

СРЕДСТВА ЗАЩИТЫ ПРАВ КРЕДИТОРА В СВЕТЕ РЕФОРМЫ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА



А.Г. КАРАПЕТОВ,

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

В начале 2009 г. Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ было согласовано и опубликовано несколько проектов совершенствования гражданского законодательства, в том числе проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России¹. Данные концепции в случае их окончательного принятия могут стать основой для дальнейшего совершенствования российского ГК. Поэтому пристальное внимание цивилистов к этим документам не требует дополнительного объяснения и оправдания.

Учитывая то, что сами проекты опубликованы в целях обсуждения, на что прямо в них указывается, а также, принимая во внимание огромную важность вопросов, обсуждаемых в них, позволим себе небольшой скромный комментарий к некоторым положениям проекта Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России (далее – Проект), которые касаются применения таких средств защиты прав кредитора, как взыскание договорных убытков, уменьшение цены, начисление процентов годовых на основании ст. 395 ГК и иск о принуждении к исполнению обязательства в натуре².

¹ Утвержден Протоколом Совета № 66 от 66 января 2009 г. и опубликован на сайте <http://www.privlaw.ru>.

² Наши замечания в отношении совершенствования правового режима института неустойки см.: *Карпетов А.Г.* Политико-правовой анализ проекта концепции совершенствования общих положений обязательственного права в части регулирования института неустойки // Закон. № 5. 2009. С. 63

Сразу хотим отметить, что выбор вопросов, которые будут затронуты в настоящей статье, predetermined не тем, что они обязательно являются наиболее важными положениями проектов, а исключительно нашим личным научным интересом к ним. Без сомнения, в России найдется множество других цивилистов, которых привлекут другие положения проектов. Кроме того, сразу хотим отметить, что в целом к большинству положений Проекта мы относимся позитивно. Реализация многих предложений может значительно усовершенствовать наше гражданское законодательство. Но с учетом ограничений объема данной статьи мы затронем исключительно те аспекты, которые вызывают у нас сомнения или требуют дополнительного осмысления, доработки или некоторых дополнений.

I. Правовой режим взыскания убытков

Либерализация режима доказывания договорных убытков

В части взыскания договорных убытков разработчики Проекта абсолютно верно отмечают, что в практике взыскание убытков используется российскими компаниями крайне редко (по приводимым в Проекте данным всего лишь в 4–5 % споров, связанных с нарушением договоров). Причем также верно обращается внимание на основную причину сложностей доказывания размера убытков – историческую. В советском праве механизм взыскания убытков не играл ту центральную роль, которую он играл и играет в развитых капиталистических странах, где взыскание убытков направлено на компенсацию как реальных потерь кредитора, так и восполнение той коммерческой выгоды, которую кредитор не смог получить из-за нарушения. В советском праве считалось, что компенсация убытков не может удовлетворить кредитора, заменив ему ценность реального исполнения, так как вопрос о договорной дисциплине был не столько вопросом частного права, сколько являлся элементом стабильного функционирования всей сложнейшей схемы планово-административной экономики. Из-за неактуальности темы взыскания договорных убытков она оказалась детально не изученной в отечественной цивилистике советского времени, а некоторые имевшиеся советские методические наработки в отношении доказывания убытков просто устарели в связи кардинальным сломом политико-экономической системы общества.

Отчасти поэтому судьи, не имея наработанной практики и каких-либо четких методов в отношении того, как должны доказываться те или иные убытки, предъявляют крайне строгие требования к доказательствам и зачастую любые сомнения толкуют в пользу презумпции недоказанности убытков. Удовлетворить такие несколько завышенные требования в части достоверно-

сти доказательств потерь и причинно-следственной связи зачастую крайне сложно³.

Но прежде чем объявлять новый курс по отношению к договорным убыткам, следует лучше понять причины имеющегося ограничительного подхода. Они не сводятся исключительно к силе инерции советских традиций. Есть еще одна глубинная и действительно вполне серьезная причина, которая, по всей видимости, подпитывает настороженность судов в отношении взыскания убытков и удерживает от либерализации подхода к их доказыванию. Речь идет о крайне низком уровне деловой и правовой культуры в нашем обществе. В этих условиях судьи просто боятся, и причем отчасти вполне обоснованно, что в случае снижения контроля за достоверностью доказательств причиненных кредитором убытков это средство защиты будет использоваться в целях злоупотребления правом. Соответственно, боясь оказаться орудием в руках недобросовестных участников оборота, судьи ужесточают контроль.

Таким образом, нельзя не заметить, что у либерализации режима взыскания убытков есть и обратная сторона. Та цена, которую придется заплатить при либерализации режима доказывания убытков, состоит в том, что ради большей защиты прав кредитора в одних случаях мы приоткрываем возможности для недобросовестных кредиторов по злоупотреблению и необоснованному отбору средств у своих контрагентов в других случаях⁴.

В результате юристы, сталкиваясь со значительными сложностями при взыскании убытков и не имея под рукой ясных методических наработок, касающихся сбора доказательств, зачастую сторонятся данного средства защиты, предпочитая более простые инструменты, такие как неустойка или проценты годовые, которые, к сожалению, полностью компенсировать их потери могут далеко не всегда (в силу активного применения судами ст. 333 ГК, выявления убытков, превышающих размер неустойки и других причин).

В данной ситуации от права требуется разработка такого регулирования этого средства защиты, которое могло бы, с одной стороны, облегчить кредиторам процесс доказывания и взыскания убытков, а с другой стороны, минимизировать негативные последствия этой либерализации. Нужен некий разумный компромисс.

Что же в целом предлагает Проект? Предлагается установить правило, известное многим западным странам, о том, что для взыскания убытков их размер должен быть доказан с разумной степенью достоверности. Согласно Проекту

³ Аналогичным же образом обстоит дело и со взысканием морального вреда, по отношению к которому с советских времен устоялся крайне негативный подход, далеко не преодоленный российскими судами до сих пор.

⁴ Примеры, когда взыскание убытков пытаются использовать в качестве инструмента отбора собственности в рамках корпоративных войн, известны всем читающим деловую прессу последних лет.

суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков по основанию исключительно недоказанности размера убытков. Когда по обстоятельствам дела размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение размера убытков должно осуществляться судом исходя из принципов разумности, справедливости, соразмерности и с учетом всех обстоятельств дела.

В принципе нам импонирует данное решение, которое к тому же хорошо известно зарубежному праву. Оно может быть оценено судами как та «отмашка» сверху, знаменующая и легализующая снижение требований к доказыванию достоверности убытков и в целом либерализацию режима договорных убытков. Это решение способно преодолеть первый фактор, препятствующий более активному взысканию убытков, — судебную инерцию и наследие советского правового опыта. Но чтобы сбалансировать положение, необходимо каким-либо образом решить проблему злоупотреблений. Думается, что на уровне гражданского законодательства это сделать крайне сложно, если не невозможно. Требуется большая аналитическая работа и закрепление, возможно, на уровне высших судебных инстанций детальных рекомендательных методик по доказыванию убытков. Набрать практику для составления таких «методичек» невозможно в нынешних условиях, когда иски о взыскании убытков — редкие гости в судах. Умозрительно же такие рекомендации с достаточной степенью детализации составить крайне сложно. Поэтому, видимо, вариант, при котором таким искам будет дан зеленый свет без включения в право каких-либо ограничений, является неизбежным.

Соответственно, определенное время мы будем платить возможными злоупотреблениями в некоторых спорах за получение крайне важного опыта, накопив который можно впоследствии стабилизировать ситуацию, введя процесс доказывания убытков в некое более предсказуемое русло, как это имеет место, например, в США. Там на каждый вид убытков существуют сотни и тысячи прецедентов, подробно и в самых малейших деталях расписывающих процесс доказывания убытков. Каждый выпускник правовой школы, будь он судьей или адвокатом, всегда может свериться с огромным пластом судебной практики, учебниками и бесчисленным количеством научных статей, ежегодно публикующихся в сотнях толстых научных журналах, и легко узнать, какими конкретно доказательствами следует обосновывать тот или иной вид убытков.

Но не стоит забывать, что за опыт приходится платить злоупотреблениями. Поэтому сказанное не оправдывает пассивность нашей науки, которая серьезного интереса к вопросам о взыскании убытков пока, к сожалению, не испытывает. Нам крайне не хватает не только судебной практики, но и научного интереса к данной проблематике. Возможно, одно потянет за собой другое, и когда появится обширная практика, эта тема привлечет ученых. Сейчас же остается

надеяться на чутье конкретных судей, которые на период до стабилизации судебной практики интуитивно смогут хотя бы в большинстве случаев отсеять злоупотребления. Другого пути попросту нет.

Соответственно, если анализировать исключительно Проект в этой его части, то изложенная там позиция в целом верна.

Тем не менее нельзя не заметить спорность ряда других предложений Проекта, которые отчасти входят в противоречие с установкой на либерализацию подхода к договорным убыткам, а также с рядом других более общих идей Проекта.

Проблема предвидимости убытков

Речь, в частности, идет о предложении Проекта закрепить в нашем праве представленный во многих правовых системах мира критерий ограничения взыскиваемых убытков — предвидимость убытков. Этот критерий, выработанный в недрах французского права, а затем отраженный в английском праве в знаменитом деле *Hadley v. Baxendale* (1854) еще в середине XIX в., является сейчас широко признанным в праве ряда стран (США, Англия, Италия, Франция, Бельгия), а также актах международной унификации договорного права (например, ст. 74 Венской конвенции 1980 г. «О договорах международной купли-продажи товаров»)⁵. Согласно ему кредитор не может взыскать с должника убытков больше, чем должник мог предвидеть в момент заключения договора. Тем не менее в нашем действующем ГК он не отражен. В зарубежном же праве этот критерий изучен вдоль и поперек. Причем в США, например, обсуждаются в первую очередь его политико-правовые основы. В частности, достаточно серьезные споры в последнее время развернулись в американском праве в части того, насколько верные стимулы создает данное правило. Ведь кредитор, чтобы рассчитывать на компенсацию всех своих убытков, вынужден раскрывать информацию о своих возможных потерях от нарушения, а следовательно, и о том, как он намеревается использовать полученное по договору, и другую коммерческую информацию, что может повлиять на результаты переговоров, цену и иные условия сделки⁶.

