г. Верблицкий. СПб., 1884).

¹³⁶ *Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account.* P. 286.

¹³⁷ *Ibid.* P. 287.

¹³⁸ *Ibid.* P. 304.

¹³⁹ Английский перевод текста Датского закона о купле-продаже см. в Интернете по адресу: <http://www.forbrug.dk/english/laws/saleofgoods>. Материалы по применению датского контрактного законодательства и его соотношению с Венской конвенцией 1980 г. см. в Интернете по адресу: <http://www.cisg.dk/ENG-BIB-ARTIKLER.HTM>.

не предоставлено в его распоряжение. При этом достаточно оригинальная норма закреплена в ст. 15 того же Закона. Согласно этой норме при условии применения общего правила об одновременности обмена продавец, отправляющий товар в адрес покупателя, не вправе затягивать с отправкой товара при неполучении оплаты, но при этом вправе приостановить передачу товара в месте назначения во владение покупателя до момента оплаты. Из данных частных предписаний, касающихся исключительно купли-продажи, датское право путем расширительного толкования вывело общие правила об одновременности исполнения и возможности использования *exceptio non adimpleti contractus*¹⁴⁰.

Кроме того, согласно ст. 39 Закона о купле-продаже Дании продавец, обязанный в силу общего правила к одновременному исполнению или обязанный осуществить исполнение первым по очереди, вправе приостановить отгрузку товара или воспрепятствовать передаче товара доставленного товара во владение покупателя, если после заключения договора против покупателя возбуждается процедура банкротства, а также если у него возникли финансовые проблемы или его финансовое положение изменилось иным образом настолько, что он, вероятнее всего, не сможет расплатиться за товар, когда наступит соответствующий срок платежа. Правда, при этом покупатель вправе противопоставить такому поведению продавца предоставление достаточного обеспечения. В таком случае продавец не может далее воздерживаться от отгрузки или препятствовать передаче доставленного товара.

В гражданском законодательстве Швеции, Финляндии и Норвегии регулирование интересующего нас вопроса в целом одинаково в силу отсутствия в этих странах кодификации общей части обязательственного права и идентичности основных законов, регулирующих договорные отношения (Закон о контрактах и Закон о купле-продаже), которые в целом находятся под значительным влиянием норм Венской конвенции 1980 г. «О договорах международной купли-продажи товаров»¹⁴¹. Так, в ст. 10 и 49 законов о купле-продаже Швеции (1990 г.), Финляндии (1987 г.)¹⁴² и Норвегии (1988 г.)¹⁴³ предусматриваются правила, аналогичные тем, которые закреплены в вышеописанных ст. 14, 15 Закона о купле-продаже Дании. В качестве общего правила предусматривается правило одновременности исполнения сторонами обязательств по отгрузке и опла-

¹⁴⁰ Gomard B. *Obligationsret*. Vol. 2. 2nd ed. 1995. P. 71 ff. (ссылка на источник по: *Principles of European Contract Law*. P. 407).

¹⁴¹ Подробнее см.: Ramberg J. *The New Swedish Sales Law*. Rome, 1997 (доступно в Интернете по адресу: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/centro.htm>).

¹⁴² Английский перевод финского Закона о купле-продаже см. в Интернете по адресу: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1987/en19870355.pdf>.

¹⁴³ Английский перевод Закона о купле-продаже Норвегии см. в Интернете по адресу: <http://www.jus.uio.no/lm/norway.sog.act.1988>.

те, а также предусматривается право каждой из сторон воспользоваться механизмом *exceptio non adimpleti contractus*. Так же как и в Дании, в этих странах судебная практика распространила действие данных предписаний и на иные двусторонние договоры¹⁴⁴. Кроме того, в законодательстве этих стран можно найти положение, отсутствующее в законодательстве многих других европейских стран. Согласно ст. 42, 43 законов о купле-продаже Швеции, Финляндии и Норвегии в случае частичной поставки товара покупатель вправе приостановить оплату только соразмерной части договорной цены.

Согласно *Гражданскому кодексу Чехии* (ст. 560 ГК Чехии)¹⁴⁵ в двусторонних договорах сторона может требовать исполнения от контрагента только тогда, когда она сама либо уже исполнила свое встречное обязательство, либо готова исполнить его. Если же одна из сторон должна исполнить свое обязательство первой по очереди, то она вправе не осуществлять свое исполнение до получения от контрагента встречного исполнения или достаточного обеспечения, если встречное исполнение этого контрагента ставится под угрозу в связи с обстоятельствами, неизвестными стороне, обязанной исполнить договор первой, на момент заключения договора.

В соответствии с *Гражданским кодексом Венгрии*¹⁴⁶ (п. 1 ст. 280) если точный срок исполнения обязательств не предусмотрен, каждая из сторон вправе требовать одновременного встречного исполнения. Согласно п. 1 ст. 281 того же Кодекса в данном случае сторона не обязана осуществлять исполнение, пока другая сторона не предложит свое исполнение. При этом согласно п. 2 ст. 281 ГК Венгрии сторона, обязанная осуществить исполнение первой, вправе приостановить свое исполнение, если исполнение должно осуществляться по частям и контрагент медлит с осуществлением своего исполнения (видимо, имеется в виду исполнение по предыдущим частям), а также если встречное исполнение ставится под угрозу в связи с существенным ухудшением финансового положения контрагента и в некоторых других случаях. При этом право приостановить исполнение отпадает, если будет предоставлено достаточное обеспечение.

Достаточно внятное, не в пример многим вышеописанным правовым порядкам, правовое регулирование данного вопроса можно обнаружить в новом *граждан-*

¹⁴⁴ Ramberg Y., Herre J. Köplagen. Fritzes, 1995. P. 202 ff. (ссылка на источник по: Principles of European Contract Law. P. 407).

¹⁴⁵ Английский перевод ГК Чешской Республики см. в Интернете по адресу: <http://mujweb.cz/www/vaske/obcan1.htm>.

¹⁴⁶ Английский перевод ГК Венгрии см. в Интернете по адресу: <http://www.angelfire.com/mn2/reform-club/hck1.html>.

ском законодательстве КНР. Так же как и во всех известных нам странах мира (к сожалению, за исключением действующего пока законодательства РФ), согласно ст. 66 Закона КНР о контрактах 1999 г.¹⁴⁷ в случае, когда обе стороны договора имеют встречные обязательства и прямо не предусмотрена очередность исполнений, стороны обязаны осуществить исполнение договора одновременно. При этом в таком случае одна из сторон может требовать исполнения, только если она сама уже осуществила встречное исполнение в соответствии с условиями договора. Если такое исполнение не произведено или произведено с нарушением договорных условий, контрагент вправе приостановить свое встречное исполнение.

Важное преимущество китайского законодательства состоит в том, что оно прямо распространяет режим приостановления исполнения на ту ситуацию, когда двусторонний договор или закон прямо предусматривают очередность исполнения. В данном случае сторона, которая должна была исполнять свое обязательство второй по очереди, вправе приостановить свое исполнение, если сторона, которая должна была исполнять договор первой, не осуществляет исполнение или осуществляет его ненадлежащим образом (ст. 67 Закона КНР о контрактах). Если во многих европейских правовых порядках данное проявление механизма *exceptio* выводится *a fortiori* из правового регулирования ситуации одновременного исполнения, то китайский законодатель предельно конкретен и регулирует эти две ситуации отдельно.

В то же время правом приостановить свое исполнение обладает и та сторона, которая должна исполнять договор первой. Механизм применения этой стороной права приостановить свое исполнение детально регламентирован. Сторона, обязанная осуществить свое исполнение первой по очереди, вправе приостановить исполнение, если возникнут убедительные свидетельства того, что: 1) бизнес-возможности контрагента значительно ухудшились; 2) контрагент тайно выводит активы, чтобы избежать принудительного исполнения встречного обязательства; 3) подрывается деловая репутация контрагента; 4) имеют место иные обстоятельства, указывающие на то, что контрагент теряет или может потерять возможность исполнить договор.

Кроме того, в Законе прямо обозначается то, что в большинстве более старых европейских кодификаций лишь подразумевается. Согласно прямому указанию Закона (абз. 2 ст. 68 Закона КНР о контрактах) если контрагент, обязанный осуществить исполнение первым, ссылаясь на вышеуказанные обстоятельства, приостанавливает исполнение, но впоследствии не сможет убедительно подтвердить свои аргументы, он будет признан нарушителем договора и при-

¹⁴⁷ Английский перевод текста Закона о контрактах КНР см. в Интернете по адресу: <http://www.chinaiplaw.com/english/laws/laws2.htm>.

