

ОПТИМИЗАЦИЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМА ПРОЦЕНТОВ ГОДОВЫХ: В ПОИСКАХ СПРАВЕДЛИВОСТИ И ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ЭФФЕКТИВНОСТИ



А.Г. КАРАПЕТОВ,

кандидат юридических наук,
магистр частного права,
ректор Юридического института «М-ЛОГОС»,
заведующий кафедрой Государственной академии
повышения квалификации (ГАСИС)

В настоящей статье мы попытаемся доказать, что в современных условиях назрела насущная необходимость пересмотреть ряд устоявшихся за последние 10 лет подходов к применению, пожалуй, одного из самых распространенных в нашем договорном праве средств защиты – процентов годовых, предусмотренных в ст. 395 ГК за незаконное использование чужих денежных средств.

Вступление в силу части первой ГК РФ породило множество новых правовых институтов и целых дискурсов, а также придало новый импульс для развития уже в той или иной степени знакомых дореволюционному и советскому праву юридических инструментов. К разряду последних относятся и проценты годовые, начисление которых сейчас предусмотрено в ст. 395 ГК РФ. В силу особой актуальности данного средства правовой защиты сразу же после вступления в силу нового законодательства суды оказались завалены десятками сложнейших вопросов применения этого института, начиная от определения применимой ставки и заканчивая возможностью одновременного взыскания процентов годовых и неустойки, предусмотренной договором.

К чести нашей правовой науки за последовавшие после 1995 г. несколько лет к институту процентов годовых было приковано значительное внимание правоведов, написано несколько научных монографий и десятки статей¹. Основные

¹ См., напр.: *Розенберг М.Г.* Ответственность за неисполнение денежного обязательства: комментарий к ГК РФ. М., 1995; *Новоселова Л.А.* Проценты по денежным обязательствам. М., 2000 и множество статей в научной периодике.

споры велись вокруг вопроса о юридической природе процентов годовых, но немало копий было сломано и вокруг остальных правовых проблем применения данного института.

Здесь нет необходимости углубляться в детали данных дискуссий. Отметим лишь, что в отношении правовой природы высказывалось несколько наиболее авторитетных точек зрения².

Во-первых, достаточно сильной выглядела позиция ряда авторов, выступавших за признание процентов годовых в качестве меры ответственности. Мы в свою очередь также придерживаемся данной позиции, если оценивать правовой режим данного института в том виде, как он урегулирован в тексте ГК. Данный вывод основывается не столько на том, что сама статья обозначается как «Ответственность за неисполнение денежного обязательства», сколько на том, что согласно ст. 395 ГК убытки взыскиваются в зачет с процентами годовыми. Это значит, что в силу действующих норм ГК РФ проценты годовые имеют правовую природу, близкую к договорным убыткам, что однозначным образом относит данный институт к мерам ответственности³. При анализе позиций авторов, относящих проценты годовые к категории ответственности, выделяются несколько точек зрения. Так, высказывался взгляд на проценты годовые как на убытки, понесенные кредитором в связи с просрочкой в получении причитающихся денег и выражающиеся в виде упущенной выгоды, которую мог бы извлечь кредитор, имея он означенную сумму в срок и поместил эту сумму во вклад в банк⁴. Достаточно распространено было мнение о том, что проценты годовые являются особой законной диспозитивной неустойкой, предусмотренной на случай нарушения денежного обязательства⁵. Наконец, существовало мнение, что проценты годовые являются особой, специфической мерой гражданско-правовой ответственности наряду с неустойкой и убытками⁶. В целом следует заметить, что подход к процентам годовым как мере ответственности соответствовал подходам, выработанным в национальном законодательстве многих европейских стран,

² Более подробный анализ сложившихся точек зрения на природу процентов см.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Общие положения. Книга первая. М., 2003. С. 676–687.

³ См.: *Каралетов А.Г.* Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М., 2005. С. 117.

⁴ См.: *Садиков О.Н.* Обеспечение исполнения внешнеторгового договора. М., 1979. С. 5–6; *Либерман Ф.Х.* Расчетная дисциплина при поставках. М., 1974. С. 115; *Белов В.А.* Юридическая природа процентов по ст. 395 ГК РФ // *Бизнес и банки.* 1996. № 14. С. 2.