⁵ Сравнительно-правовой анализ и истоки критерия предвидимости убытков см.: *Ferrari F.* Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law // 53 La. L. Rev. 1992–1993. P. 1257–1269. Анализ актов международной унификации договорного права и практики рассмотрения споров по данному вопросу см.: *Афанасьев Д.В.* Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ: критерий предвидимости убытков при международной купле-продаже товаров // Убытки и практика из возмещения / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. С. 541–561.

⁶ См., в частности: *Bebchuk L.A., Shavell S.* Reconsidering Contractual Liability and the Incentive to Reveal Information // 51 Stanford Law Review. 1998–1999. P. 1615–1627; *Bebchuk L.A., Shavell S.* Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of *Hadley v. Baxendale* // 7 J. L. Econ. & Org. 1991. P. 284–312; *Johnston J.S.* Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules // 100 Yale Law Journal. 1990–1991. P. 615–664; *Epstein R.A.* Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract // 18 J. Legal Stud. 1989. P. 105 и др.

Никакого научного анализа этой проблемы в нашей литературе попросту не было. Включение этого предложения в Проект характеризует в целом одну из черт отечественного подхода к кодификации, часто склоняющейся в вопросах, мало изученных в нашей правовой науке, к некритическому копированию каких-то решений будь-то из советского законодательства, дореволюционного правового дискурса, права зарубежных стран или документов международной унификации договорного права. Будем надеяться, что между принятием Проекта и включением в ГК окончательных изменений пройдет достаточно времени, а соответствующее положение Проекта простимулирует научный анализ данной проблемы, который все же позволит принимать или не принимать данное решение не вслепую, а осмысленно и осознавая все его преимущества и недостатки.

Наше личное мнение состоит в том, что введение такого правила не является в принципе бесспорным, а в наших условиях может оказаться крайне вредным.

Сначала о теоретической спорности. Правило о предвидимости убытков возлагает риск появления не предвиденных должником убытков на кредитора и отказывает в переносе данного риска на должника. Это решение связано с тем, что в целях справедливости должник освобождается от ответственности за те последствия нарушения, которые он не мог предвидеть при заключении договора. Данное правило ограничивает взыскание убытков теми потерями, которые разумный участник оборота на месте должника и с учетом имеющейся у него на момент заключения договора информации мог предвидеть как следствие допущенного в будущем нарушения. Идея здесь простая: контрагент должен быть поставлен в известность о каких-то нетипично высоких рисках собственного нарушения до момента заключения договора, чтобы он мог, обладая полной информацией, ответственно принять решение о целесообразности заключения договора и принятия на себя таких рисков, о возможном повышении цены договора с целью вознаградить себя за принятие повышенного риска или, наконец, правильно рассчитать достаточную степень усилий, которые необходимо приложить для надлежащего исполнения договора.

Данное правило в целом находит поддержку как у многих известных западных компаративистов⁷, так и ряда российских ученых⁸.

Мы хотели бы воздержаться от окончательных оценок, так как вопрос заслуживает куда более глубокого изучения с политико-правовой точки зрения,

⁷ *Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 150–162*

⁸ *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2003. С. 718–720.*

включая вопросы о разумности тех стимулов, которые данное правило формирует в плане раскрытия коммерческой информации, о моменте определения предвидимости, о характере или сумме убытков как объекте предвидения, о соотношении этого института с категорией причинной связи и множество других проблем. Нельзя принимать решения о кодификации той или иной нормы и копировать какие-то зарубежные подходы, не имея никаких сколько-нибудь серьезных собственных исследований на сей счет! Такую поверхностность в аргументации принимаемых законодательных решений может позволить себе какая-нибудь третьесортная страна, не претендующая на самостоятельность в определении правовой политики. Российская наука гражданского права имеет претензии на некую авторитетность. Поэтому хотелось бы иметь более вескую аргументацию, чем простая ссылка на правовой опыт ряда стран. Мы, претендуя на последнее слово в оценке правила о предвидимости *de lege ferenda*, со своей стороны попытаемся лишь показать, что у этого правила есть свои недостатки, которые необходимо принимать в расчет при определении целесообразности его имплементации.

Во-первых, несколько более адекватным может показаться распределение непредвидимых убытков между сторонами исходя из принципов справедливости по модели, аналогичной распределению понесенных расходов при расторжении договора при существенном изменении обстоятельств (ст. 451 ГК). Действительно, переносить все непредвиденные убытки исключительно на должника несправедливо. Но в равной степени несправедливо и оставлять все эти непредвиденные убытки на плечах кредитора. Ведь в конечном итоге их возникновение находится в причинно-следственной связи с допущенным нарушением. Поэтому почему бы не распределить эти убытки между сторонами (по крайней мере в части реального ущерба)? В данном случае распределение рисков между сторонами будет происходить в силу того, что моральная интуиция не может с уверенностью вменить этот риск «в вину» ни одной, ни другой стороне. Такое решение можно было бы также применять и к некоторым другим подобным случаям, таким как распределение убытков, возникших в связи с прекращением обязательства невозможностью исполнения.

Во-вторых, встает и вопрос об эффективности тех стимулов, которые данное правило создает, а именно – необходимости раскрывать коммерческую информацию о целях использования полученного исполнения и, соответственно, всех связанных с этим рисков при заключении договора. С одной стороны, с точки зрения справедливости со стороны кредитора было бы крайне недобросовестно не сообщить должнику при заключении договора о каких-то специфических обстоятельствах, значительно поднимающих уровень риска выше обычно подразумеваемых пределов. Если, например, покупатель не уведомляет покупателя о том, что малейшая просрочка в доставке товара может привести к срыву ка-

кой-либо важнейшей сделки и, соответственно, причинению значительных убытков, то с точки зрения моральной интуиции кредитор не заслуживает защиты. Таким образом, применение данного правила стимулирует контрагентов раскрывать коммерческую информацию, которую при нынешнем режиме контрагенты раскрывать не обязаны. Ведь иначе в случае нарушения договора и попытке взыскать с нарушителя убытки пострадавший кредитор не сможет компенсировать ту часть своих потерь, о которой нарушитель не мог догадываться просто в силу невладения необходимой информацией о каких-либо специфических обстоятельствах, способных поднять уровень убытков кредитора от нарушения на необычно высокий уровень. Как заявил лорд Рейд в известном решении по делу *The Heron II*, если одна из сторон хочет защитить себя от риска, который другой стороне показался бы необычным, она может поставить своего контрагента в известность об этом⁹. Но всегда ли корректно заставлять контрактующие стороны делиться информацией, которая может составлять коммерческую тайну, а в случае неисполнения этого требования — наказывать их отказом взыскивать часть убытков с нарушителя договора? Насколько эффективны данные стимулы? Приведем банальный пример в виде игровой ситуации. Покупатель картины (далее — посредник) приобретает ее в целях перепродажи и рассчитывает получить необычно высокую спекулятивную наценку, используя свои широкие связи в среде коллекционеров. Основа современной экономики — спекуляция, поэтому ничего морально ущербного в этом поведении нет. Причем в случае, если первичный продавец нарушит договор и вовремя не передаст картину посреднику, может сорваться сделка перепродажи. В этом случае посредник упустит значительную выгоду, которую он в принципе может взыскать с нарушителя, если соберет и представит в суд достаточные доказательства реальности той сделки перепродажи, срыв которой причинил ему эти убытки. При введении предложенного в Проекте правила посредник будет вынужден раскрывать первичному продавцу, что он собирается перепродать картину, и, возможно, даже указать размер наценки, чтобы быть уверенным в том, что в случае нарушения договора продавцом и срыва операции он сможет взыскать свои убытки в полном размере. Логика данной игровой ситуации показывает, что в условиях ограниченной информации о вероятности нарушения первичный продавец, узнав о той высокой наценке, которую планирует получить посредник, наверняка в процессе переговоров начнет настаивать на более, на его взгляд, справедливом распределении этой наценки (просто начнет требовать повышения цены) или вовсе может попытаться выйти на конечного покупателя напрямую. В итоге эта логика может отбивать у посредника стимулы

⁹ *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d Edition. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. P. 473.*

раскрывать эту информацию, так как будет лишать его части прибыли от сделки. В итоге введение правила о предвидимости убытков создает крайне противоречивые с политико-правовой точки зрения стимулы, идущие в разрез со стратегическими интересами сторон. Так, например, будущий должник, который, как правило, заинтересован в том, чтобы показать насколько мала вероятность того, что он нарушит договор, будет вынужден, для того чтобы убедительно претендовать на повышение цены в связи с рисками возникновения у кредитора необычно высоких убытков, наоборот, показывать высокую вероятность собственного нарушения договора. А будущий кредитор, при заключении договора обычно пытающийся показать низкую ценность получаемого от должника, чтобы оправдать снижение цены, в случае применения правила предвидимости убытков будет вынужден, наоборот, раскрывать всю свою прибыль от сделки, причем чем она больше, тем более опасно утаивание этой информации. В итоге применение правила о предвидимости может вызывать значительные политико-правовые затруднения, которые приводят некоторых западных исследователей к выводу о его неадекватности¹⁰. В любом случае значение данного правила как стимула к раскрытию информации о планируемой прибыли от сделки следует детально изучить, прежде чем решать вопрос о его введении в наше право.

В-третьих, предложение Проекта построено на идее о том, что убытки должны быть предвидимы на момент заключения договора. Но, на наш взгляд, если и есть смысл вводить такой критерий ограничения ответственности, то справедливее было бы установить подход, при котором предвидимость убытков будет определяться на момент нарушения договора. Действительно, зачастую кредитор при заключении договора не раскрывает должнику соответствующую информацию просто в силу того, что возможность появления соответствующих необычно высоких убытков на случай нарушения должником договора самому кредитору открылась уже после заключения договора. Получается, что даже если кредитор после заключения договора, но еще до наступления просрочки предупредит должника о том, к чему может привести нарушение, то это не будет иметь никакого значения и не поможет кредитору получить право на полную компенсацию. На наш взгляд, если и есть смысл вводить правило о предвидимости убытков, то «момент предвидения» должен быть отодвинут к моменту нарушения. Идея справедливости может в какой-то степени оправдывать должника только тогда, когда должник не предвидел последствия нарушения в момент нарушения договора. И соответственно, непредвидимость должником последствий возможного нарушения им своих обязательств в момент заключения

¹⁰ *Johnston J.S. Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules // 100 Yale Law Journal. 1990–1991. С. 615–664.*

договора никак не может его оправдывать, если он вполне мог предвидеть эти последствия к моменту наступления срока исполнения.