влечен к ответственности за просрочку. При этом если сторона, обязанная осуществить исполнение первой, пользуется своим правом приостановить свое исполнение на основании ст. 68 Закона, то контрагент может либо подтвердить свою способность исполнить встречное обязательство, тем самым лишив приостановление причитающегося ему исполнения достаточного юридического основания, либо предоставить убедительные гарантии, обеспечивающие встречное исполнение. В таком случае сторона, приостановившая исполнение, теряет право использования данного механизма и будет обязана исполнить (ст. 69 Закона КНР о контрактах).

Для того чтобы контрагент, обязанный осуществить встречное исполнение, мог своевременно воспользоваться своим правом предоставить такие гарантии или подтвердить свою способность исполнить договор иным образом, Закон требует от стороны, обязанной к первоначальному исполнению и желающей воспользоваться своим правом приостановить исполнение, немедленно уведомить контрагента о приостановке исполнения (ст. 69 Закона КНР о контрактах).

При этом если контрагент, получивший такое уведомление, не сможет подтвердить свою способность исполнить договор, развеяв все опасения стороны, желающей приостановить исполнение, или не предоставит нужные гарантии, то сторона, обязанная осуществить исполнение первой, получает в свой арсенал доступных средств защиты еще и право расторгнуть договор при условии, что в случае оспаривания она сможет доказать основательность своих опасений¹⁴⁸.

Признают институт приостановления исполнения на случай нарушения обязательства и правовые порядки так называемых стран со *смешанной правовой системой* (*mixed legal systems*). Так, прецедентное право таких стран, как ЮАР и Шотландия, применяет институт *exemption* в его европейском варианте¹⁴⁹. МакКуин (MacQueen) так обобщает подход шотландского права: 1) должник, нарушающий договор, не может заставить исполнять договор своего контрагента; 2) пострадавшая сторона вправе приостановить исполнение, пока нарушитель не исполнит свои обязательства или будет готов их исполнить; 3) эти последствия возникают, только если обязательства обеих сторон являются каузой по отношению друг к другу или носят характер встречных обязательств; 4) кредитор не вправе приостановить исполнение за абсолютно незначительное нарушение¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Подробнее см.: Wang K.H. *Chinese Commercial Law*. Oxford, 2000. P. 69.

¹⁴⁹ Подробнее см.: MacQueen H.L. *Remedies for Breach of Contract: The Future Development of Scots Law in its European and International Context* // *Law Review*. 1997. Vol. 1. P. 200–201; Clive E., Hutchison D. *Breach of Contract // Mixed Legal Systems in Comparative Perspective. Property and Obligations in Scotland and South Africa* / Ed. by R. Zimmermann, D. Visser, K. Reid. Oxford, 2004. P. 196–198.

¹⁵⁰ MacQueen H.L. *Op. cit.* P. 201.

Клайв (Clive) и Хатчисон (Hutchison), авторы одного из компаративных исследований средств защиты прав кредитора на случай нарушения договора в праве ЮАР и Шотландии, отмечая большую важность института приостановления встречного исполнения как метода самозащиты прав, обращают внимание на принципиальный нюанс, который часто упускается из виду, в том числе и российскими учеными. Когда в двустороннем договоре обязательства сторон, как это часто бывает, прямо взаимообусловлены, т.е. срок исполнения обязательства одной из сторон наступает только после исполнения договора другой стороной, нет абсолютно никакой необходимости в предоставлении пострадавшей стороне, не получившей предшествующее исполнение, какого-либо специального права на приостановление. В этом случае обязательство пострадавшей стороны просто не созревает, не подлежит истребованию без каких-либо специальных с ее стороны действий. Приостановление исполнения как средство защиты, по справедливому мнению данных авторов, является востребованным только в тех случаях, когда стороны в контракте прямо не взаимообусловили свои обязательства¹⁵¹. В ЮАР это средство защиты называется обычно *withholding of performance*, в Шотландии – *suspension of performance* или *retention*.

В ЮАР крайне сложный, как мы видели из анализа континентально-европейского и общего права, вопрос о том, как определяется встречность (зависимость) обязательств сторон, решается с учетом воли сторон, как она очевидно следует из текста контракта и всех релевантных обстоятельств. При этом в литературе указывается на презумпцию взаимообусловленности обязательств сторон двустороннего договора¹⁵².

В отношении права приостановления исполнения на случай предвидимого нарушения (*anticipatory breach*) в шотландском праве отмечается некоторая неопределенность. В ЮАР же право на приостановление в случае *anticipatory breach* было признано (при определенных условиях) в делах *Erasmus v. Pienaar* (1984) и *Moodly v. Moodley* (1990) на случай прямого отказа (repudiation) должника от исполнения своего обязательства в согласованный срок. В этом случае кредитор вправе приостановить свое исполнение до тех пор, пока должник не подтвердит свою готовность и возможность исполнить свое обязательство, когда наступит согласованный сторонами срок для его исполнения¹⁵³.

Другая проблема встала перед южноафриканскими и шотландскими юристами в связи с необходимостью ответить на вопрос о том, получает ли кредитор

¹⁵¹ Clive E., Hutchison D. Op. cit. P. 196.

¹⁵² Bonthuys E. Reciprocity in Relation to the Exceptio Non Adimpleti Contractus: The Intention of the Parties // Journal of South African Law. 2001. P. 181.

¹⁵³ Clive E., Hutchison D. Op. cit. P. 197.

право приостановить исполнение в случае ненадлежащего исполнения должником своего обязательства. Как и везде в мире, здесь допускается использование механизма приостановления, но при этом возникают сложности с разрешением коллизий, когда обязательство исполнено с незначительными дефектами. Так, в ЮАР изначальная позиция строилась на основе *perfect tender rule*, т.е. кредитор вправе приостановить исполнение даже в случае незначительного дефекта в исполнении (правда, за исключением совсем тривиальных нарушений)¹⁵⁴. Но впоследствии суды (как и их коллеги в странах общего права) были вынуждены несколько добавить гибкости в свою практику.

Так, например, в случае если должник осуществил неполное исполнение, кредитор не вправе приостановить все свое встречное исполнение, если он использовал полученную от должника часть по назначению. В последнем случае кредитор вправе приостановить исполнение только пропорционально неполученному¹⁵⁵. Кроме того, если исполнение договора осуществляется по частям (например, товар поставляется партиями), то кредитор вправе использовать механизм *exsertio* в отношении той части, которая была нарушена должником, будучи обязанным продолжать исполнение договора в отношении остальных частей¹⁵⁶.

Согласно *гражданскому праву Японии*¹⁵⁷ все договоры подразделяются на двусторонние, т.е. те, которые опосредуют обмен материальными ценностями, и односторонние, которые предполагают, что лишь одна из сторон обязана передать контрагенту некую материальную ценность. При этом к последним относятся не только те договоры, которые возлагают обязательства только на одну из сторон. Как указывается в литературе, к односторонним договорам относятся и такие договоры, которые хотя и возлагают обязательства на обе стороны, но подразумевают, что обязательства только одной из сторон направлены на передачу некоей материальной ценности контрагенту. Так, например, договор безвозмездного пользования может возлагать на ссудодателя обязанность предоставить вещь в пользование, а на ссудополучателя — вернуть ее. В такого рода договорах обязанности есть у каждой из сторон, но договор считается односторонним, так как только ссудополучатель в результате его исполнения получает

¹⁵⁴ *Christie R.H.* The Law of Contract in South Africa. Butterworths, 2001. P. 468; *Bonthuys E.* Op. cit. P. 183.

¹⁵⁵ На дело *BK Tooling (Edms) Bpk v. Sxope Precision Engineering (Edms) Bpk* (1979) ссылаются *E. Clive* и *D. Hutchison* (см.: *Clive E., Hutchison D.* Op. cit. P. 198; также см.: *Zimmerman R.* Op. cit. P. 801–802).

¹⁵⁶ *Bonthuys E.* Op. cit. P. 183.

¹⁵⁷ Информация о гражданском праве Японии почерпнута автором из переводной книги, изданной более 20 лет назад (*Вагацума С., Ариидзуми Т.* Гражданское право Японии: В 2 кн. М., 1983), поэтому данные о действующем японском праве могут в некоторых случаях оказаться устаревшими. Более свежих переводных источников в распоряжении автора, к сожалению, не оказалось.

некую материальную выгоду¹⁵⁸. В правовом дискурсе континентальной Европы такого рода договоры скорее всего обозначали бы как несовершененно синаллагматические.