⁵ См.: *Гаврилов Э.* Ответственность за неисполнение денежного обязательства // *Российская юстиция.* 1997. № 11; *Эрделевский А.М.* Ответственность за неисполнение денежных обязательств // *Финансовая газета.* Региональный выпуск. 1998. № 45. По большому счету этой же точки зрения в отношении правовой природы процентов годовых придерживаемся и мы, если характеризовать проценты годовых в том виде, как они закреплены сейчас в судебной практике (*Каралетов А.Г.* Указ. соч. С. 104–117).

⁶ См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2003. С. 689; *Пугинский Б.И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственной деятельности. С. 140.

в которых данный способ защиты часто обозначается именно как способ компенсации убытков или способ ограничения размера убытков⁷.

Во-вторых, существовало мнение, поддерживаемое многими авторами, о том, что проценты годовые было бы лучше представлять как особую плату (вознаграждение) за пользование капиталом, а не как разновидность гражданско-правовой ответственности, что означало бы, в частности, неприменение правил об основаниях и условиях привлечения к ответственности к требованиям об уплате процентов годовых, а также возможность взыскания неустойки в полном размере независимо от начисленных процентов, а не в зачет с ними, а также ряд иных последствий⁸. Данный подход, сближающий проценты годовые по ст. 395 ГК с процентами за пользование займом (кредитом), опирался на ряд положений актов международной унификации договорного права (в первую очередь Венскую конвенцию 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА и отчасти Принципы европейского контрактного права), в которых проценты годовые с той или иной степенью явности закреплены именно в качестве платы за пользование капиталом⁹. При таком подходе начисление процентов основано не на стремлении компенсировать кредитору убытки, а на презумпции, согласно которой деньги, следуя своей сути, порождают проценты в виде естественного прироста, а так как должник удерживает деньги незаконно, он должен передать образовавшийся прирост кредитору в качестве платы за пользование такого рода несанкционированного займа и во избежание неосновательного обогащения¹⁰.

Но в конечном счете к концу 1998 г. победу одержала точка зрения, согласно которой проценты годовые представляют собой меру ответственности. Позиция, согласно которой проценты виделись особой платой за пользование капиталом, не была поддержана высшими судебными инстанциями.

До принятия Высшим Арбитражным Судом РФ (далее – ВАС РФ) и Верховным Судом РФ (далее – ВС РФ) совместного Постановления Пленумов № 13/14 от 8 октября 1998 г. «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средст-

⁷ См.: *Каралетов А.Г.* Указ. соч. С. 93–99.

⁸ См.: *Розенберг М.Г.* Указ. соч. С. 12–3; *Суханов Е.А.* О юридической природе процентов по денежным обязательствам // Законодательство. 1997. № 1. С. 8.

⁹ Подробнее см.: *Mazzotta F.G.* CISG Articles 78 and 84(1) and their PECL counterparts. 2004 (<http://www.cisg.law.pace.edu>); *Thiele C.* Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods // *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 2 VJ 1. 1998. P. 3–35; Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Комментарий / Отв. ред. А.С. Комаров. М., 1994. С. 181; *Каралетов А.Г.* Указ. соч. С. 35–45.

¹⁰ Такой подход к природе процентов, как мы уже писали, разделялся до принятия Постановления № 13/14 и разделяется до сих пор, несмотря на это Постановление, некоторыми российскими авторами.

вами» (далее – Постановление № 13/14) судебная практика стояла перед выбором между двумя этими позициями в течение нескольких лет. Отсутствие однозначности в отношении данного вопроса привнесло в процессы о взыскании процентов годовых известную долю неопределенности. Даже на уровне Президиума ВАС РФ нередко выносились прямо противоположные решения. Так, в одних делах Президиум ВАС РФ указывал, что одновременное взыскание процентов и неустойки невозможно, так как обе санкции являются мерами ответственности¹¹. В других указывалось на то, что такое сочетание вполне возможно¹². В одних постановлениях Президиум ВАС РФ отказывал в самой возможности снижения процентов годовых по ст. 333 ГК на том основании, что проценты годовые не являются неустойкой¹³, а в других признавал такую возможность¹⁴.