У предлагаемого нами решения в отношении вопроса о моменте определения предвидимости есть свои издержки. Так, например, должник оказывается в непростом положении: если бы он обладал информацией о рисках своего нарушения на момент заключения договора, то мог бы поостеречься от его заключения или потребовать пересмотра размера оплаты. Но в такой непростой ситуации, когда кредитор сам получил информацию о нестандартно высоких убытках, которые могут возникнуть у него в случае нарушения договора, уже после его заключения, считаем все же риск их возникновения было бы разумно возложить на нарушителя. В конечном итоге никто ему не мешает исполнить договор. Получив соответствующую информацию, должник может принять дополнительные разумные меры, обеспечивающие надлежащее исполнение договора. Это особенно очевидно в тех случаях, когда должник получил соответствующую информацию заблаговременно, и у него было достаточно времени сконцентрироваться на точном исполнении договора и избегании причинения убытков кредитору.

В этих условиях, возможно, компромиссным решением было бы установление правила о том, что взысканию подлежат только те убытки, которые должник предвидел или должен был предвидеть к моменту нарушения, за исключением тех случаев, когда кредитор при заключении договора был сам осведомлен, но недобросовестно умолчал о возможности возникновения необычно высоких убытков или недобросовестно затягивал с передачей соответствующей информации.

При этом не стоит думать, что если мы не введем в наш ГК критерий предвидимости убытков, то будем одиноки в этом. Так, например, немецкое право не предусматривает подобного правила и ратует за полную компенсацию убытков, правда, только тех, которые находятся в адекватной причинно-следственной связи с нарушением¹¹. Причем недавняя тотальная реформа немецкого обязательственного права не сподвигла немецких цивилистов менять свою позицию и менять критерий адекватной причинно-следственной связи на критерий предвидимости. Не предусматривает такого правила и новый ГК Нидерландов¹².

Но самое важное: независимо от теоретической разумности предлагаемого в Проекте правила о предвидимости убытков, мы считаем, что в наших услови-

¹¹ *Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 162–164.*

¹² *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary / Edited by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. The Hague, 2002. C. 407–408.*

ях имплементация данного решения будет контрпродуктивной. Поясним. В Проекте ставится задача либерализовать режим взыскания убытков и понизить требуемый уровень достоверности доказательств понесенных убытков. Политико-правовая задача понятна: надо позволить кредиторам взыскивать убытки свободнее и тем самым переломить инерцию, выбить судебную практику из проторенной колеи. Но для нас вполне очевидно, что одновременное введение критерия предвидимости убытков способно в значительной степени смазать этот эффект. Ведь предлагаемый критерий оценивает, насколько должник мог разумно предвидеть соответствующие убытки кредитора. Иначе говоря, речь идет об объективной предвидимости, что вполне естественно, но превращает данный критерий в оценочное положение, определяемое судом с учетом всех конкретных обстоятельств дела. Само по себе это не страшно. Такого рода оценочных норм в нашем праве море. Но в данных конкретных условиях это может стоить нам очень дорого. Суды и сейчас при любом поводе отказывают во взыскании убытков. А когда им в руки будет вложен такой удобный и достаточно обтекаемый критерий, как объективная предвидимость убытков, с помощью которого они могут всегда и достаточно безопасно отказывать в таких исках, есть опасения, что расширения практики взыскания убытков мы не получим.

В итоге данное предложение противоречит установке на повышение уровня защищенности прав кредитора. Его введение в условиях, когда наши юристы не научились просто доказывать свои убытки, значительно усложнит их положение и в любом случае, независимо от теоретической адекватности самого этого подхода, является преждевременным. Вопросами введения ограничений на право взыскания убытков следует заняться тогда, когда суды вообще начнут взыскивать хотя бы какие-то убытки. До этого введение такого достаточно сложного ограничителя просто даст судам формальное основание в своей практике не менять негативный подход ко взысканию убытков, прикрывая его не доказанностью убытков, а их непредвидимостью.

Нам могут возразить, что в этом ограничении взыскания убытков и проявляется тот искомый нами механизм, способный сдерживать злоупотребления при взыскании убытков, которые неминуемо начнутся, как только от судов закон потребует понизить планку достоверности доказательств убытков. Позволим себе усомниться в том, что механизм предвидимости убытков являет собой адекватный «антидот». Издержки его применения, на наш взгляд, перевешивают те преимущества, которые он действительно может создать, по крайней мере в период привыкания судов и адвокатов к искам о взыскании убытков. Вполне вероятно, что широкое применение судами этого института способно попросту перебить весть «сигнальный» эффект тех предлагаемых поправок, которые расширяют возможности кредиторов по взысканию убытков. Поэтому наша идея состо-

ит в том, чтобы вначале дать некоей практике сформироваться, накопить опыт рассмотрения дел о взыскании убытков, приучить суды к подобным делам, сняв у них страх перед подобными исками, и только потом, возможно, вернуться к обсуждению вопроса о предвидимости убытков. Через некоторое время, когда участники оборота освоят навыки взыскания убытков, можно вернуться к данной проблеме и, если серьезный политико-правовой анализ приведет нас к такой необходимости, все же такой критерий ограничения убытков в той или иной форме закрепить. Но сейчас это делать преждевременно.

Кроме того, нам могут возразить, что введение критерия предвидимости ничего значительно не изменит, так как то, что в ряде зарубежных стран понимается как предвидимость убытков, в российском праве может быть охвачено институтом причинно-следственной связи. Иногда в литературе действительно высказывается идея, что критерий предвидимости отличается от критерия причинно-следственной связи скорее терминологически, чем с точки зрения результатов их применения¹³. Этот вопрос, конечно же, крайне сложный. Делать подобные выводы можно, только детально сравнив реальную судебную практику по однотипным делам в различных странах, как признающих критерий предвидимости (Англия или Франция), так и не признающих его (Германия или Россия). Сравнить научные определения, используемые в разных странах, здесь бессмысленно, так как они носят настолько общий характер, что не дают четкого представления о реальном наполнении скрываемых за этими терминами институтов. В частности, известные компаративисты делают по поводу прагматической идентичности критерия предвидимости в англо-французском варианте и критерия адекватной причинно-следственной связи в немецком праве различные выводы¹⁴. Тем не менее, несмотря на сложность данной проблемы, позволим себе вслед за рядом компаративистов усомниться в выводе о том, что доктрина предвидимости убытков в случае ее имплементации ничего существенно нового в наше право не привнесет. Взять хотя бы тот факт, что любой, даже самый расширенный, вариант применения доктрины причинно-следственной связи не предполагает, что возможность предвидения убытков кредитора будет определяться не на момент нарушения, а на момент заключения договора¹⁵.

¹³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2003. С. 720–721.

¹⁴ Так, например, различия в результатах применения этих двух принципов отмечаются в: *Marsh P.D.V. Comparative Contract Law. England, France, Germany.* 1996. P. 341–342; *Principles of European Contract Law. Part I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Edited by O. Lando and H. Beale.* The Hague: Kluwer Law Int., 2000. P. 443. Несколько другую позицию см.: *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d Edition. Entirely Revised and Updated.* Oxford, 2006. P. 474.

¹⁵ См.: *Antoniolli L., Veneziano A. Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary.* The Hague, 2005. P. 452.

Кроме того, принципиальная разница возникает и в вопросе распределения бремени доказывания. То, что убытки находятся в причинно-следственной связи с нарушением, должен доказывать кредитор, в то время как непредвидимость данных убытков обычно доказывает должник. Поэтому считаем, что отмахнуться от этой проблемы, посчитав ее непринципиальной, вряд ли возможно. Разница между действующим у нас сейчас режимом взыскания всех убытков, возникших в связи с нарушением договора, и тем решением, которое предлагает правило предвидимости убытков, существует, и она носит принципиальный характер.

Если все же разработчики Проекта посчитают наши аргументы против доктрины предвидимости в принципе и против своевременности ее имплементации в частности недостаточно убедительными, предлагаем все же задуматься над рядом технических деталей формулирования данной поправки в ГК. Во-первых, стоит все же подумать о моменте, на который фиксируется предвидимость. Не стоит ли сдвинуть этот момент к моменту нарушения должником договора? Во-вторых, следует обязательно уточнить, что конкретно подлежит предвидению: характер/вид убытков или в том числе и их объем. Например, во французской судебной практике долгое время считалось, что предвидимым должен быть только вид убытков, а не их размер и только в последнее время утвердился более жесткий подход, согласно которому предвидимым должен быть в том числе и размер убытков¹⁶. В-третьих, стоит подумать над тем, в каких случаях следует, вопреки общему правилу, все же сохранить принцип полного возмещения убытков. Например, в той же Франции, где принцип предвидимости по общему правилу действует, он в силу ст. 1150 ФГК не применяется, а убытки взыскиваются полностью — тогда, когда нарушение носит грубый умышленный характер (*dol*). Аналогичное решение закреплено в ст. 1225 ГК Италии.

Взыскание абстрактных убытков

Проект предлагает расширить сферу применения такого типа компенсаторных убытков (убытков, вызванных вынужденным расторжением нарушенного договора),¹⁷ как взыскание разницы в ценах между ценой нарушенного и расторгнутого договора, с одной стороны, и ценой заменяющей сделки (*cover transaction*), заключенной пострадавшей стороной взамен расторгнутой, с другой стороны. Сейчас эта норма закреплена лишь в отношении договоров поставки (ст. 524 ГК). Нам давно казалось, что подобный шаг является абсолютно

¹⁶ *Nicholas B.* The French Law of Contract. Oxford, 2003. P. 230–231. Также см.: *Treitel G.H.* Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account // Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 154–156.