Что касается интересующего нас вопроса, то он урегулирован в ГК Японии в ст. 533 ГК. Если обязательства по двустороннему договору направлены на обмен материальными ценностями, то считается, что обязательства носят взаимообусловленный характер. При этом взаимообусловленность видится японским юристам не в том, что одна сторона должна исполнять свое обязательство только при условии осуществления своего обязательства контрагентом, как нередко ошибочно думают некоторые российские юристы, а в том, что «одно обязательство существует лишь постольку, поскольку существует другое»¹⁵⁹. Из этой имманентно присущей двусторонним договорам взаимообусловленности, которую европейские юристы обозначили бы как синаллагма, вытекает, в частности, что неисполнение одной из сторон своего обязательства дает контрагенту право не исполнять свое. Данное право обозначается в японском праве как возражение в отношении одновременного исполнения и имеет, как отмечается в литературе, природу, аналогичную праву удержания¹⁶⁰.

Иначе говоря, как и во многих других странах, институт *exceptio non adimpleti contractus* выводится на законодательном уровне исключительно применительно к случаю одновременного исполнения. Ситуация, когда обязательство не исполняет сторона, обязанная осуществить исполнение первой, в отличие от китайского законодательства, здесь прямо не упоминается. Но очевидно, что а *fortiori* право приостановить встречное исполнение признается и в этом случае.

Если договор прямо не предписывает, что одна из сторон должна исполнить договор первой, и одна из сторон, обязанная к одновременному обмену, не осуществляет исполнение, ссылаясь на предусмотренное в ст. 533 ГК Японии право возражения, то юридическое основание для применения этого права отпадет тогда, когда другая сторона либо осуществит свое встречное исполнение, либо сделает предложение об исполнении. При этом в литературе отмечается, что предложение должно быть реальным, что означает, что контрагент должен совершить все необходимые действия по подготовке исполнения и предложить принять данное исполнение. Хотя в порядке исключения данное предложение может быть осуществлено в порядке устного извещения о готовности к исполнению. Последний вариант возможен, если сторона, приостановившая свое исполнение, прямо заявляет о том, что она не примет встречное исполнение, а

¹⁵⁸ Вагацума С., Ариидзуми Т. Указ. соч. Кн. 2. С. 24.

¹⁵⁹ Там же. С. 35.

¹⁶⁰ Там же. С. 36.

также если для реализации исполнения встречного обязательства требуются определенные действия этой стороны¹⁶¹.

В литературе отмечается, что право на применение данного механизма возражения предоставляется и в тех случаях, когда имело место исполнение обязательства не в полном объеме. В данном случае кредитор, получивший лишь часть положенного, вправе приостановить свое исполнение лишь пропорционально неполученному. Но в тех случаях, когда получение лишь части положенного кредитором исполнения «ведет к утрате важного элемента цели обязательства», кредитор вправе приостановить все свое встречное исполнение. При этом критерий «утраты элемента цели обязательства» определяется на основе принципов добросовестности и справедливости¹⁶². Нечто похожее, но выраженное иными словами, как мы видели, отражается и в праве многих других развитых стран, к которым Россия, к сожалению, не относится в силу того, что соответствующая норма ст. 328 ГК РФ не вводит четкого критерия, позволяющего урегулировать возможность выбора между пропорциональным и непропорциональным приостановлением на случай предоставления исполнения не в полном объеме.

Что же касается последствий применения кредитором механизма возражения, то, как отмечается, в Японии, как и в Германии, заявление контрагентом данного возражения не препятствует предъявлению и удовлетворению предъявленного к нему иска об исполнении обязательства. Суть данного механизма состоит в том, что в ответ на такое возражение суд выносит решение об одновременном исполнении¹⁶³.

7. Международные источники унификации договорного права

Венская конвенция 1980 г.

Одной из важнейших практических особенностей международного оборота является низкий уровень защищенности прав контрагентов. При нарушении контракта судебное преследование нарушителя значительно усложняется с учетом необходимости судиться за рубежом, добиваться приведения решений в исполнение, тратить значительные средства на сопровождение процесса. Соответственно, нет ничего удивительного в том, что в сфере международной торговли очень востребованными являются эффективные механизмы самозащиты права, на что не раз обращалось внимание в литературе¹⁶⁴.

¹⁶¹ Там же. С. 36; Кн. 1. С. 330–331.

¹⁶² Там же. Кн. 2. С. 36.

¹⁶³ Там же. С. 36–37.

¹⁶⁴ *Nyer D. Op. cit. P. 31.*

Приостановление встречного исполнения, безусловно, является одним из таких механизмов.

Специфика Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров (далее – ВК или Венская конвенция) проявляется в узкой специализации ее норм, направленных на регулирование отношений сторон исключительно по договору купли-продажи. Соответственно, универсальных положений о праве кредитора приостановить исполнение в данном документе нет. Тем не менее интересующее нас средство защиты кредитора отражено в тексте ВК в отдельных нормах, регулирующих права покупателя или продавца.

Так, согласно ст. 58 ВК, если иное не закреплено в договоре, покупатель обязан платить за товар в момент предоставления продавцом оговоренных товаров или товарораспорядительных документов (например, коносамента или складского свидетельства¹⁶⁵) в распоряжение покупателя, а продавец при этом вправе обусловить передачу товара или указанных документов осуществлением такого платежа¹⁶⁶. По сути данная норма устанавливает известное большинству европейских стран правило о том, что по общему правилу осуществление встречных обязательств в рамках синалагматического договора должно осуществляться одновременно, если четкий порядок исполнения не предусмотрен договором. На это прямо указывается в комментариях к данной статье¹⁶⁷. В реальном международном коммерческом обороте эта одновременность (если ее, конечно, понимать не буквально) часто обеспечивается посредством аккредитивной формы расчетов, которая гарантирует продавцу, что, отгрузив товар и получив соответствующие отгрузочные документы, он получит оплату, передав эти документы в соответствующий банк, а также гарантирует покупателю, что продавец не получит оплату, не отгрузив товар¹⁶⁸.

Формулировки данной статьи позволяют говорить о том, что в случае непоставки товара или непредоставления товарораспорядительных документов у

¹⁶⁵ Guide to CISG Article 58. Secretariat Commentary (closest counterpart to an Official Commentary) (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁶⁶ Практику применения данных положений международными коммерческими арбитражами и государственными судами различных стран см.: The UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods. A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/58 (8 June 2004) (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁶⁷ Enderlein F., Maskow D. International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. N.Y., 1992. P. 221 (опубликовано в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>); Lookofsky J. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods // International Encyclopedia of Laws – Contracts, Suppl. 29 (December 2000). The Hague, 2000. P. 130 (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁶⁸ Подробнее см.: Honnold J.O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 3rd ed. The Hague, 1999. P. 368–369 (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

покупателя просто не возникает обязательство платить, если авансирование не предусмотрено договором, а у продавца, если это не оговорено контрактом, нет обязанности передавать товар или товарораспорядительные документы в кредит (т.е. до момента получения оплаты).

Но здесь речь идет исключительно о встречных обязательствах по поставке и оплате. Применение данного механизма к другим обязательствам, которые могут вытекать из договора купли-продажи, напрямую в ВК не предусмотрено. На данный аспект обращается внимание в литературе. При этом зачастую указывается на трудность выведения общего правила о пределах применения механизма *exceptio non adimpleti contractus* к иным обязательствам договора. Так, например, известный комментатор ВК Маскоу (Maskow) считает, что такого рода сложные вопросы в силу отсутствия четких норм ВК должны решаться с применением национального законодательства¹⁶⁹.

Венская конвенция прямо не регулирует и тот случай, когда в договоре предусмотрена очередность исполнения и та сторона, которая должна исполнить первой, не осуществляет исполнение. Тем не менее из формулировки ст. 50 *à fortiori* следует, что разработчики ВК, видимо, исходили из того, что в таком случае у стороны, обязанной осуществить исполнение второй по очереди, тем более не возникает необходимости исполнить свое обязательство. Так, например, в одном из рассмотренных дел Международный арбитражный суд при Международной торговой палате признал в качестве общеправового принципа, применяемого в случае отсутствия прямого регулирования того или иного вопроса в тексте ВК, норму, закрепленную в ст. 7.1.3 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА. Согласно данной норме, как мы дальше покажем, в отличие от ВК прямо предусматривается право кредитора, обязанного исполнить договор после контрагента, приостановить свое исполнение в случае неполучения причитающегося ему исполнения¹⁷⁰.

Кроме того, есть еще целый ряд иных вопросов, связанных с правом кредитора приостановить исполнение и не предусмотренных нормами ВК. В частности, не решается вопрос о том, возникает ли у покупателя обязательство по оплате в случае поставки дефектного товара. Подобные вопросы разрешаются арбитражами и судами при рассмотрении внешнеторговых споров с применением либо национального права, либо *lex mercatoria*.