Постановление № 13/14, ставя точку в затянувшихся дискуссиях, среди прочего (1) отразило взгляд на проценты годовые как на особую, отличную от неустойки и убытков меру ответственности; (2) запретило по общему правилу одновременное взыскание неустойки и процентов годовых; (3) разрешило снижение судом размера начисленных процентов годовых путем применения по аналогии ст. 333 ГК. В отношении применения правил об основаниях ответственности Постановление № 13/14 однозначно не высказалось, но тем не менее устоявшаяся арбитражная практика, в том числе и ВАС РФ, освобождает от данной меры ответственности, в частности, некоммерческие организации в случае отсутствия вины¹⁵. Что касается ставки, по которой проценты должны начисляться, еще ранее – в Постановлении Пленума ВС РФ и ВАС РФ № 6/8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 6/8) было указано на то, что в качестве расчетной ставки процентов должна применяться единая ставка рефинансирования, утверждаемая ЦБ РФ.

На тот момент времени выработанные в судебной практике позиции могли казаться адекватными. К осени 1998 г., когда по прошествии пары месяцев после августовского финансового кризиса принималось Постановление № 13/14, ставка рефинансирования составляла 60% годовых. На момент же принятия Постановления № 6/8 в 1996 г. действующая ставка рефинансирования ЦБ составляла целых 120% годовых. Эти достаточно внушительные показатели вряд ли могли в

¹¹ Постановления Президиума ВАС РФ от 19 ноября 1996 г. № 3187/96; от 20 мая 1997 г. № 731/97; от 24 июня 1997 г. № 1605/97; от 7 октября 1997 г. № 2223/97 и др.

¹² Постановления Президиума ВАС РФ от 14 ноября 1995 г. № 7627/95; от 29 октября 1996 г. № 2324/96; от 26 декабря 1996 г. № 3449/96; от 3 июня 1997 г. № 1103/97 и др.

¹³ Постановление Президиума ВАС РФ от 15 апреля 1997 г. № 5249/96.

¹⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 1 декабря 1998 г. № 2117/98.

¹⁵ См., напр.: Постановления Президиума ВАС РФ от 13 февраля 2002 г. № 7361/00; от 12 мая 1998 г. № 4624/97; от 4 августа 1998 г. № 7595/97 и др.

то время простимулировать рассуждения о необходимости повышения размера ответственности. Более того, видимо, именно эти высокие показатели ставок рефинансирования подтолкнули высшие суды в Постановлении № 13/14 указать на то, что к процентам годовым по аналогии применяется ст. 333 ГК, санкционирующая снижение чрезмерно высокой неустойки. В целом любая определенность в тех условиях была лучше полного хаоса, который царил, да зачастую и до сих пор продолжает царить, в отношении многих других институтов гражданского права.

Постараемся подытожить основные выводы, к которым пришли ВАС РФ и ВС РФ в отношении данного института, независимо от того, были ли эти выводы прямо артикулированы в Постановлениях № 6/8 и № 13/14 или применяются судами по конкретным делам в порядке надзора.

1. Проценты годовые являются особой мерой ответственности наравне с убытками и неустойкой.

2. Должник может быть освобожден от начисления процентов годовых в силу применения правил ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности (ст. 401 ГК).

3. Одновременное взыскание процентов годовых и неустойки недопустимо, и кредитор вправе выбирать одну из двух мер.

4. По прямому указанию ст. 395 ГК устанавливается зачетный характер соотношения убытков и процентов.

5. В качестве учетной ставки используется ставка рефинансирования ЦБ РФ.

6. Ставка рефинансирования определяется на момент подачи иска в суд или вынесения судебного решения в случае взыскания долга, а также на момент добровольного погашения долга, если таковое все же состоялось.

7. Суд вправе снизить размер процентов годовых, посчитав его несоразмерным (ст. 333 ГК).

А теперь предлагаем представить, насколько данные положения адекватны современным реалиям и задачам, стоящим перед ст. 395 ГК по прошествии 10 лет после того, как данная практика окончательно сформировалась.