¹⁷ О разграничении компенсаторных убытков и убытков за просрочку (мораторных убытков) см.: *Карпелов А.Г.* Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М., 2007. С. 795–807; *Л.Ж. де ла Морандьер.* Гражданское право Франции. Т. 2. М., 1960. С. 332.

назревшим. Он выглядит очень уместным в контексте общего тренда Проекта по стимулированию развития практики взыскания договорных убытков. В договорах поставки нет ничего такого специфического, что могло бы оправдать столь узкую локализацию настолько удобного механизма доказывания убытков. Учитывая установку на расширение доступности взыскания договорных убытков в судебной практике, такая подсказка юристам, указывающая на то, как достаточно легко можно доказывать свои убытки, была бы более чем уместна.

Но убытки в виде разницы в цене ни в ст. 524 ГК, ни в праве ряда зарубежных стран не ходят обычно поодиночке. Как правило, вслед за упоминанием такого способа доказывания убытков упоминают куда более специфический вариант убытков — убытков абстрактных. Речь идет об убытках в виде разницы в цене между ценой нарушенного и расторгнутого в связи с этим договора, с одной стороны, и текущей рыночной ценой на сопоставимый товар (работы или услуги), с другой стороны, причем согласно ст. 524 ГК и предложению Проекта определяемой на момент расторжения договора. По сути данный инструмент дает кредитору, столкнувшемуся с нарушением и выбравшему в ответ вариант с расторжением нарушенного договора, возможность получить соответствующую разницу между договорной и рыночной ценой еще до того, как он заключит заменяющую сделку и независимо от того, заключит ли он ее вообще. Кажется бы, сценарий вполне адекватный! Но считаем, что закрепленный в праве многих стран и включенный в ст. 524 ГК институт абстрактных убытков куда более внутренне противоречив, чем может показаться на первый взгляд.

Во-первых, при взыскании с должника абстрактных убытков по сути кредитор может получить больше, чем его реальные потери. Иначе говоря, компенсационная природа данной меры весьма спорна. Ведь кредитор не обязан заключать заменяющую сделку по той рыночной цене, которая имела место в момент расторжения договора. Он может вообще потерять интерес к проведению данной операции. Или заключить договор позднее по уже значительно изменившейся в его пользу рыночной цене. В то же время это не блокирует его право на получение указанной разницы. Очевидно, что во многих случаях при соответствующей тенденции изменения ценовой конъюнктуры кредитор получит неосновательное обогащение. В то же время Проект одновременно предлагает с целью исключения неосновательного обогащения кредитора закрепить в законодательстве специальное положение, согласно которому кредитор путем взыскания убытков должен быть поставлен в то положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Здесь мы видим очевидное противоречие. Какой политико-правовой целью оправдано отступление от проверенного и подтверждаемого еще раз прямо самим Проектом принципа соразмерности тяжести нарушения и наказания и компенсационной природы ответственности? Мы далеки от правового фундаментализма и

обогащения каких-либо устоявшихся принципов. Все течет, все изменяется. Но для отступления от проверенных решений требуется какая-то серьезная политико-правовая аргументация. Например, легализация в ст. 15 ГК так называемых реституционных убытков, т.е. взыскания с нарушителя договора того, что тот заработал на нарушении, также отступает от принципа соразмерности потерь кредитора и размера взыскиваемых убытков. Но в данном случае этот отход от компенсационного критерия оправдан сильной политико-правовой подоплекой, начиная с важнейшего этического и правового принципа «никому не должно позволять извлекать выгоду из правонарушения» (так бы это объяснил Рональд Дворкин) и заканчивая экономическими соображениями, указывающими на то, что предотвращение нарушений возможно только тогда, когда потенциальный нарушитель будет лишен преимуществ от неправомерного поведения (так бы это объяснили сторонники law & economics). Но в случае с абстрактными убытками нам причина отступления от компенсационной модели неочевидна.

Во-вторых, нетрудно заметить, что при применении к ситуации со взысканием абстрактных убытков игровой теории мы получаем крайне беспокоящую нас экстерналию. Если кредитор будет знать, что он вправе взыскать с нарушителя разницу между договорной ценой и текущей рыночной ценой, зафиксированной на момент расторжения, то нетрудно предугадать его действия. При построении правовых норм следует в первую очередь оценивать практические последствия ее применения. А для расчета этих последствий необходимо хорошо понимать человеческую природу, психологию, закономерности экономического поведения, культурные традиции и этические установки. Иначе правовое решение может либо вовсе не иметь эффекта, либо привести к прямо противоположному или совсем непредвиденному результату¹⁸. В нашей ситуации очевид-

¹⁸ Ключевая проблема нашей науки и законодательной практики – неумение и нежелание детально просчитывать последствия своих действий. Конечно, возможности человеческого интеллекта ограничены, и не всегда можно точно предсказать последствия того или иного решения (особенно долгосрочные). Но у нас практика непродуманных, сиюминутных решений приобрела просто удручающие масштабы. В наших традициях стало что-нибудь поспешно принять, а потом смотреть, как люди набивают шишки, чтобы потом нехотя подправить регулирование. Для правотворцев это проще, так как не требует слишком сильно напрягать ум. Неумение и нежелание просчитывать последствия – результат отчасти интеллектуальной лени и пассивности, а отчасти сильного влияния догматизма и юриспруденции концепций, высмеянной в свое время Р. Йерингом, которая рассматривает правовые институты как трансцендентальные вещи в себе и для себя, а не как инструменты регулирования общественных отношений. Но в наше время вряд ли кто-то верит в этот абсурд или, как назвал это явление Ф. Коэн, «трансцендентальный нонсенс» (См.: *Cohen F.S. Transcendental Nonsense and the Functional Approach* // 35 Colum. L. Rev. 809 (1935). P. 809). Дух прагматизма проник в самое сердце правового анализа во всех странах мира. И нам пора учиться смотреть на право в этом ключе, а не просто то там, то здесь что-то слепо копировать или на глазок выдумывать. Для этого, правда, требуется расширить свой кругозор, включив в правовой анализ элементы экономической теории, психологии, политологии, социологии, а также просто понимать законы реальной жизни и экономики.

но, что российский предприниматель, пострадавший от нарушения и, как правило, не обремененный этическими ограничителями, просто может выжидать самого выгодного уровня рыночных цен на данный товар (работы или услуги) и тянуть с расторжением договора вплоть до этого момента. Расторгнув договор в этот момент, он тем самым фиксирует уровень подлежащих взысканию с должника абстрактных убытков на самом высоком уровне, причем, скорее всего не собираясь заключать заменяющую сделку по данной цене, а ожидая более выгодной ценовой конъюнктуры или вообще потеряв интерес к этой транзакции. Такие злоупотребления особенно вероятны в отношении товаров, цены на которые достаточно изменчивы и при этом легко доступны (например, биржевые котировки акций, нефти и т.п.). В итоге мы имеем ситуацию, когда кредитор не только может получить неосновательное обогащение, но еще и получает стимул затягивать расторжение сколь угодно долго, держа нарушителя в подвешенном положении. Данное последствие нельзя назвать желательным, так как оно способствует сохранению неопределенного и нездорового положения в отношениях сторон, да и попросту провоцирует злоупотребление правом.

Конечно, на это можно возразить, что управой на недобросовестных кредиторов может быть ст. 10 ГК или ст. 404 ГК, требующая минимизации своих убытков. Тем не менее все же считаем, что эти контраргументы можно преодолеть. С одной стороны, известно, что наши суды нижестоящих инстанций ст. 10 ГК применяют крайне неохотно. Теория публичного выбора (public choice theory) это легко объясняет бюрократической сущностью судебной системы и страхом низших чиновников брать на себя ответственность, отходя от буквы закона во имя принципа добросовестности (как решение следование *status quo* всегда безопаснее для судьбы и его карьеры, чем смелое от него отступление). С другой стороны, при попытке применить правило о минимизации убытков (ст. 404 ГК) выясняется, что доказать факт умышленного затягивания расторжения с целью подгадать самое выгодное для кредитора значение рыночной цены и, соответственно, получить максимальную разницу в ценах для взыскания с нарушителя будет крайне сложно. Как определить, что кредитор расторг договор в такой-то момент только потому, что в этот момент разница между договорной и текущей рыночной ценой была максимальна, а не потому, что он по совпадению именно в этот момент устал ждать и решил прекратить договор? В итоге наш тезис о том, что институт абстрактных убытков может провоцировать злоупотребления, считаем защищенным.

Отчасти указанное выше злоупотребление можно нивелировать, если перенять правило об абстрактных убытках не из Венской конвенции, а из права ряда других стран (Англия, Италия, Германия, Австрия, Испания), в которых абстрактные убытки рассчитываются исходя из рыночных цен на данный товар (работы или услуги) на момент нарушения, а не на момент расторжения дого-

вора¹⁹. Тем самым мы сможем решить вторую из вышеуказанных проблем, возникающих при имплементации института абстрактных убытков, и сделаем данный способ калькуляции убытков несколько более корректным, лишив кредитора стимула затягивать с расторжением для максимизации взыскиваемой с должника суммы убытков. Но тем не менее остается без ответа другая наша претензия к этому институту: все-таки по каким политико-правовым соображениям кредитор вправе взыскать убытки, не соотносящиеся с его реальными потерями? Зачем дополнять вполне адекватный механизм взыскания разницы в ценах между расторгнутым и заключенным заменяющим договором таким странным механизмом, способным вызвать неосновательное обогащение кредитора? Нам могут ответить, что такой подход дает кредитору право получить средства, необходимые для заключения заменяющей сделки, заранее. Но, во-первых, в случае взыскания поставщиком абстрактных убытков от снижения рыночной цены ему никакие дополнительные средства вперед не требуются. Если он продал свой товар по заменяющей сделке из-за падения цен действительно дешевле, то может спокойно взыскать реальную разницу в ценах *ex post*. Если же он не заключил заменяющую сделку, то почему право должно вручать ему абстрактную разницу? Какой пострадавший интерес поставщика покрывает такое взыскание?