Но помимо достаточно общего, как мы видели, регулирования вопроса о праве кредитора, не получившего исполнения, на использование механизма

¹⁶⁹ Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law. Milan, 1987 (commentary to Article 58 by D. Maskow). P. 428–429 (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁷⁰ Решение Международного арбитражного суда при Международной торговой палате № 8547 (ICC Arbitration Case No. 8547 of 1999) (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

exceptio non adimpleti contractus в тексте ВК есть достаточно детальное регулирование права должника, обязанного осуществить исполнение первым по очереди, на приостановление своего исполнения на случай предвидимого нарушения со стороны контрагента. Речь идет о ст. 71 ВК. Согласно п. 1 данной статьи сторона может приостановить исполнение своих обязательств, если после заключения договора становится очевидно, что другая сторона не исполнит значительной части своих обязательств в результате: 1) серьезного недостатка в ее способности осуществить исполнение или в ее кредитоспособности или 2) ее поведения при подготовке исполнения или при осуществлении исполнения договора. В частности, речь может идти о таких проблемах, как забастовка, политические беспорядки, падение производства в связи с пожаром, неудача в получении должником запланированного обеспечения (например, банковской гарантии), введение процедуры банкротства, и других обстоятельствах, которые ставят под серьезное сомнение способность контрагента осуществить встречное исполнение. Некоторые комментаторы считают, что в качестве таких оснований может рассматриваться даже нарушение другого договора¹⁷¹. Иначе говоря, речь идет о праве на приостановление исполнения на случай предвидимого нарушения (anticipatory breach). Очевидно, таким правом может воспользоваться либо та сторона, которая должна исполнить договор первой по очереди¹⁷², либо та сторона, которая должна осуществить одновременный обмен.

Данное право просто необходимо стороне, обязанной к «предшествующему» исполнению, в целях защиты своих справедливых интересов. Данная сторона несет существенный риск кредитования контрагента без гарантий получения встречного исполнения. В условиях международной торговли данный риск значительно увеличивается в силу понятных сложностей процессуального обеспечения прав участников договора. Соответственно, сторона, обязанная к предоставлению коммерческого кредита в виде выплаты предоплаты или поставки товара в кредит, должна быть адекватно защищена на случай, когда после заключения договора появляются обоснованные сомнения в том, что встречное исполнение произойдет.

В п. 2 ст. 71 ВК решается технический вопрос о том, в каком виде может применяться право на приостановление исполнения в случае, когда товар уже отправлен в адрес покупателя, но еще ему не передан. В таком случае согласно данной норме продавец вправе воспрепятствовать передаче товара покупателю даже тогда, когда у последнего имеются на руках все необходимые документы, дающие ему право на получение груза в пункте назначения.

¹⁷¹ Ziegler A. von. The Right of Suspension and Stoppage in Transit (and Notification Thereof) // Journal of Law and Commerce. 2005–2006. № 25. P. 359 (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁷² Enderlein F., Maskow D. Op. cit. P. 283–284 (опубликовано в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

Наконец, в п. 3 ст. 71 ВК предусматривается крайне важное требование о необходимости немедленного извещения контрагента о том, что сторона решила воспользоваться своим правом на приостановление исполнения. В литературе отмечается, что хотя это прямо в ст. 71 ВК и не указано, но в силу принципа добросовестности в данном извещении должны быть обозначены основания приостановления¹⁷³.

Такое мотивированное извещение дает контрагенту, чье будущее исполнение подвергнуто сомнению, шанс лишить приостановление юридического основания и «реанимировать» исполнение договора. Для этого ему согласно п. 3 ст. 71 ВК требуется после получения данного извещения предоставить достаточные гарантии того, что в назначенный срок он свое встречное исполнение осуществит. Достаточные гарантии должны быть реальными и адекватными обстоятельствам дела. В каждом конкретном случае то, что может являться достаточной гарантией будущего исполнения, определяется с учетом конкретных обстоятельств, принципа разумности и характера того обстоятельства, которое было положено в основание приостановления. Так, например, в литературе приводится пример, когда основанием приостановления становится информация о неполучении продавцом разрешительных документов на экспорт товара. В данном случае достаточной гарантией может быть извещение покупателя, приостановившего выплату аванса, о том, что такие разрешения все же были получены (например, со ссылками на исходные данные соответствующей разрешительной документации), а следовательно, вероятность непоставки товара в срок отпала¹⁷⁴.

Таким образом, простых обещаний, как правило, недостаточно¹⁷⁵, но в своем ответе на извещение о приостановлении сторона, обязанная осуществить встречное исполнение, вправе опровергнуть опасения, сообщив, например, о ложности имеющейся у другой стороны информации или сообщив об изменении обстоятельств. Впоследствии наличие этого опровержения может использоваться судом при оценке очевидности и степени вероятности предполагаемого нарушения. Так, например, если поводом для приостановления стала информация о начавшейся забастовке, то достаточной гарантией будет доведение до своего партнера достоверной информации о прекращении забастовки¹⁷⁶.

¹⁷³ Ibid. P. 288–289.

¹⁷⁴ Ibid. P. 289–290.

¹⁷⁵ Honnold J.O. Op. cit. P. 433–434; Ziegler A. von. Op. cit. P. 371.

¹⁷⁶ Bennet T. Commentary to Article 71 // Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law. Milan, 1987. P. 521–522.

Кроме того, в качестве такой гарантии может быть предложено досрочное встречное исполнение¹⁷⁷.

Если основанием для приостановления было заявление контрагента о том, что он отказывается осуществлять встречное исполнение в будущем, то дезавуирование впоследствии данного заявления, по мнению ряда авторов, может являться достаточной гарантией¹⁷⁸.

Очевидно, что в качестве достаточных гарантий могут выступать и такие средства обеспечения, как поручительство или банковская гарантия¹⁷⁹.

Таким образом, цель предоставления таких гарантий состоит либо в том, чтобы предоставить достаточное обеспечение прав контрагента на случай, если его опасения подтвердятся и встречное исполнение не произойдет (например, банковская гарантия), либо в том, что эти опасения были беспочвенны изначально или стали беспочвенными впоследствии.

При этом крайне важно отметить, что гарантии будут считаться достаточными, даже если они не гарантируют, что нарушение не произойдет, но при этом гарантируют, что исполнение будет осуществлено, хотя бы и с незначительными нарушениями (например, с небольшой просрочкой). Как отмечает известный комментатор ВК Хоннольд (Honnold), гарантия на основании п. 3 ст. 71 ВК будет считаться адекватной (достаточной), даже если она подразумевает незначительное несоответствие между вероятным исполнением и согласованными условиями¹⁸⁰. В таком случае, несмотря на то что гарантия не исключает нарушение, она опровергает его значительный характер. Этого достаточно, чтобы приостановление исполнения потеряло юридическое основание.

Следует заметить, что если опасения, ставшие основанием для приостановления, были обоснованы, а контрагент в ответ на извещение о приостановлении достаточных гарантий не предоставляет, то степень вероятности будущего нарушения увеличивается, что может дать стороне, приостановившей исполнение, дополнительные аргументы в пользу обоснованности уже расторжения договора. Переход к стадии расторжения договора в случае предвидимого нарушения урегулирован отдельно ст. 72 ВК¹⁸¹.

В ВК отсутствуют четкие нормы в отношении того, в течение какого времени контрагент, приостановивший исполнение, все же обязан исполнение осу-

¹⁷⁷ Enderlein F., Maskow D. Op. cit. P. 288–289 (опубликовано в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁷⁸ Bennet T. Op. cit. P. 521–522.

¹⁷⁹ Enderlein F., Maskow D. Op. cit. P. 288–289 (опубликовано в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁸⁰ Honnold J.O. Op. cit. P. 434–435 (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁸¹ Ibid. P. 288–289.

ществить после предоставления ему достаточных гарантий будущего встречного исполнения. В литературе отмечается, что эта сторона вправе отсрочить исполнение на то время, в течение которого исполнение было обоснованно приостановлено. Например, продавец должен был отгрузить товар в течение 30 дней с момента заключения договора, но на 10-й день после его заключения у продавца появились основания приостановить исполнение на основании п. 1 ст. 71 ВК, и он в этот же день уведомил покупателя о реализации этого права. Впоследствии на 25-й день с момента заключения договора покупатель предоставил продавцу достаточную гарантию будущей оплаты, и согласно п. 3 ст. 71 ВК продавец потерял право на дальнейшее удержание исполнения и должен приступить к отгрузке. Соответственно, с момента приостановления исполнения и до момента предоставления достаточных гарантий прошло 15 дней. Таким образом, сверх оставшихся пяти из обусловленных в договоре 30 дней для поставки товара у продавца есть еще 15 дней, в течение которых течение срока на поставку приостанавливалось на основании п. 1 ст. 71 ВК. Но в других источниках указывается на то, что в некоторых случаях этот срок может быть короче¹⁸².