Но прежде давайте постараемся представить, какую функцию должен выполнять данный институт гражданского права в принципе. Каковы основные его цели? Не нужно быть особо проникательным, чтобы разглядеть две вполне очевидные задачи, которые ставятся или должны ставиться нашей правовой системой перед положениями ст. 395 ГК:

1. Стимуляция к скорейшему погашению долга (стимулирующая функция).

2. Компенсация потерь кредитора (компенсационная функция).

Выполняет ли институт процентов годовых данные функции адекватным образом? К сожалению, ответ будет резко отрицательным.

В самом общем виде причины такого вывода две.

Во-первых, налицо некоторые дефекты самой ст. 395 ГК.

Во-вторых, ряд разъяснений, данных ВАС РФ и ВС РФ во второй половине 90-х гг., в связи со значительными экономическими изменениями, произошедшими за последние 10 лет, попросту устарел и не соответствует насущным социально-экономическим запросам.

Ниже мы попытаемся изложить основные факторы, определившие наш вывод о необходимости коррекции самой ст. 395 ГК или хотя бы практики ее применения, а также попробуем сформулировать возможные направления реформы.

ПРОБЛЕМА ПЕРВАЯ И ЦЕНТРАЛЬНАЯ: «РАЗМЕР СТАВКИ»

В рамках ст. 395 разработчики ГК не конкретизировали точным образом ставку, по которой должны рассчитываться проценты годовые. В тексте ст. 395 ГК упоминается «учетная ставка банковского процента» в месте жительства кредитора-гражданина или месте нахождения кредитора, являющегося юридическим лицом. Данная формулировка потребовала уточнения, которое было осуществлено ВАС РФ и ВС РФ в Постановлении № 6/8. Здесь высшие суды указали, что в качестве такой учетной ставки следует понимать ставку рефинансирования, утверждаемую ЦБ РФ.

Понять, почему такой подход к установлению размера процентов сейчас является неадекватным, невозможно, не обратившись к некоторым особенностям государственной денежно-кредитной политики.

Что такое ставка рефинансирования ЦБ РФ? Какова ее основная функция? Ответ на этот вопрос достаточно прост в теории, но несколько корректируется с учетом российских реалий. В теории ставка рефинансирования – это ставка, по которой Центральный банк кредитует (рефинансирует) коммерческие банки. В развитых странах мира масштабы рефинансирования коммерческих банков со стороны Центрального банка (или Федеральной резервной системы в США) превращают изменение данной ставки по воле Центрального банка в важнейший инструмент денежно-кредитной политики и макроэкономической регуляции. Увеличивая эту ставку, Центральный банк делает для коммерческих банков, как правило, сильно зависящих от данного способа рефинансирования, получение финансовых ресурсов более дорогим, что подталкивает в свою очередь коммерческие банки перекладывать это удорожание на своих клиентов, увеличивая ставки по ипотечным и потребительским кредитам для физических лиц, а также ставки кредитования бизнеса. Соответственно, в экономике кредитные средства, которые являются одним из основных двигателей экономического развития, становятся дороже для конечных потребителей этих средств, что, как правило,

уменьшает объемы кредитования, а следовательно, ограничивает финансовые возможности граждан и предприятий. Вследствие этого финансовый голод заставляет предпринимателей меньше инвестировать в производство и развитие бизнеса, а потребителей – в покупку продуктов массового потребления и недвижимости, что в конечном счете может приводить к некоторому «замораживанию» экономики и снижению темпов экономического роста страны. Но такая мера, кажущаяся достаточно странной с точки зрения увеличения ВВП, на самом деле в реальности является вполне оправданной в условиях, когда приоритетным для страны становится вопрос обуздания инфляции. Финансовый голод сокращает оборот свободных денежных средств в экономике, снижает уровень потребления и как следствие подавляет инфляцию. Кроме того, повышение ставки рефинансирования и следующее за этим «замораживание» экономики иногда используются в случаях угрозы экономического «перегрева», грозящего впоследствии серьезными потрясениями в экономике.