Во-вторых, если смотреть на ситуацию с позиции пострадавшего от нарушения покупателя, то действительно может показаться, что предоставление ему возможности получить абстрактные убытки в случае роста рыночных цен на контрактованный товар имеет целью предоставить ему дополнительные средства, необходимые для того, чтобы профинансировать заменяющую сделку. Например, покупатель заключил договор поставки и зарезервировал на эту покупку 1 млн руб., но поставщик не поставил товар, чем вынудил покупателя отказаться от договора. К моменту отказа или (что, как мы показали выше, более корректно) к моменту начала просрочки рыночная цена на товар резко выросла и потребует от покупателя при желании купить нужный ему товар тех же характеристик и того же количества на стороне уплатить 1,5 млн руб. Но у покупателя может не быть недостающих 500 тыс. руб., необходимых для покрытия дефицита, что дает ему право требовать от нарушившего договор первого поставщика перевода этой суммы «авансом». Но в этой логике не учитывается тот момент, что на практике никто без судебного решения убытки не выплачивает, а судебный процесс может занять от полугода до года с учетом всех инстанций пересмотра. За это время рыночная цена может сотни раз поменяться. К моменту исполнения судебного решения и получения наконец от первого постав-

¹⁹ См.: Principles of European Contract Law. Part I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Edited by O. Lando and H. Beale. The Hague: Kluwer Law Int., 2000. P. 450; *Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account.* Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 116.

щика нужных 500 тыс. руб. рыночная цена на данный товар, которую покупателю надо будет заплатить для исполнения заменяющей сделки, может как вырасти еще и опять оставить покупателя без необходимой суммы, так и вовсе упасть, превратив взысканную сумму в неосновательное обогащение. Поэтому считаем, что даже с точки зрения покупателя абстрактные убытки не могут успешно выполнять функцию получения недостающего финансирования для покрытия заменяющей сделки *ex ante*. На практике покупатели, расторгнувшие договор, если они действительно все еще заинтересованы в покупке данного товара, не будут ждать целый год исхода судебного дела и получения недостающей суммы по судебному решению, а заключат заменяющую сделку и профинансируют ее из своих или заемных средств сразу. Но тогда покупателю будет доступен нормальный механизм расчета убытков — взыскание реальной ценовой разницы *ex post* (конкретные убытки), и использование вместо него абстрактного механизма расчета просто теряет остатки своей моральной легитимности.

Учитывая сказанное, предлагаем по крайней мере серьезно задуматься над целесообразностью расширения сферы применения института абстрактных убытков, да и вообще о разумности его сохранения в правовом регулировании договора поставки. Если же законодатель все же решит это расширение сферы действия института абстрактных убытков поддержать, то мы бы рекомендовали сдвинуть момент определения рыночной цены на момент нарушения договора и тем самым лишить кредитора стимула затягивать с расторжением и подгадывать наибольший разрыв в уровне цен для взыскания максимального размера убытков.

II. Уменьшение цены как средство защиты прав кредитора

Предлагаем также в Проекте ввести общее правовое регулирование для такого средства защиты прав кредитора, как уменьшение цены. Данный механизм предполагает, что в случае некачественного выполнения должником своего обязательства кредитор, чье встречное предоставление состоит в уплате денег, имеет право на уменьшение цены, т.е. на снижение размера своего встречного предоставления, соразмерно ухудшению качества исполнения, осуществленного должником. Этот интересный институт сейчас, к сожалению, не закреплен в общих положениях об обязательствах, что неудивительно, учитывая в целом достаточно фрагментарный характер регулирования вопросов защиты прав кредитора в общей части российского ГК, но нашел свое отражение в ряде специальных норм. Так, согласно ст. 475 ГК покупатель вправе требовать соразмерного уменьшения цены в случае передачи ему некачественного товара.

Согласно ст. 723 ГК заказчик по договору подряда вправе требовать соразмерного уменьшения цены, если некачественно выполнены работы. Согласно же ст. 612 ГК право требовать уменьшения цены имеет арендатор в случае выявления дефектов в полученном в аренду имуществе. В силу того, что в нашем ГК данное средство защиты не имеет никакого сколько-нибудь внятного регулирования, не считая данных упоминаний этой меры в указанных статьях, возникает необходимость, во-первых, придать норме общее значение, включив его в общие положения об обязательствах. Во-вторых же, следует наконец включить в текст ГК нормы, более подробно регулирующие сам данный институт. За основу можно взять опыт права развитых зарубежных стран.

Институт уменьшения цены широко известен в романо-германском праве (ст. 441, 536, 638 ГГУ²⁰, ст. 1644 ФГК) и происходит из латинского института *actio quanti minoris*²¹. В общем праве данный механизм защиты как отдельный вид remedies не был известен и зачастую сливался с убытками, которые могут быть как взысканы кредитором с должника, так и удержаны из суммы причитающейся должнику оплаты в результате зачета (*set-off*)²². Несмотря на это, данный институт в качестве отдельного способа защиты нашел свое закрепление в тексте и Венской конвенции 1980 г. (ст. 50 ВК), и Принципов европейского контрактного права (ст. 9:401 Принципов ЕКП). Причем в последнем случае он вышел за рамки договора купли-продажи и предстал в качестве общего средства защиты, применимого к любому двустороннему договору, предусматривающему оплату.

За рубежом считается, что данный способ защиты может использоваться как в виде удержания части подлежащей уплате должнику цены, так и в виде иска о возврате соразмерной части уже оплаченной цены²³. На это в той или иной форме прямо указано и в ст. 50 ВК, и в ст. 9:401 Принципов ЕКП.

Сущность и основная характерная особенность данного средства защиты состоит не в том, что он, в отличие от убытков, выступает в качестве меры опе-

²⁰ В Германии при реформировании текста ГГУ предлагалось вслед за Принципами ЕКП вывести право на уменьшение цены в качестве общего средства защиты, вместо того чтобы предусматривать его в отношении отдельных видов договоров (купля-продажа, подряд, аренда). Но данные предложения в конечном итоге не прошли (См.: *Zimmermann R. The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives. Oxford, 2005. С. 76*).

²¹ Подробнее о происхождении см.: *Vanto J. Remarks on the Manner in Which the Principles of European Contract Law May be Used to Interpret or Supplement Article 50 of the CISG* (текст доступен в Интернете: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

²² *Bergsten E.E., Miller J. The Remedy of Reduction of Price // American Journal of Comparative Law. 1979. № 27. С. 255–277* (доступно в Интернете: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

²³ *Piliounis P.A. The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law? // Pace International Law Review. № 12. Spring 2000. P. 1–46* (доступно в Интернете: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

ративного воздействия и самозащиты: как мы только что заметили, уменьшение цены возможно и в виде иска о возврате соразмерной части уплаченной цены. Истинная природа данной меры, отличающая ее от убытков, состоит в том, что главная цель применения уменьшения цены состоит не столько в возложении на должника дополнительной имущественной нагрузки за допущенное нарушение, сколько в восстановлении эквивалентности товарно-денежных отношений. Поэтому уменьшение цены не является мерой ответственности в том ее понимании, которое господствует в нашем праве сейчас. Этот институт по своей природе направлен не столько на покрытие потерь кредитора, сколько на избежание неосновательного обогащения. Право не должно допускать, чтобы в результате нарушения требований к качеству товаров, работ, услуг или переданного в аренду имущества должник получал больше, чем это исполнение с учетом фактического качества стоит. По сути институт уменьшения цены корректирует цену товаров, работ, услуг или полученного в аренду имущества *ex post*. И в этом его принципиальное отличие от института гражданско-правовой ответственности.

В целом в зарубежной литературе абсолютно справедливо выделяется несколько существенных отличий института уменьшения цены от близкого по своей природе института договорных убытков.

Во-первых, к институту уменьшения цены не применяются правила об основаниях и условиях ответственности (вина, форс-мажор). Несправедливо заставлять покупателя платить полную цену за товар, который хотя и в силу форс-мажора, но оказался существенно хуже, чем было прописано в договоре. Например, если покупателю вместо зерна первого сорта, было поставлено зерно второго сорта, а потребительский кооператив-поставщик готов доказать свою невиновность со ссылкой на погодные и иные объективные условия, то при взыскании убытков покупателю, возможно, откажут в иске на основании невиновности должника, не выступающего в качестве предпринимателя. Соответственно, покупатель будет вынужден согласиться с тем, что он заплатил за зерно второго сорта по цене первого. Именно для защиты интересов покупателя в данной ситуации становится востребован механизм уменьшения цены, который не зависит от таких факторов, как вина и непреодолимая сила. Таким образом, очевидно, что для восстановления справедливости либо следовало бы ограничить применение правил об условиях ответственности в отношении убытков, вызванных непосредственно отступлением осуществленного исполнения от запланированного договором или предписанного законом качества, либо позволить кредитору взыскивать данный вид потерь не в рамках иска о взыскании убытков, а при помощи независимого способа защиты, не подчиняющегося нормам, относящимся к ответственности и убыткам.

В странах романо-германского права традиционно шли по второму пути и разработали институт уменьшения цены как альтернативу убыткам, предоставив право выбора кредитору. Основная цель здесь была в том, чтобы исключить применение правил об освобождении от ответственности к такого рода потерям. В этой связи в литературе неоднократно указывалось на тесную взаимосвязь между принятым в романо-германском праве принципом виновной ответственности и возникновением (а точнее, рецепцией) института уменьшения цены²⁴. Иными словами, данный институт был востребован в континентальных правовых системах в качестве альтернативы убыткам именно потому, что убытки в этих странах можно взыскать, как правило, в случае наличия вины. По замечанию многих исследователей, данное средство защиты с учетом отмеченного преимущества является крайне популярным в странах романо-германской системы права и востребованным в международной торговле²⁵.

В странах общего права традиционно ответственность за нарушение договора строилась на более жестких по отношению к должнику принципах. Невинность здесь не исключает возможность взыскания убытков. Поэтому в общем праве институт уменьшения цены никогда не был оформлен, а английские и американские юристы никогда толком не понимали, зачем нужно выводить уменьшение цены как отдельный способ защиты прав кредитора²⁶. При разработке Венской конвенции норма ст. 50 попала в текст только по настоянию доминирующих в количестве делегаций стран с континентальной системой права.

Учитывая, что практически во всех странах форс-мажор или непреодолимая сила освобождает от ответственности за убытки, а также тот факт, что в некоторых странах (включая и Россию) от ответственности освобождает в некоторых случаях и невинность, данное различие между двумя институтами проступает достаточно, чтобы можно было говорить о двух различных средствах защиты прав кредитора.