Применение предусмотренного в ст. 71 ВК режима приостановления на случай предвидимого нарушения и другие вопросы, прямо в тексте ВК не урегулированные. Так, п. 1 ст. 71 ВК требует, чтобы предвидимое нарушение касалось значительной части обязательств контрагента. Это означает, что далеко не любое предвидимое нарушение дает право на приостановку исполнения, а только достаточно серьезное. Но неминуемо встает вопрос о соотношении данного критерия с общим критерием существенности нарушения, который согласно ст. 25 ВК является условием допустимости расторжения. В комментариях отмечается, что критерий значительности нарушения применительно к праву на приостановление исполнения носит менее строгий характер, чем критерий существенности нарушения для целей расторжения¹⁸³. Иначе говоря, предвидимое нарушение не обязательно должно представлять собой существенное нарушение¹⁸⁴.

Согласно ст. 72 ВК в случае предвидимого нарушения контрагент вправе вместо приостановки исполнения расторгнуть договор окончательно. Но для этого требуется, чтобы нарушение было существенным, т.е. согласно определению, данному в ст. 25 ВК, влекло за собой «такой вред для другой стороны, что последняя в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать на основании договора...». Соответственно, одно и то же предвидимое на-

¹⁸² Ibid. P. 289–290.

¹⁸³ Ziegler A. von. Op. cit. P. 353–354.

¹⁸⁴ Bennet T. Op. cit. P. 521–522; Nyer D. Op. cit. P. 77–78.

рушение может оправдывать приостановление исполнения, но не оправдывать расторжение договора, которое, как известно, согласно ст. 72, 73 ВК также возможно на случай предвидимого нарушения¹⁸⁵.

При разработке ВК были предложения объединить нормы о праве приостановить исполнение и расторгнуть договор на случай предвидимого нарушения. Но эти предложения были отвергнуты, что следует признать разумным с учетом того, что, как было сказано выше, критерии допустимости использования данных мер различаются. Остается только сожалеть, что отечественный законодатель не пошел этим путем и зачем-то смешал в рамках одной нормы (п. 2 ст. 328 ГК РФ) и право на приостановление исполнения в случае предвидимого нарушения, и право на расторжение договора на тот же самый случай, да еще для экономии в рамки того же предложения уместил право кредитора приостановить исполнение или расторгнуть договор на случай уже состоявшегося нарушения, что на практике создает массу абсолютно ненужных сложностей с применением этих различных режимов защиты.

Вопрос о том, насколько предвидимое нарушение «очевидно» для оправдания приостановления, зависит от всего комплекса обстоятельств дела и по определению не может быть разрешен в виде некоей формулы закона. Как указывается в литературе, вопрос о том, произойдет или нет нарушение в будущем, не может быть предрешен однозначно с учетом природной неопределенности любых прогнозов на будущее. Даже тогда, когда сторона прямо заявляет о том, что она не исполнит договор, теоретически ничто не исключает, что впоследствии она передумает и в назначенный срок исполнение произведет. Поэтому использование в ст. 71 ВК фразы «становится очевидным» (*becomes apparent*) подразумевает, что нарушение произойдет с достаточно высокой степенью вероятности¹⁸⁶. Эта степень вероятности не должна быть низка настолько, что сравнивается со стандартной вероятностью любых возможных событий, но и не должна быть велика настолько, чтобы можно было бы говорить о невозможности исполнения. Как указывается в литературе, абсолютная предопределенность будущего нарушения не требуется¹⁸⁷.

При этом оценка этой вероятности должна осуществляться объективно, а не субъективно. Будущее нарушение должно быть очевидно любому разумному лицу на месте стороны, приостанавливающей исполнение. Субъектив-

¹⁸⁵ Enderlein F., Maskow D. Op. cit. P. 284–285.

¹⁸⁶ Подробнее см.: Ziegler A. von. Op. cit. P. 357–359.

¹⁸⁷ Liu C. Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law. 2nd ed. (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>); Enderlein F., Maskow D. Op. cit. P. 284–285 (опубликовано в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

ные страхи и беспочвенные подозрения приниматься в расчет не могут¹⁸⁸. Данное уточнение в некоторой степени уменьшает имманентно присущую данному правовому инструменту неопределенность и некоторую непредсказуемость. Контрагент, желающий воспользоваться таким правом, должен быть готов, если понадобится, доказать в суде как обоснованность своих опасений, так и объективно достаточную степень вероятности предвидимого нарушения¹⁸⁹.

Крайне интересно отметить, что согласно ст. 72 ВК в ситуации, аналогичной той, которая описана в ст. 71 ВК, сторона вправе расторгнуть договор, ссылаясь на предвидимое нарушение встречного обязательства, при условии, что становится ясно (*it is clear*), что произойдет нарушение встречного обязательства. При этом, напомним, ст. 71 ВК, дающая право на приостановление исполнения, говорит об очевидности (*it becomes apparent*) будущего нарушения. Многие комментаторы за этим различием в терминологии видят разную степень необходимой вероятности, которая может быть обоснована тем, что расторжение договора является более радикальным и тяжелым для контрагента, чье исполнение поставлено под сомнение, сценарием и, соответственно, вполне может предъявлять повышенные требования к необходимой степени вероятности будущего нарушения¹⁹⁰. Так, согласно распространенному мнению данный разницей в терминах означает, что в части необходимого уровня вероятности требования к приостановлению исполнения являются несколько менее строгими, чем требования, предъявляемые ст. 72 ВК к возможности расторгнуть договор¹⁹¹. В то же время другие авторы оспаривают необходимость выделения нескольких уровней вероятности будущего нарушения на основании различных терминов, употребленных в тексте ст. 71 и 72 ВК¹⁹².

При этом из текста п. 1 ст. 71 ВК вытекает, что обстоятельства, ставящие под сомнение встречное исполнение, могут приниматься во внимание, только если они стали очевидными для контрагента после заключения договора. Если он знал или должен был знать об этих обстоятельствах при заключении договора, то ссылаться на них при доказывании очевидности предвидимого нарушения по понятным причинам нельзя. При этом вполне возможно, что сами

¹⁸⁸ Honnold J.O. Op. cit. P. 428–429 (текст доступен в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁸⁹ Подробнее см.: Ziegler A. von. Op. cit. P. 358.

¹⁹⁰ Liu C. Op. cit.

¹⁹¹ Подробнее см.: Enderlein F., Maskow D. Op. cit. P. 284–285 (опубликовано в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

¹⁹² Schlechtriem P. Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 1986. P. 95–96 (опубликовано в Интернете по адресу: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

эти обстоятельства на момент заключения договора имели место. Таким образом, главное, чтобы на момент заключения договора о них не было и не должно было быть известно стороне, которая впоследствии попытается приостановить свое исполнение¹⁹³. Иначе воспользоваться своим правом приостановить исполнение эта сторона не вправе. Так, если при заключении договора стороне, обязанной осуществить исполнение первой, было или должно было быть очевидно, что у контрагента сложное финансовое положение, то впоследствии при желании приостановить исполнение этой стороне придется быть готовой доказывать, что высокая вероятность будущего нарушения вытекает из иных обстоятельств, которые стали ей известны уже после заключения договора, либо связана с дальнейшим значительным ухудшением кредитоспособности контрагента¹⁹⁴.

Не регулирует ВК и вопрос о том, в каких случаях право приостановить исполнение исчезает и контрагент становится обязанным свое исполнение осуществить. Тем не менее очевидно, что условие, которое дезавуирует право на приостановление исполнения, может состоять в (1) осуществлении встречного исполнения, (2) предоставлении достаточных гарантий согласно п. 2 ст. 71 ВК или (3) объективном исчезновении оснований, ставящих под сомнение осуществление встречного исполнения (например, отмена процедуры банкротства).

Подытоживая анализ предусмотренного в ВК права на приостановление исполнения на случай предвидимого нарушения, следует заметить следующее. В принципе если мы вспомним вышеприведенный анализ зарубежного законодательства, то станет понятным, что эти положения ВК не взялись «ниоткуда», а естественным образом вытекают из достаточно распространенных в развитых странах положений законодательства и судебной практики (например, ст. 321 ПГУ, ст. 2-609 ЕТК и др.)¹⁹⁵. В связи с этим удивительно, что в нашей стране до сих пор признание права стороны, обязанной осуществить исполнение первой по очереди, на приостановление своего исполнения на случай предвидимого неисполнения встречного обязательства вызывает некоторое замешательство среди цивилистов. Это особенно странно, учитывая то, что нормы действующего ГК (ст. 328 ГК РФ) позволяют без труда обосновать положение, по существу аналогичное норме п. 1 ст. 71 ВК и положениям законодательства многих стран мира¹⁹⁶.