В тех же условиях, когда финансовые власти в качестве приоритета видят необходимость стимуляции замедлившегося экономического роста и проблема высокой инфляции не проявляет себя или игнорируется, зачастую прибегают к снижению ставки рефинансирования, делая кредиты для банков более дешевыми и соответственно увеличивая финансовые вливания в экономику. Так, в Японии из-за затянувшейся на все последние годы экономической стагнации Центральный банк держит ставку рефинансирования на уровне, близком к нулю, т.е. кредитует коммерческие банки практически бесплатно¹⁶. При снижении уровня ставки рефинансирования банки, получая от Центрального банка более дешевое рефинансирование, имеют возможность снижать ставки по своим кредитам населению и бизнесу. Так как конкурентная борьба между банками за размещение кредитов подталкивает их к постоянному снижению своих процентов, взимаемых с потребителей и бизнеса, снижение одной из составляющих «себестоимости» кредитных ресурсов (ставки рефинансирования, по которой банки получают средства от Центрального банка), как правило, влечет и снижение ставок по кредитам в экономике в целом. В данном случае коммерческие банки являются по сути посредниками и «перераспределителями» централизованных средств, поступающих из Центрального банка, канализируя их в реальную экономику. Кредиты населению и бизнесу вслед за уменьшением ставки рефинансирования, как правило, снижаются. Финансовые вливания в бизнес позволяют коммерсантам инвестировать и производить больше, а гражданам – больше тратить на покупки товаров потребительского назначения и недвижимость. Соответственно, ВВП растет. Но одновременно возникают и риски увеличения инфляции, так как между увеличением денежной массы в экономике и увеличе-

¹⁶ <http://www.iht.com/articles/2008/01/14/business/jecon.php>.

нием объема реального предложения товаров (работ или услуг) всегда существует некий временной разрыв, в течение которого рост предложения не поспевает за увеличившимся спросом, что в теории в сочетании с рядом иных факторов способно подстегнуть рост цен.

Учитывая этот поверхностный экскурс в основы макроэкономики, становится очевидным, что в руках Центрального банка манипуляции со ставкой являются одним из механизмов влияния на экономическое положение страны. Правда, обязательным условием эффективности этой меры является достаточно высокий уровень централизованного рефинансирования банков. Вплоть до самого последнего времени объемы такого рефинансирования в России были крайне низкими. Коммерческому банку было, как правило, намного дешевле занять деньги у зарубежного банка или обратиться к российскому рынку межбанковского кредитования, где можно было получить рефинансирование по ставкам значительно ниже ставки рефинансирования ЦБ РФ. Кроме того, определенную роль играли и очень строгие требования ЦБ РФ к обеспечению собственных сделок по рефинансированию коммерческих банков и целый ряд иных факторов. Иначе говоря, ЦБ РФ вплоть до последнего времени не играл в российской экономике роли «кредитора последней инстанции», что вполне характерно для экономики, насыщенной «нефтедолларами» и зависящей преимущественно от перераспределения нефтегазовой ренты. Только мировой кризис ликвидности конца 2007 – начала 2008 г. ограничил российские банки в доступе к дешевому западному финансированию и заставил их отчасти переориентироваться на ликвидность, предлагаемую ЦБ РФ, который не преминул значительно увеличить объемы рефинансирования российских банков, дабы стабилизировать денежно-кредитную ситуацию. В этой связи в дальнейшем, возможно, и в России изменение ставки станет важным механизмом влияния на экономику страны. Но вплоть до последнего времени в силу низких объемов рефинансирования банков со стороны ЦБ РФ изменение этой ставки никакого реального влияния не имело, осуществлялось лишь вслед за изменением уровня инфляции и иных макроэкономических показателей и носило скорее индикативный, психологический и учетный характер, технически решая проблему привязки штрафных санкций в гражданском праве, а также выполняя ряд подобных же второстепенных функций в налоговом законодательстве, бухгалтерском учете и некоторых иных сферах. В нашей стране изменение ставки рефинансирования происходило не столько для целей влияния на макроэкономические показатели, сколько вслед за их изменениями, т.е. не столько «для», сколько «вслед».