Во-вторых, институт уменьшения цены оказывает кредитору неоценимую услугу в случае, когда ему достаточно сложно доказать точный размер убытков. Например, в случае, когда товар закупался для некоммерческих целей (например, для передачи в дар или для использования в личных неимущественных целях), кредитору бывает крайне сложно доказать размер своих убытков, вызван-

²⁴ Liu C. Price Reduction for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law. 2nd Edition: Case annotated update, March 2005 (доступно в Интернете: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

²⁵ Liu C. Price Reduction for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law. 2nd Edition: Case annotated update, March 2005 (доступно в Интернете: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

²⁶ Honnold J.O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 3rd Edition. 1999. P. 337 (текст доступен в Интернете: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

ных ненадлежащим качеством переданного товара. В таких ситуациях соразмерное уменьшение цены может выступать удобной альтернативой взысканию убытков.

В-третьих, кредитор вправе воспользоваться правом на уменьшение цены в одностороннем порядке, не обращаясь в суд, путем простого объявления об уменьшении размера своего денежного обязательства. Безусловно очевидно, что данная особенность проступает только в случае, когда кредитор еще не уплатил цену. В тех же случаях, когда цена уже уплачена, данное средство защиты реализуется через иск кредитора о взыскании соответствующей части уплаченной цены.

В-четвертых, убытки рассчитываются исходя из цен, существовавших либо на момент добровольного устранения допущенного нарушения, либо на момент предъявления иска, либо на момент вынесения решения (ст. 393 ГК), в то время как при уменьшении цены могут быть использованы иные правила в отношении момента расчета цен. Согласно зарубежной литературе исходя из смысла и характера института уменьшения цены, при определении соразмерности должны приниматься во внимание цены на аналогичное, но качественное исполнение, существовавшие на момент заключения договора. Так, п. 3 ст. 441 ГГУ указывает именно на момент заключения договора как на определяющий при расчете уменьшения цены. Соответственно, если с момента совершения сделки цены не изменились, данная разница практически не проявляется. Если же цены существенно изменились, то становится очевидным, что при инфляции кредитору выгоднее требовать взыскания убытков, а при дефляции — уменьшения цены.

Такой подход был отражен в изначальном проекте Венской конвенции. Но впоследствии текст ст. 50 ВК был изменен, и в окончательную редакцию попала норма, отличающая подход к данному вопросу Венской конвенции от подходов, отраженных в аналогичных статьях внутреннего законодательства многих европейских стран. Согласно ст. 50 Венской конвенции при расчете уменьшения цены должны сравниваться стоимость того некачественного товара, который был реально поставлен, с одной стороны, и стоимость аналогичного товара надлежащего качества, с другой стороны, исходя из цен, существовавших на момент фактической поставки товара²⁷. Вслед за данным положением Венской конвенции к моменту исполнения должником своего обязательства привязали определение цены и Принципы ЕКП (п. 1 ст. 9:401)²⁸.

²⁷ Подробнее о ходе обсуждения данного вопроса при разработке Венской конвенции см.: *Honnold J.O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 3rd Edition. 1999. P. 340* (текст доступен в Интернете: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

²⁸ Подробнее о причинах такого изменения позиции см.: *Will M. Commentary to Art. 50 of the CISG // Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law. Milan, 1987. P. 333–341* (текст доступен в Интернете: <http://www.cisg.law.pace.edu>).

Так что в принципе возможны два подхода к определению момента, на который должны фиксироваться цены при расчете уменьшения цены. Детальное изучение института уменьшения цены не входит в рамки настоящей статьи. Поэтому мы воздержимся от окончательного решения в отношении наиболее оптимального подхода к определению момента, на который должны фиксироваться расчетные цены при уменьшении цены. Тем не менее, видимо, наиболее разумным является учет цен на момент осуществления должником ненадлежащего исполнения.

В-пятых, в отношении совместимости иска о взыскании убытков и института уменьшения цены следует отметить подход, отраженный в тексте Принципов ЕКП (ст. 9:401), согласно которому если кредитор решил воспользоваться механизмом уменьшения цены, то он вправе требовать одновременно и взыскания убытков, за исключением убытков от уменьшения в результате допущенных должником дефектов стоимости осуществленного исполнения. Таким образом, право не должно допускать двойной компенсации одних и тех же потерь.

Мы полностью поддерживаем включение в наше право данного института в том универсальном виде, в котором он отражен в Принципах ЕКП, и сожалеем, что наш законодатель был столь скуп в отношении регулирования этого механизма. Для исправления этой ситуации мы, во-первых, предлагаем установить право требовать соразмерного уменьшения цены в случае исполнения договора с ненадлежащим качеством применительно ко всем предусматривающим оплату двусторонним договорам. Во-вторых, предлагаем в норме, которая будет включена в общие положения об обязательствах для регулирования данного института, не поспушиться и четко обозначить решения ряда вышеуказанных вопросов о правовой природе, соотношении с убытками, применении правил об основаниях освобождения от ответственности, о моменте определения цен и т.д.

III. Оптимизация правового режима процентов годовых

Предложения Проекта в части оптимизации правового режима процентов годовых в целом не вызывают возражений. Но тем не менее считаем, что упускается серьезная возможность повысить эффективность данной меры, которая сейчас является крайне низкой. Свои подробные предложения на сей счет мы недавно излагали в одной из статей²⁹. Поэтому здесь не будем подробно аргументировать, а лишь констатируем нашу позицию.

²⁹ Каралетов А.Г. Оптимизация правового режима процентов годовых: в поисках справедливости и экономической эффективности // Вестник гражданского права. 2008. Т. 8. № 4. С. 17–69.

Она сводится к тому, что установление уровня процентов годовых в виде привязки к ставке рефинансирования ЦБ приводит к недокомпенсации кредитора и дает должнику стимулы нарушать договор. Объясняется все просто. Ставки процентов в экономике в силу природы самой ставки рефинансирования ЦБ на порядок ее выше, так как банки должны зарабатывать на перенаправлении средств полученных от ЦБ в экономику. В итоге должнику, испытывающему дефицит финансов, становится более выгодным незаконно кредитоваться за счет своих кредиторов, чем вести себя цивилизованно, погашать свои долги и обращаться в банки за кредитными ресурсами. Наше предложение очень простое. Надо сделать то, что сейчас сделано во всех странах ЕС (директива ЕС от 29 июня 2000 г. № 2000/35/ЕС «О борьбе с просрочками платежа при исполнении коммерческих контрактов», имплементированная на настоящий момент в праве Германии, Франции, Англии и всех других стран ЕС)³⁰. А именно — следует установить расчетную ставку процентов годовых на уровне 7–10 процентных пунктов (согласно Директиве — не менее 7 пунктов) выше уровня ставки рефинансирования ЦБ. Право должно как минимум лишать должника любой выгоды от нарушения договора, если мы, конечно, всерьез хотим бороться с постоянными нарушениями расчетной дисциплины. С вполне очевидной политико-правовой точки зрения при волонтаристском кредитовании за счет задержания платежей своим кредиторам должник должен быть поставлен в условия, как минимум, не лучшие, чем те, в которых он бы оказался, возьми он краткосрочный необеспеченный банковский кредит в той же валюте, что и валюта долга по нарушенному договору. Экономический анализ права здесь дает абсолютно однозначный вывод о необходимости поднятия уровня ответственности, которую несет неплательщик, выше ставки рефинансирования ЦБ. Если ставка рефинансирования ЦБ равна, скажем, 13% годовым, а средняя ставка краткосрочного кредита в рублях будет не менее 20–25% (как то и имеет место в реальности на момент написания этой статьи), то поведение рационального и не сильно обремененного моральными императивами предпринимателя, испытывающего финансовые затруднения, достаточно легко предсказать. Без всяких сомнений он будет договор нарушать. Поэтому право должно создать такие стимулы, которые удорожат для такого должника стоимость незаконного кредита за счет увеличения бремени ответственности за просрочку платежа и тем самым подтолкнут его к законному и цивилизованному способу решения проблем дефицита финансов. Данная идея в равной степени может быть объяснена как с точки зрения law and economics, так и с точки зрения принципов справедливости — в первую очередь идеи о том, что никто не дол-

³⁰ Текст Директивы, комментарии и данные о ее имплементации в национальном законодательстве европейских стран см.: <http://www.europa.eu.int>.

жен обогащаться за счет правонарушения. Сейчас же получается просто абсурдная картина. В Европе, где нет серьезных проблем с договорной дисциплиной, неплательщик уплачивает кредитору проценты годовые по ставкам, выше среднеевропейского уровня инфляции на 7 процентных пунктов, что в итоге делает конечную ставку процентов сопоставимой с российской ставкой ЦБ. А в России, где установление договорной дисциплины в экономике является одной из наиболее актуальных проблем, которая будет только обостряться в условиях, видимо, начавшейся длительной стагнации экономики, уровень ответственности за просрочку платежа еле-еле покрывает уровень инфляции. Иначе говоря, по сути в России должник не несет ответственность за просрочку платежа, а только индексирует сумму с учетом инфляции. Ну какой предприниматель, испытывающий сложности с финансами, в этих условиях будет платить в срок? Унификация российского и европейского права в этом вопросе давно назрела, и совершенствование ГК дает нам отличный повод, не воспользоваться которым было бы неразумно.

Единственное уточнение, которое надо сделать, заключается в том, что в отношении некоммерческих должников, возможно, стоит установить меньший уровень ответственности, как это сейчас сделано в ГГУ, где по сделкам без участия потребителя проценты годовые определяются как 8 процентных пунктов выше уровня базисной процентной ставки, а по сделкам с участием потребителей формула расчета процентов годовых включает увеличение базовой процентной ставки лишь на 5 дополнительных процентных пунктов (ст. 288 ГГУ в новой редакции).

В той же статье нами выдвинут и ряд других предложений, некоторые из которых мы здесь просто кратко обозначим как целесообразные для закрепления в тексте Кодекса.