¹⁹³ Enderlein F., Maskow D. Op. cit. P. 283–284.

¹⁹⁴ Подробнее см.: Ziegler A. von. Op. cit. P. 368.

¹⁹⁵ Подробнее о соотношении ст. 71 ВК и норм национального законодательства Германии и США см.: Bennet T. P. 518–519.

¹⁹⁶ См., например: Сербаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 514–515.

Принципы УНИДРУА

Согласно Принципам международных коммерческих договоров, разработанным Международным институтом унификации частного права УНИДРУА (далее – Принципы УНИДРУА), «в той степени, в которой стороны могут осуществить исполнение одновременно, они обязаны осуществить его одновременно, если обстоятельства не указывают на иное» (п. 1 ст. 6.1.4). Иначе говоря, здесь предусматривается известный большинству стран принцип, согласно которому по общему правилу стороны двустороннего договора обязаны обменяться исполнениями одновременно.

При этом согласно п. 2 той же статьи «в той степени, в которой для исполнения лишь одной стороной требуется период времени, эта сторона обязана осуществить свое исполнение первой, если обстоятельства не указывают на иное». По сути данная норма отражает достаточно распространенный в зарубежном праве общий подход, который требует, чтобы длящееся по времени исполнение осуществлялось вперед, а оплата или иное встречное исполнение, которое может быть осуществлено одномоментно, производились потом. Безусловно, такой подход носит достаточно условный характер, учитывая, что любое исполнение требует определенного времени. Тем не менее без такой общей нормы достаточно трудно определить порядок исполнения по договорам, в отношении которых нет прямой нормы закона, а стороны не включили очередность исполнения в текст договора. По существу российский законодатель исходил из той же самой идеи, когда включал в ГК нормы, устанавливающие, что оплата работ, услуг, аренды осуществляется после выполнения соответствующего обязательства. Но, к сожалению, общей нормы, которая закреплена в п. 2 ст. 6.1.4 Принципов УНИДРУА и которая могла бы применяться ко всем непоименованным договорам, а также к договорам, в отношении которых специальных норм законодатель не предусмотрел, отечественный Кодекс не содержит.

Имеется в Принципах УНИДРУА и четкое правовое регулирование непосредственно интересующего нас института приостановления встречного исполнения. Согласно п. 1 ст. 7.1.3 предусматривается классический институт *excursio non adimpleti contractus* применительно к режиму одновременного исполнения. Согласно данной норме «если стороны обязаны исполнить свои обязательства одновременно, любая из них может приостановить исполнение до тех пор, пока другая сторона не предложит своего исполнения».

Важной особенностью данного документа является включение в Принципы четкой нормы, которая распространяет применение института *excursio* и на тот случай, когда договор не исполняет та сторона, которая должна была исполнять его первой по очереди. В таком случае согласно п. 2 ст. 7.1.3 кредитор вправе приостановить встречное исполнение до тех пор, пока должник не произведет просроченное исполнение. Как уже отмечалось, во многих странах данный

вывод подразумевается а fortiori или объясняется тем, что встречное обязательство кредитора просто не возникает при неосуществлении предшествующего исполнения. Здесь же это право кредитора прямо закреплено. В официальных комментариях указывается, что кредитор вправе воспользоваться в такой ситуации механизмом *excertio в качестве средства правовой защиты*¹⁹⁷.

Кроме того, Принципы УНИДРУА содержат норму о праве на приостановление в случае предвидимого нарушения, схожую со ст. 71 ВК. Согласно ст. 7.3.4 Принципов УНИДРУА «сторона, которая разумно полагает, что другая сторона допустит существенное нарушение, может потребовать соответствующего обеспечения будущего исполнения и до получения соответствующего обеспечения вправе приостановить свое исполнение. В случае непредоставления такого обеспечения в разумный срок кредитор вправе расторгнуть договор». Речь идет о ситуации, когда срок исполнения обязательства одной из сторон наступил, но эта сторона обоснованно предвидит, что встречное исполнение она скорее всего не получит либо получит с существенными недостатками. В такой ситуации разработчики Принципов дают первой стороне право приостановить исполнение и потребовать дополнительных гарантий встречного исполнения.

В комментариях указывается, что вопрос о том, чем может являться надлежащее обеспечение (или, как указывается в русском переводе, «заверение»), зависит от обстоятельств дела. В некоторых случаях будет достаточно простого заявления контрагента с обещанием исполнить договор в срок, а в других случаях адекватным степени угрозы будет предоставление гарантии третьего лица¹⁹⁸. Крайне важно отметить, что, в отличие от крайне неудачного аналогичного положения отечественного ГК и несколько двусмысленных положений ВК, в данной норме Принципов прямо указывается на то, что предвидимое нарушение для оправдания приостановления должно носить существенный характер. Если, например, предвидится лишь незначительная просрочка, то контрагент не вправе приостановить свое исполнение. В целом, как указывается в литературе, правовое регулирование данной модели использования механизма приостановления в целом соответствует подходам, предусмотренным в ВК, а различия носят частный характер¹⁹⁹.

Принципы европейского контрактного права

Принципы европейского контрактного права (далее — Принципы ЕКП) представляют собой несколько отличное сочетание известных разным странам

¹⁹⁷ Принципы международных коммерческих договоров. М., 2003. С. 176.

¹⁹⁸ Там же. С. 209–210.

¹⁹⁹ *Eiselen S.* Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May be Used to Interpret or Supplement Articles 71 and 72 of the CISG // <http://www.cisg.law.pace.edu>.

подходов, которые тем не менее в целом достаточно близки описанным выше положениям Принципов УНИДРУА²⁰⁰. Так, согласно ст. 7:104 Принципов ЕКП презюмируется, что стороны должны обмениваться исполнениями одновременно, если это возможно и обстоятельства не диктуют иного решения. Но, в отличие от Принципов УНИДРУА здесь нет правила о том, что исполнение, требующее большего времени, должно осуществляться вначале. По замыслу разработчиков те случаи, когда обстоятельства могут требовать четкой последовательности исполнения договора, должны определяться обычаями делового оборота²⁰¹.

Принципы ЕКП прямо называют приостановление исполнения особым средством защиты прав кредитора (*remedy*) и посвящают ему ст. 9:201. Согласно данной статье сторона, которая должна осуществить свое исполнение одновременно или после осуществления исполнения контрагентом, вправе приостановить исполнение до тех пор, пока контрагент не осуществит исполнение или не сделает предложение исполнения (*tender of performance*). Особенностью Принципов ЕКП является норма п. 1 ст. 9:201, согласно которой сторона, имеющая право на приостановление, вправе выбирать между приостановлением исполнения всего обязательства или только соответствующей части в зависимости от того, какой из вариантов является наиболее разумным в данных обстоятельствах. Аналогичная идея в Принципах УНИДРУА не закреплена и освещалась лишь в официальных комментариях, в которых отмечается, что в случае неполного исполнения предусмотренного обязательства кредитор вправе приостановить свое исполнение, только если это соответствует принципу добросовестности²⁰². В Принципах же ЕКП решение данного вопроса представлено в самом тексте документа и увязывается не с принципом добросовестности, а с категорией разумности.

Идея, лежащая в основе данного средства защиты, объясняется разработчиками Принципов ЕКП следующим образом. Согласно официальному комментарию «когда сторона синалагматического (т.е. двустороннего или многостороннего) договора должна исполнить договор первой, но не сделала этого, а также в случае, если не в состоянии или не желает осуществить исполнение сторона, обязанная осуществить исполнение одновременно с контрагентом, вполне справедливо и коммерчески удобно предоставить контрагенту право приостановить свое собственное исполнение. Это право, с одной стороны, защищает этого контрагента от предоставления коммерческого кредита нарушителю договора, а с другой, стимулирует нарушителя исполнить свое обязательство, так как он не сможет получить приостановленное исполнение до тех пор, пока сам

²⁰⁰ О соотношении интересующих нас положений Принципов ЕКП и ВК см.: *Eiselen S. Op. cit.*

²⁰¹ *Principles of European Contract Law. P. 335–336.*

²⁰² Принципы международных коммерческих договоров. С. 176. Кроме того, см.: *Liu C. Op. cit.*

не выполнит свое обязательство. Хорошо известный институт *exemptio non adimpleti contractus* является выражением данной идеи»²⁰³.