Приведенные здесь данные позволяют определить основную проблему, возникающую в связи с выбором в качестве расчетной ставки процентов годовых именно ставки рефинансирования Центрального банка. В силу своей природы данная ставка, как правило, существенно меньше реальных ставок, по которым

в экономике банки кредитуют население и бизнес. Ведь коммерческий банк, получивший финансирование из Центрального банка и перенаправляя средства в кредитование населения и предпринимателей, должен зарабатывать и желательно зарабатывать много. Единственный сдерживающий фактор в данной ситуации – это конкуренция за заемщика. Но и она не позволяет банкам работать в убыток. Между ставкой рефинансирования Центрального банка и реальными ставками кредитования в экономике всегда существует разрыв, который в теории тем выше, чем меньше межбанковская конкуренция. Причем чем больше наши банки будут рефинансироваться в ЦБ РФ, тем сильнее будет проявляться данная «классическая» закономерность.

Для примера: на момент написания настоящей статьи ставка рефинансирования ЦБ, постоянно снижавшаяся на протяжении многих лет и дошедшая до уровня 10%, в связи со скачком инфляции подросла до 10,5% годовых. По какой же ставке сейчас можно реально получить кредит в рублях? С чем следует сравнить ставку рефинансирования, дабы определить адекватность данного способа расчета процентов? Очевидно, что сравнивать надо со средними ставками по банковскому кредитованию той категории заемщиков, к которым относится соответствующий нарушитель договора. Причем брать в расчет следует необеспеченные краткосрочные кредиты, так как необеспеченные долгосрочные кредиты в реальности предоставляются достаточно редко. Кроме того, сравнивать ставку рефинансирования ЦБ, применяемую в связи с нарушением договора, со ставками по обеспеченным кредитам некорректно, так как должник по договору, удерживая платеж, как правило, не предоставляет своему кредитору каких-либо обеспечений.

Возьмем для примера ситуацию, когда нарушившей договор стороной является коммерческая организация. По какой ставке обычный российский банк, не связанный с этим лицом никакими неформальными отношениями, предоставит ему необеспеченный краткосрочный кредит в рублях? И вообще насколько легко будет найти банк, который в принципе согласится на это? Ответы здесь очевидны. Самая оптимистическая ставка – 15% годовых, но более реальная – 20–25% годовых. Что же касается возможности найти такой банк, любому читателю, имеющему хотя бы поверхностное представление о реальной экономике, очевидно, что найти такой банк будет, мягко говоря, достаточно непросто.

Таким образом, применив некоторые элементы теории игр¹⁷ и представив ситуацию с денежным долгом по коммерческому договору в качестве игровой ситуации, можно достаточно легко предугадать поведение рационального участника гражданского оборота, испытывающего проблемы с ликвидностью и вынужденного между «нецивилизованным» неплатежом по своим долгам или «ци-

¹⁷ Подробнее о применении теории игр как метода правового анализа см.: *Baird D.G., Gertner R.H., Picker R.C. Game Theory an the Law. 1994.*

визованным» обращением за ликвидностью к банкам. Для этого нам следует ввести в условия эксперимента несколько вводных данных.

Во-первых, должник или руководство должника, являющегося юридическим лицом, представляет собой рационального максимизатора собственной прибыли, не слишком обремененного внутренними морально-этическими ограничениями. Безусловно, такой взгляд на участников оборота – это некое допущение, так как всем известно, что существуют и высоконравственные бизнесмены, для которых держать свое слово не менее важно, чем повышать свое благосостояние. Но, к сожалению, для применения экономического моделирования более подходит иная презумпция. Как бы цинично это ни звучало, в реальности ожидая от участников оборота исключительно своекорыстного поведения, можно чаще предсказать развитие событий в реальной ситуации, чем если ожидать от них альтруизма. Данный тезис, лежащий в основе современного экономического анализа права, еще в большей степени характерен для России, в которой, к сожалению, пока по различным причинам не сложилось некой собственной экономически стимулирующей этики, в том числе этики взаимоотношений участников гражданского оборота¹⁸. Одним из важнейших культурных факторов, выдвинувших западный мир на авансцену мирового капиталистического могущества, как в свое время убедительно показал М. Вебер, была протестантская этика небольших религиозных общин, навязавших своим членам мораль честного ведения бизнеса, усердия, накопления и скромности¹⁹. Вопреки предсказаниям Вебера многим странам восточной Азии также удалось найти в собственной преимущественно конфуцианской этике культурный ресурс, позволивший по-своему, но вырваться из пут феодализма и быстрыми темпами нагнать по уровню развития рыночной экономики передовые страны Запада. Но в России пока только начинают говорить о честных бизнесменах, пытающихся сочетать капитализм и нравственность, а также всерьез относиться к разговорам о корпоративной, профессиональной и бизнес-этике. Поэтому мы не сильно ошибемся, если в условиях нашей игровой ситуации будем использовать «принцип плохого человека», предложенный в свое время, наверное, самым знаменитым американским юристом всех времен – судьей Оливером У. Холмсом (O. W. Holmes). В своей знаменитой статье «Путь права» («The Path of the Law»), написанной в конце XIX века, он отмечал, что, если мы хотим узнать, как право работает в действительности, мы должны посмотреть на него через призму условного «плохого» человека, заботящегося исключительно о материальных последствиях своих действий, которые он в состоя-