Во-первых, ставка процентов должна определяться не на момент погашения долга или предъявления иска о взыскании долга, а рассчитываться по отрезкам вслед за изменениями ставки рефинансирования ЦБ. Это более последовательно проводит идею компенсационной природы данной меры, особенно в условиях колебаний ставки рефинансирования ЦБ. Иначе должник при снижающейся динамике ставки ЦБ получает стимул затянуть с платежом, дождавшись фиксации ставки на самом низком уровне. Ведь согласно действующему режиму он будет платить проценты годовые за весь, вполне возможно, достаточно длительный период просрочки по той, возможно, самой низкой ставке (конечно, при тенденции снижения ставки ЦБ), которая имеется на момент добровольного погашения долга или будет иметься к моменту подачи кредитором иска о взыскании долга. Многие кредиторы интуитивно осознают логичность такого расчета процентов годовых по периодам и пытаются его использовать, но, как правило, не находят понимания в судах (в том числе и в Президиуме ВАС

РФ) в силу того, что такой способ расчета процентов прямо противоречит тексту ст. 395 ГК³¹. Изменение ГК способно легко эту ситуацию изменить.

Во-вторых, следует четче закрепить право, упомянутое в постановлении Пленума ВАС и Верховного Суда РФ № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ» (п. 51), на взыскание процентов годовых по непогашенному долгу на будущее время. В этом Постановлении кредитору дается право подавать в суд одновременно с иском о взыскании долга расчет процентов годовых не в виде конкретной суммы, начисленной по день подачи иска, а в виде формулы, расчет которой сформирует точную сумму начисленных процентов только к моменту исполнения судебного решения о взыскании основного долга. Сейчас это положение выводится в Постановлении № 6/8 из толкования ст. 395 ГК. Но следовало бы конкретизировать данное право и, что даже более важно, процессуально обеспечить реализацию такого права путем принятия поправок в АПК, Закон об исполнительном производстве и Налоговый кодекс РФ в части специфики расчета государственной пошлины при такой форме подачи иска. Поэтому в этом вопросе важно не столько изменить в этой части ГК (можно обойтись и без этого), сколько процессуально обеспечить это право, приняв соответствующие поправки в процессуальное законодательство³².

В-третьих, следует распространить норму п. 4 ст. 487 ГК, которая дает покупателю, уплатившему предоплату, но не получившему товар, право начислять на продавца проценты годовые по ст. 395 ГК начиная с момента, когда продавец должен был поставить товар, на все остальные договоры, в которых предусматривается авансирование или предоплата. Сейчас норма п. 4 ст. 487 ГК обычно рассматривается как исключение (законная неустойка, рассчитываемая по формуле, аналогичной той, которая предусмотрена в ст. 395 ГК)³³. Но достаточно очевидна искусственность данного приема, примиряющего конвенциональный взгляд на проценты годовые как на ответственность за нарушение денежного обязательства, которого в случае непоставки предоплаченных товаров, конечно же, нет, с самим фактом наличия в п. 4 ст. 487 ГК указания на ст. 395 ГК. Куда логичнее пересмотреть взгляд на проценты годовые как на меру ответственно-

³¹ В качестве примеров, когда Президиум ВАС РФ выступал против такого более сложного, но, на наш взгляд, более справедливого способа расчета процентов годовых, можно привести постановления от 14 октября 1997 г. № 1903/97, от 1 декабря 1998 г. № 2117/98, от 21 марта 2000 г. № 5689/99.

³² Сейчас из-за процессуальной необеспеченности этой разумной идеи, выдвинутой в Постановлении № 6/8, суды часто отказывают в таком способе начисления процентов, что вынуждало Президиум ВАС РФ неоднократно вмешиваться и напоминать о том, что суды должны исполнять положения постановлений Пленума ВАС беспрекословно и не могут чинить препятствия для взыскания процентов на будущее время в виде формулы (см., например: постановления Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. № 8447/98 или от 23 октября 2001 г. № 777/01).

³³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2003. С. 690–691.

сти за нарушение исключительно денежного обязательства и рассматривать данный инструмент в качестве особой меры ответственности (или особой разновидности законной неустойки), применяемой за нарушение договора, влекущее неправомерное удержание или использование чужих денежных средств, а равно денежных средств, полученных от кредитора в качестве предоплаты или аванса за будущее встречное исполнение, а также уклонение от их возврата, иную просрочку в их уплате либо неосновательное получение или сбережение за счет другого лица. Такой подход расширит применение института процентов и позволит использовать его и тогда, когда продавец, исполнитель или подрядчик, получив предоплату, своевременно свои встречные обязательства не исполняют и, следовательно, пользуются полученными деньгами необоснованно. Ведь действительно, кто может убедительно объяснить, почему такое право есть у покупателя по договору купли-продажи и нет у заказчика по договору подряда или оказания услуг? В чем сущностная, политико-правовая разница? Позволим себе предположить, что ее попросту нет. А следовательно, и нет смысла проводить такую жесткую черту между договорами купли-продажи и другими договорами. Надо быть последовательными. Тем более что такое применение ст. 395 ГК с политико-правовой точки зрения представляется нам вполне оправданным и в целом способствующим повышению уровня защищенности контрагентов договора. Это объясняется тем, что в силу невысокой правовой грамотности многих участников оборота, а также случаев явного неравенства переговорных сил настоять на включении в договор пени за просрочку в оказании услуг или выполнении работ зачастую не удается. Было бы неплохо, если бы законодательство в этой ситуации помогало «слабым» участникам оборота, прописывая диспозитивную норму, способную заполнить данный пробел.

IV. Присуждение к исполнению договорного обязательства в натуре

Сожалеем, что разработчики Проекта не воспользовались возможностью внести хоть какую-то ясность в вопросе о том, каков режим исков о присуждении к исполнению договорного обязательства в натуре. Такие иски достаточно часто вызывают серьезные затруднения в правоприменительной практике. Как покупателю акций добиться их переоформления в случае уклонения продавца от оформления передаточного распоряжения? Каков режим принуждения к исполнению условия предварительного договора о заключении основного договора? Можно ли требовать исполнения обязательства по поставке родовых товаров в натуре? Требуется ли при этом доказывать фактическое наличие требуемого товара у продавца? Возможен ли иск о принуждении продавца к передаче недвижимости в натуре или покупатель может подать иск о принудительной регистрации перехода права собственности? Возможен ли иск к энергоснабжающей

организации о принуждении к передаче энергии в договорном объеме? Можно ли принуждать исполнителя или подрядчика к оказанию услуг или выполнению работ? Все эти вопросы — нередкие гости в том числе и в практике ВАС РФ. Причем в силу отсутствия сколько-нибудь внятных норм действующего ГК на сей счет (за исключением упоминания возможности такого способа защиты в ст. 12 ГК, абсолютно абсурдных и не применяемых на практике норм ст. 396 ГК и указания на право истребовать индивидуально-определенную вещь в ст. 398 ГК) реализация данного иска на практике крайне затруднена. Не пора ли внести ясность? Тем более что есть хороший западный опыт (включая Принципы УНИДРУА, Принципы европейского контрактного права, ГК Голландии, новую редакцию ГГУ), который при творческой и критической переработке может быть использован при решении ряда из данных проблем в нашей стране.

В Проекте предлагается установить правило, согласно которому в случае неисполнения должником принятого на себя обязательства кредитор вправе потребовать его принудительного исполнения по суду, если иное не предусмотрено ГК РФ, иными законами или не вытекает из существа обязательства. По большому счету это правило, конечно, шаг вперед, но очень небольшой. И в действующей редакции ГК есть ст. 12 ГК, в которой говорится о праве требовать исполнения обязанности в натуре. По сути предложение Проекта повторяет ту же идею, только применительно к обязательственным отношениям. Главное новшество здесь в том, что случаи, когда принуждение невозможно, могут вытекать из природы обязательства. Под эту природу можно в принципе подвести любое выработанное в судебной практике ВАС ограничение на подобный иск. В принципе такое решение можно признать удобным тогда, когда у законодателя нет четкого понимания, когда и что нужно ограничивать, но есть четкая интуиция, что потребность в частных ограничениях существует. Тогда, чтобы развязать руки судьям, законодатель оставляет в нормах такого рода лазейки, позволяющие судам отойти от формального следования норме и легализовать это ссылкой на «особую природу обязательства». Но все же считаем, что уже сейчас некоторые случаи, когда такое принуждение является неадекватным, вполне очевидны, и их можно было бы прямо закрепить в тексте ГК РФ как примеры той самой пресловутой «особой природы», оставив перечень таких ограничений открытым. Это, с одной стороны, позволит судам дальше нащупывать нужные дифференциации, а с другой — транспарентно закрепит те конкретные ограничения, которые уже являются очевидными.

Подробно аргументировать наши предложения здесь не будем, учитывая наличие специальной книги по данной проблематике, написанной автором данной статьи ранее³⁴. Общая идеология наших предложений сводится к то-

³⁴ Каралетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М., 2003. Кроме того, см.: Павлов А.А. Присуждение к исполнению обязанности как способ защиты гражданских прав. СПб., 2001.

му, чтобы права кредитора на юрисдикционную защиту своего требования об исполнении договорного обязательства в натуре были по общему правилу признаны, но в некоторых случаях ограничены специальными указаниями закона. В законодательстве РФ такие исключения не определены, но за рубежом в Принципах Европейского контрактного права, Принципах УНИДРУА, в законодательстве многих стран (от Германии и Англии до Китая), а также в некоторых работах российских цивилистов³⁵ выделяется целый ряд подобных ограничений в отношении требования реального исполнения договорного обязательства. Отсутствие же в российском законодательстве четких норм в отношении условий допустимости судебного принуждения при исполнении договорных обязательств вызывает массу проблем, связанных с тем, что и юристы-практики, и судьи находятся в полном неведении в отношении вопроса о допустимости подобных исков в тех или иных случаях. Это вызывает разноречивой в судебной практике и высокую степень непредсказуемости в рассмотрении подобных дел. Взять хотя бы иски покупателей акций, направленные на получение акций, не переоформленных продавцом, как того требовал договор купли-продажи акций. Какие только иски ни подают покупатели! В практике Президиума ВАС РФ можно встретить случаи и подачи исков об истребовании не переоформленных на покупателя акций в порядке ст. 398 ГК как индивидуально-определенных вещей, и иски о признании на них права собственности³⁶. Оба варианта Президиуму ВАС РФ пришлось отвергнуть со ссылками на выбор неверного способа защиты. Но отчего юристы не могут решить, казалось бы, элементарный вопрос о том, как сформулировать искомые требования, направленные на принудительное исполнение? Главнейшая причина — в отсутствии общего регулирования проблем принуждения к исполнению договора в ГК.