Кроме того, согласно п. 2 ст. 9:201 Принципов ЕКП сторона вправе приостановить исполнение, если и пока очевидно, что контрагент, когда наступит срок для его исполнения, нарушит договор. Это значит, что знакомый всем международным источникам унификации договорного права институт приостановления на случай *anticipatory breach* встречается и в тексте Принципов ЕКП. Но в отличие от Принципов УНИДРУА здесь существенность будущего нарушения прямо в тексте Принципов не упоминается. Вместо этого на существенность предвидимого нарушения указывается на уровне комментария к тексту Принципов ЕКП²⁰⁴.

DCFR

В конце 2007 г. был опубликован проект документа под названием «Общая система координат европейского частного права» («Draft Common Frame of Reference (DCFR) for a European Private Law»), подготовленного с подачи Европейской Комиссии несколькими специально созданными рабочими группами европейских цивилистов и претендующего на роль методологической основы для возможной унификации договорного права Европы. В этом самом последнем по времени акте международной (в данном случае — европейской) унификации договорного права в п. III—3.401 по сути повторяются те же уже отшлифованные нормы о праве приостановить исполнение в случаях: 1) когда действует принцип одновременного исполнения; 2) когда сторона, обязанная исполнить свое обязательство второй по очереди, не получает от своего контрагента причитающегося исполнения или предложения исполнения и 3) когда сторона, обязанная исполнить обязательство первой, имеет основания предвидеть будущее неисполнение своих обязательств контрагентом.

Из особенностей этого документа следует обратить внимание на прямое указание на необходимость уведомления о приостановлении исполнения в случае, когда это право реализуется в связи с предвидимым нарушением. Причем эта обязанность уведомления устанавливается под страхом уплаты убытков, вызванных неосведомленностью контрагента о приостановлении.

8. Компаративные выводы

Из вышеприведенного беглого и конечно же далеко не самого глубокого анализа зарубежного права по интересующему нас вопросу можно сделать несколько важных выводов.

²⁰³ Principles of European Contract Law. P. 405–406.

²⁰⁴ Ibid. P. 406.

1. В той или иной форме право кредитора на приостановление исполнения на случай неполучения исполнения от должника признается всеми юрисдикциями либо на уровне детальных законодательных норм, либо в рамках судебной практики.

2. Сам механизм приостановления доктринально обосновывается в разных странах по-разному:

- (а) путем применения доктрины *condition*, т.е. квалификации двусторонних договоров в качестве своего рода условной сделки, где исполнение договора первой стороной становится отлагательным условием в отношении встречного обязательства контрагента (англо-американский вариант);
- (б) путем применения доктрины каузы исполнения и толкования сущности синаллагматической связи;
- (в) путем механического выведения из позднеримского института *exceptio non adimpleti contractus*;
- (г) путем применения соображений разумности и справедливости.

По существу все методы обоснования переплетены и взаимодополняют друг друга настолько, что, видимо, нет особого смысла проводить между ними четкие разделительные линии. Они отражают скорее технически несколько различные способы оформить одну и ту же идею, которая, взятая в общем виде, интуитивно представляется абсолютно бесспорной и справедливой.

3. Тем не менее следует обратить внимание на один важнейший аспект англо-американского опыта — реализацию права кредитора на приостановление посредством квалификации двустороннего договора в качестве условной сделки. Думается, что применение правил об условных сделках к встречным обязательствам в некоторых случаях не лишено смысла и в российском праве²⁰⁵.

4. Во многих странах применение *exceptio* является неотъемлемым элементом правового регулирования порядка одновременного исполнения. Как мы видели, в праве большинства стран устанавливается правило о том, что в отсутствие четкой очередности исполнения в договоре, законе или обычаях оборота обмен исполнениями в рамках двустороннего договора должен осуществляться одновременно. В этой связи данная одновременность и проявляется технически в том, что сторона вправе требовать исполнения, только предоставив свое встречное исполнение. До этого у другой стороны есть право приостановить свое исполнение, сославшись на возражение о неисполненности (*exceptio*). При такой схеме механика реализации принципа одновременного исполнения раскрывается именно через принцип *exceptio non adimpleti contractus*. Пока ни одна из сторон не решится свое исполнение осуществить вперед, она не вправе

²⁰⁵ Подробнее см.: *Каралетов А.Г.* Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. С. 28–93.

требовать встречного исполнения. К сожалению, до последнего времени ситуация, когда договор или закон не устанавливают очередность исполнения, в нашем законодательстве не была урегулирована. Следует порадоваться тому, что в рамках идущей сейчас реформы обязательственного права предлагается этот пробел устранить традиционным путем применения механизма *exsertio*²⁰⁶.

5. Практически во всех правопорядках мы встречаем норму о том, что презумпция одновременности обмена опровергается законом, судебной практикой, обычаями делового оборота или договором, которые могут предусмотреть четкую последовательность исполнения. В этой связи крайне интересный нюанс, знакомый многим правовым режимам и документам международной унификации договорного права, состоит в том, что в отсутствие четкого порядка в договоре первой должна осуществить исполнение та сторона, чье исполнение требует большего времени. Говоря проще и приводя самый распространенный пример, обязательство по передаче товаров (выполнению работ или оказанию услуг) должно быть исполнено до того, как у покупателя (заказчика) возникнет денежный долг по оплате. В российском праве данное правило не нашло своего закрепления в виде общей нормы.

6. В некоторых странах (например, в Германии) реализация механизма *exsertio* в случае применения принципа одновременного обмена предполагает не отказ в иске об осуществлении исполнения, а вынесение решения об одновременном исполнении обоих встречных обязательств. Иначе говоря, предписанная законом одновременность будет обеспечиваться и на процессуальном уровне. Нам представляется это решение перспективным и достойным серьезного осмысления применительно к возможности его имплементации в российском праве.

7. Как мы видели, право многих континентально-европейских стран концентрируется в основном на случае одновременного обмена, распространяя как само собой разумеющееся механизм *exsertio* и на тот случай, когда требует осуществления встречного исполнения та сторона, которая должна была исполнить свое обязательство первой, но не исполнила его. Во многих случаях право контрагента приостановить встречное исполнение в таких случаях подразумевается как вытекающее *a fortiori* из механизма *exsertio*. В то же время нельзя не заметить, что последние кодификации гражданского права все же более конкретны. Они, как правило, прямо и недвусмысленно распространяют механизм приостановления встречного исполнения на случай, когда не исполняет обязательство сторона, обязанная осуществить исполнение первой по очереди (Принципы ЕКП, Принципы УНИДРУА, ГГУ, ГК Нидерландов, Закон о контрактах КНР 1999 г., ГК РФ и др.).

²⁰⁶ Проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России (опубликован в Интернете по адресу: <http://www.privlaw.ru>).

8. При этом в некоторых юрисдикциях (например, Принципы ЕКП) указывается на то, что право на приостановление встречного исполнения отпадает не только в случае исполнения своего обязательства контрагентом, но и при осуществлении им «предложения исполнения» (*tender of performance*). В сущности речь идет о том, что контрагент лишается права приостановить исполнение, если исполнение не может считаться осуществленным без его приемки этим контрагентом, а он необоснованно уклоняется от выполнения своей кредиторской обязанности. В данном случае, несмотря на то что исполнение, на которое решилась одна из сторон, не доведено до конца, мы имеем «предложенное исполнение», достаточное для лишения возможности ссылаться на *exceptio* другой стороны, которая теперь может быть принуждена к осуществлению своего встречного исполнения. Такая перспектива отбивает у этой стороны желание вести себя оппортунистически и отказываться от приемки предложенного исполнения, так как такого предложения достаточно для принуждения ее к исполнению договора.

9. Практически во всех странах основание, дающее кредитору право приостановить встречное исполнение, не сводится только к варианту текущей просрочки (неисполнения), но включает в себя и случаи ненадлежащего (дефектного) исполнения. Нам представляется это решение абсолютно очевидным. Остается только сожалеть, что п. 2 ст. 328 ГК РФ, по крайней мере явным образом, данный нюанс не отражает, что, на наш взгляд, при наличии на то воли высших судебных инстанций может быть легко исправлено путем расширительного толкования закона.

10. Но куда более интересный вопрос, приковывающий значительное внимание зарубежных юристов общего и континентального права, — это проблема, вытекающая напрямую из признания ненадлежащего исполнения в качестве самостоятельного основания для приостановления встречного исполнения. Речь идет о существенности нарушения или ином аналогичном критерии, которые западные правовые порядки вводят в качестве условия, дающего кредитору право приостановить встречное исполнение. Причем один из самых острых вопросов — это вопрос о том, должен ли данный критерий иметь ту же силу, что и при обосновании права пострадавшего кредитора на расторжение нарушенного договора. В праве ряда стран (например, США) встречается разумное, на наш взгляд, положение о том, что степень существенности нарушения может различаться в зависимости от того, право на использование какого средства защиты кредитор пытается обосновать. Одно и то же нарушение может быть достаточно существенным, чтобы оправдать приостановление встречного исполнения (например, обязанности по оплате до момента устранения допущенного дефекта в отгруженном товаре), но недостаточным для оправдания окончательного расторжения договора. Разработка доктрины существенности нарушения, к сожалению,

находится в российском праве в зачаточном состоянии, не говоря уже о проработке специфики его применения в отношении такого средства защиты, как приостановление исполнения.

11. Как показывает проведенный сравнительно-правовой анализ, наиболее проблематичным является вопрос о том, в ответ на неисполнение какого обязательства контрагент вправе приостановить исполнение. Ведь договор может прождать массу обязательств, носящих главный или второстепенный характер, причем с обеих сторон. Должны ли нарушенное и приостанавливаемое обязательства находиться в строгой синаллагматической связи и подразумевать встречный обмен имущественными ценностями? Или критерии допустимости приостановления мягче? Например, вправе ли арендодатель приостановить обеспечение энергией сданное в аренду помещение (дополнительное обязательство), если арендатор исправно платит за энергию (т.е. исполняет свое встречное обязательство, находящееся в строгой синаллагматической связи с обязательством арендодателя по обеспечению энергией), но при этом не платит саму арендную плату (т.е. не исполняет свое главное, основное обязательство)? Возможно ли приостановление в тех случаях, когда не исполнено обязательство, опосредованное иным договором? Найти какие-либо исчерпывающие и универсальные подходы к решению этих проблем нам не удалось. Следует отметить только несколько интересных тенденций:

- а) во многих странах в двустороннем договоре взаимные обязательства, носящие главное и определяющее значение для договора (например, обязанность оплатить и поставить товар в договоре купли-продажи), презюмируются находящимися в синаллагматической связи (в континентально-европейском праве) или являются зависимыми (в общем праве), что по общему правилу открывает возможность использовать приостановление встречного исполнения на случай неисполнения. Данная ситуация является достаточно простой и легко находит примерно одинаковое решение во всех странах. К сожалению, идея о том, что в двустороннем договоре главные «обмениваемые» обязательства презюмируются как взаимобусловленные и, таким образом, допускают использование института приостановления, если их независимость прямо не следует из закона или договора, до сих пор пробивается в российской литературе и судебной практикой с трудом;
- б) в отношении же дополнительных обязательств, вытекающих из того же самого договора, нахождение зеркального встречного исполнения, которое контрагент мог бы приостановить, вызывает куда большие сложности. Здесь зачастую какие-либо универсальные принципы установить не удается, и суды решают такие споры с учетом конкретных обстоятельств дела и соображений разумности и справедливости. Некоторые страны

пытаются решить данный сложнейший вопрос путем указания на расплывчатый критерий «достаточной юридической связи» между нарушенным и приостанавливаемым обязательствами (ГК Нидерландов) или попросту ссылаются на принципы добросовестности и справедливости (ГК Италии). В других странах (например, в Германии) вопрос о допустимости приостановления того или иного обязательства в ответ на нарушение увязывается с понятием синалагматического договора (его расширительным или ограничительным толкованием). Наконец, в некоторых странах (Англия, США) споры в отношении данного вопроса разворачиваются применительно к отдельным частным случаям и решаются по-разному – в зависимости от того, какое из решений представляется судебной системе наиболее приемлемым и разумным. Практически отсутствие научного дискурса на эту тему в российском праве оставляет суды без каких-либо доктринальных ориентиров и просто вызывает к глубокому научному осмыслению;

- в) изучение права некоторых зарубежных стран (например, Венгрии) ставит очень важный вопрос об особенности применения права на приостановление при исполнении дящихся делимых договоров. В этих случаях часто право одной из сторон приостановить исполнение востребуетея применительно к партии (этапу, месяцу), следующей за той, в отношении которой контрагент допустил просрочку. При узком подходе к синалагматической связи обязанность, например, поставщика отгрузить партию за февраль корреспондирует обязанности покупателя оплатить эту же февральскую партию, а не ту партию, которая была отгружена в январе. Но действительно ли разумно лишать поставщика права приостановить отгрузку февральской партии при неоплате покупателем предыдущей отгрузки? Такого рода конфликты очень характерны для многих сфер бизнеса (например, энергоснабжения, аренды и т.п.);
- г) также отметим, что право многих стран (например, США, Голландии) не ограничивает возможности по приостановлению исполнения только случаями нарушения должником того же договора, допуская применение этого средства защиты и в ответ на нарушение иного взаимосвязанного договора. Эта идея представляется крайне интересной и заслуживающей глубокого осмысления с учетом российских реалий, так как практикующие юристы постоянно сталкиваются с подобного рода коллизиями. Например, поставщик регулярно осуществляет отгрузки товаров покупателю, но оформляется это взаимодействие разными договорами на каждую отгрузку. Возникает ли у поставщика право приостановить отгрузку очередной партии при неоплате покупателем предыдущей отгрузки, оформленной, как уже отмечалось, другим договором;

д) более того, при анализе права некоторых стран (например, Франции) мы встречали крайне интересную и перспективную идею о возможности применения правил об *exsertio* даже за рамками сугубо договорных отношений, например применительно к случаю встречной реституции.

12. В связи с применением права на приостановление встречного исполнения при нарушении делимого обязательства в зарубежном праве широко обсуждается вопрос о случае неполного (частичного) исполнения. Всегда ли кредитор вправе приостановить исполнение только в части, пропорциональной неисполненному? Или у него есть право на приостановление всего своего встречного исполнения целиком? Здесь сталкиваются две функции этого средства защиты: собственно защитная и стимулирующая. Легализация права кредитора на непропорциональное приостановление приводит к более полному раскрытию стимулирующей функции, так как нарушитель рискует не получить встречное исполнение и за ту часть своего исполнения, которую он успел произвести. Но этот замечательный для кредитора эффект достигается за счет ущемления некоторых прав самого нарушителя, что подталкивает многие страны запретить такую непропорциональную реакцию и ограничить права кредитора исключительно возможностью пропорционального приостановления. К сожалению, в российском праве сколько-нибудь детально эти вопросы не урегулированы.

13. Многие юрисдикции предусматривают право стороны, обязанной осуществить исполнение первой по очереди, приостановить исполнение на случай, если после заключения договора станет очевидно, что встречное исполнение произведено не будет (ГГУ, ВК, Принципы ЕКП и др.). При этом права контрагента, чье встречное исполнение поставлено под вопрос, как правило, обеспечиваются тем, что ему позволяется в ответ предоставить достаточные гарантии своего будущего исполнения, что лишает основания дальнейшее приостановление исполнения. В российском праве п. 2 ст. 328 ГК РФ недвусмысленно предусматривает право на приостановление исполнения при предвидимом нарушении, но умалчивает о множестве нюансов.

14. Наконец, следует обратить внимание на то, что практически во всех странах встает крайне важный с теоретической и практической точек зрения вопрос о разграничении данного механизма и института удержания. В некоторых странах таксономия данных институтов строится на идее о том, что право удержания имущества в том виде, в котором данный институт понимается в России, является разновидностью более общего института удержания исполнения, который предполагает право должника приостановить исполнение при наличии у кредитора встречного неисполненного обязательства (Германия), или просто частным случаем института приостановления встречного исполнения (Голландия). В российском праве предпринимались попытки разграничить применение данных институтов, но многие вопросы остались и требуют более глубокого анализа.

15. Немаловажный вопрос встает и в связи с необходимостью (или отсутствием таковой) извещать нарушителя контракта о намерении кредитора реализовать свое право на приостановление встречного исполнения. Такая обязанность признается многими правовыми режимами (например, право КНР, ВК), в особенности в отношении случая применения права на приостановление в случае предвидимого нарушения договора.

Данные выводы наряду со всем вышеприведенным сравнительно-правовым анализом носят самый общий и, безусловно, достаточно поверхностный характер, но, думается, имеют важное практическое значение для научной разработки института приостановления исполнения в российском праве, а также развития сбалансированной судебной практики применения ст. 328 ГК РФ. Сделанные выше общие замечания могут помочь более рельефно обозначить «повестку дня» и круг проблемных вопросов, которые следует детально проработать в российском праве. Окончательные ответы на многие поставленные выше вопросы можно дать только после серьезного и глубокого анализа догматики и систематики права (конкретных положений российского ГК и совместимости с другими элементами российского гражданского права), а также политико-правовых соображений (экономической эффективности, справедливости, пресловутых «российских реалий» и т.д.). Сравнительно-правовой анализ — лишь один из важных подготовительных элементов той научной работы, которую в российской цивилистике еще предстоит осуществить.