В то же время нельзя не признать, что за последние годы судебная практика ВАС РФ постепенно «нащупывает» определенные ориентиры, которых следует придерживаться суду при рассмотрении некоторых видов таких требований. Соответственно, постепенно выявляются условия допустимости присуждения к исполнению договорного обязательства в натуре, при отсутствии которых кредитору будет отказано в удовлетворении данного иска. Так, уже устоялась практика, согласно которой покупателю как недвижимости, так и родовых товаров для выигрыша дела о присуждении к передаче им имущества в натуре необхо-

³⁵ См., например: *Каралетов А.Г.* Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М., 2003; *Павлов А.А.* Присуждение к исполнению обязанности как способ защиты гражданских прав. СПб., 2001; *Гришин Д.* Теоретические и практические аспекты исполнения обязательств в натуре // *эж-Юрист*. 2001. № 32. С. 12

³⁶ См., например: постановления Президиума ВАС РФ от 1 марта 2005 г. № 8815/04 и от 1 марта 2005 г. № 10407/04.

димо доказать фактическое его наличие у ответчика³⁷. Но в целом из различных разрозненных судебных постановлений единый правовой режим данной меры защиты пока не складывается. Кроме того, ограничения, которые вводит ВАС РФ в отношении ряда видов иска о присуждении к исполнению обязательства в натуре, не основаны на законе, что вызывает у некоторых юристов вполне понятные сомнения в отношении их формальной допустимости. Так, например, Президиум ВАС РФ неоднократно отклонял иски о перечислении средств согласно платежному поручению, о выполнении работ или услуг в натуре со ссылкой на неэффективность данного средства защиты, отсутствие эффективных механизмов исполнения подобных решений и тому подобным не формально-юридическим основаниям³⁸. Сложившаяся ситуация вызывает к установлению на уровне ГК неких четких ориентиров в отношении допустимости иска о присуждении к исполнению договорного обязательства в натуре. Иначе разрыв между положениями ГК и учебников по гражданскому праву, которые твердят о принципе реального исполнения, с одной стороны, и реальной судебной практикой ВАС РФ, с другой стороны, в этом вопросе становится уж очень заметным, что, конечно же, не фатально, но нельзя признать отвечающим принципам транспарентности и предсказуемости права.

Мы в одной из предыдущих работ подробно останавливались на данном вопросе и, проанализировав опыт зарубежных стран, акты международной унификации договорного права, нормы отечественного ГК, судебную практику и политико-правовые соображения, выдвинули определенные предложения, которые в целом отражают общие тенденции развития правового регулирования в зарубежных странах по данной проблеме. Итак, попытаемся составить список случаев, когда судебное принуждение следует признать неадекватным.

1. Кредитор теряет право требовать исполнения в натуре неденежного обязательства, когда исполнение судебного решения затруднительно (как с точки зрения возможностей должника, так и с точки зрения наличия реальных механизмов эффективной реализации судебного решения на стадии исполнительного производства), и при этом такое исполнение может быть без больших затруднений добыто кредитором из другого источника (т.е. должник легко заменим)³⁹.

³⁷ См. например: постановления Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2002 г. № 2478/01, № 607/96, от 28 мая 1996 г., № 3260/03 от 24 июня 2003 г.

³⁸ Постановления Президиума ВАС РФ от 11 апреля 2000 г. № 7883/99, от 14 августа 2001 г. № 9162/00, от 7 марта 2000 г. № 4386/99.

³⁹ Здесь следует учесть, что если должник незаменяем, а также если его замена излишне затруднительна или неадекватна реальным интересам кредитора, то затруднительность самого исполнения обязательства не может служить достаточным основанием для лишения кредитора права требовать исполнения в натуре. Таким же образом если должник легко заменим, но исполнение договора должником может быть осуществлено без особых затруднений, то кредитор имеет право требовать исполнения в натуре. Только одновременное наличие обоих факторов позволяет говорить о действии данного ограничения.

Если судебное принуждение проблематично реализовать на стадии исполнительного производства или такое принуждение будет накладываться на должника несоразмерные обременения и при этом кредитор без значительных проблем может заключить заменяющую сделку, право не должно поддерживать принуждение, а должно подталкивать кредитора к расторжению договора и заключению заменяющей сделки с контрагентом, имеющим возможность и желание исполнять договор. Такое поведение кредитора в большинстве случаев является наиболее эффективным, так как в итоге договор будет исполнять тот, кто испытывает к этому реальный экономический интерес. При применении такого подхода, например, судебное принуждение должника к оказанию услуг или выполнению работ следует отвергнуть, за исключением случая, когда должник является единственным возможным исполнителем (подрядчиком) на данном рынке. Также следует отвергать иски о поставке родовых товаров в натуре, если в деле не имеется доказательств фактического наличия товара у ответчика, так как в обратном случае исполнить решение о поставке товара через службу судебных приставов будет крайне сложно. Пристав не сможет приехать и изъять присужденный истцу товар, а будет вынужден путем бесконечного начисления судебных штрафов подталкивать ответчика-поставщика закупать отсутствующий у него товар и отгружать его покупателю. Но если товар имеется на рынке, для покупателя куда проще отказаться от нарушенного договора, купить нужный товар у третьего лица и взыскать с нарушителя все убытки, включая разницу в ценах. Поэтому, поскольку при отсутствии у ответчика этого товара принудительное исполнение будет крайне трудным, долгим и неэффективным, исполнение в натуре под судебным контролем следует признать затруднительным, что в сочетании с фактором наличия возможностей купить аналогичный товар на стороне в силу нашего комбинированного критерия будет влечь отказ в иске о принудительном исполнении.

2. Кредитор теряет право требовать исполнения в натуре неденежного обязательства, если не предъявит это требование в течение разумного срока после того, как ему стало известно или должно было стать известным об этом нарушении. В случае, когда кредитор не заявляет в суд иск об исполнении в натуре (например, о поставке товара) на протяжении долгого времени, имея при этом все возможности подать такой иск или отказаться от договора и тем самым разрешить конфликтную ситуацию наиболее адекватным для сторон способом, он ставит должника в очень затруднительное положение, что вряд ли можно признать целесообразным. Соответственно, в случае пропуска разумного срока на предъявление иска о присуждении к исполнению обязательства в натуре неденежного обязательства (например, поставки товара) кредитору остается только расторгнуть договор и требовать возврата уплаченной предоплаты. Данное ограничение активно применяется в общем праве Англии, отражено в финском и

шведском законах о купле-продаже товаров (ст. 23), датском Законе о купле-продаже товаров (ст. 26), бельгийской судебной практике, в Законе о контрактах КНР 1999 г. (ст. 109–110), а также в п. 3 ст. 9:102 Принципов европейского контрактного права.

3. Исковые требования, направленные на принудительное исполнение денежного или неденежного обязательства, которое по договору должно было быть исполнено безвозмездно, также должно отклоняться судом. Требованиям внесения пожертвования в судебном порядке право не должно допускать, а права одаряемого должны быть ограничены взысканием убытков. Это ограничение вытекает из соображений морали.

4. Должны отклоняться иски об исполнении денежного или неденежного договорного обязательства в натуре, если это принуждает должника участвовать в исполнении, которое тесно связано с личностью должника или сопряжено с необходимостью тесного и продолжительного взаимодействия сторон. Так, например, недопустимо принуждение к написанию литературного произведения или ведению телевизионного шоу. Здесь, в отличие от первого ограничителя, даже незаменимость должника не дает кредитору права требовать принудительного исполнения. Это ограничение действует в большинстве стран мира и признается и Принципами УНИДРУА (п. 7.2 Принципов УНИДРУА), и Принципами европейского контрактного права (ст. 9:102).

5. Кредитор не может требовать в суде исполнения денежного или неденежного обязательства до тех пор, пока сам не предоставит свое встречное исполнение в соответствии со ст. 328 ГК. Так, кредитор не может требовать предоставления коммерческого кредита в натуре⁴⁰ (например, покупатель не может требовать принудительной передачи еще не оплаченного товара, продавец не может требовать взыскания предварительной оплаты или аванса и т.п.), а заемщик не может понуждать банк выдать банковский кредит⁴¹ и т.д. Данная идея отчасти отражена в ст. 9:101 Принципов европейского контрактного права, где устанавливается, что кредитор, еще не осуществивший свое встречное исполнение, не вправе взыскать созревший денежный долг (речь идет об обязанности выплатить предоплату) при условии, что принуждение было бы неразумно в

⁴⁰ Есть основания считать, что данный подход постепенно воспринимается российской судебной практикой, в которой в последние годы все чаще встречаются случаи отказа кредитору в праве истребовать в принудительном порядке аванс или предоплату с покупателя или заказчика на основании ст. 328 ГК (см.: постановления ФАС Московского округа от 27 апреля 2004 г. № КГ-А40/3186-04, от 24 августа 2004 № КГ-А40/7196-04 и др).

⁴¹ По данному вопросу Президиум ВАС РФ четко высказался в п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с зачетом встречных однородных требований», в котором указано, что исходя из существа кредитного договора требовать выплаты кредита в натуре в принудительном порядке нельзя, несмотря на консенсуальный характер договора кредита.

данных обстоятельствах или кредитор мог бы легко заменить должника, заключив заменяющую сделку. Вопрос о том, стоит ли запрет на взыскание предоплаты оговорить исключениями на манер этой статьи Принципов европейского контрактного права, можно также обсуждать.

Прямое закрепление подобных ограничений, как это сейчас (с теми или иными вариациями в списке ограничений) сделано в Принципах УНИДРУА, Принципах Европейского контрактного права и праве ряда европейских стран, будет способствовать становлению более транспарентного правового регулирования и даст и судам, и истцам ясные указания в отношении доступного инструментария защиты нарушенных прав.