¹⁸ О роле национальной морали и культурных стереотипов общества в экономическом успехе страны см.: Фукуяма Ф. Доверие: социальные добродетели и путь к процветанию. М., 2006.

¹⁹ См.: Вебер М. Протестантская этика и дух капитализма // Избранные произведения: Пер. с нем. М., 1990.

нии предвидеть, а не через призму человека «хорошего», руководствующегося высшими идеалами²⁰.

Во-вторых, для целей моделирования нашей игровой ситуации представим, что по своему статусу должник является коммерческой организацией и денежный долг вытекает из его коммерческого контракта. Для чистоты эксперимента мы сейчас не будем анализировать ситуацию, в которой в качестве должника выступает гражданин или некоммерческая организация, но обязательно вернемся к этому случаю ниже.

В-третьих, личность кредитора имеет нейтральный характер. Он не является лицом, аффилированным с должником или иным образом имеющим возможность неформально влиять на действия должника. Кроме того, кредитор не является монополистом или иным лицом, нарушение договора с которым может повлечь для должника невыгодные последствия в будущем и непосредственно помешать его бизнесу. Для простоты представим данный фактор следующим образом. Задержка платежа не создаст для должника каких-либо иных рисков, нежели те, что предусмотрены в нормах ГК в отношении прав пострадавшего от нарушения договора кредитора.

В-четвертых, у должника к моменту, когда наступает момент платежа, имеются финансовые затруднения. Он теоретически может рассчитаться с кредитором, но в таком случае у него может не хватить средств для финансирования своей текущей деятельности, какого-либо иного выгодного контракта или уплаты долга более привилегированному по тем или иным причинам кредитору.

В-пятых, должник юридически подкован и знает, что согласно практике ВАС РФ все, что сможет с него потребовать за незаконное пользование деньгами кредитор, это одна ставка рефинансирования ЦБ РФ, от которой теоретически в некоторых случаях можно отбиться со ссылкой на основания освобождения от ответственности (ст. 401 ГК), которую суд может еще и снизить по ст. 333 ГК и которая будет определяться позднее – лишь на момент, когда должник захочет наконец заплатить или кредитор сам подаст иск в суд. Кроме того, должник осведомлен о том, что в реальной российской судебной практике истцам, как правило, не удастся доказать и взыскать договорные убытки и со значительной степенью вероятности можно не ожидать от кредитора попыток доказывать причинение убытков в большем размере. Тем более что достоверно доказать убытки от неполучения денег от конкретного должника в российских судебных реалиях если не невозможно, то по крайней мере крайне сложно. Следовательно, должнику нетрудно предвидеть, что максимальная плата за использование средств, причитающихся кредитору, составит, как правило, не более одной ставки рефинансирования ЦБ РФ. Причем в условиях снижения ставок рефинансирования –

²⁰ Holmes O.W. The Path of the Law // 10 Harvard Law Review 457 (1897). Статья доступна в Интернете: http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm.

тенденции, наблюдавшейся в последние годы, – должник может обоснованно надеяться на то, что к тому времени, когда он расплатится с кредитором добровольно или последним будет предъявлен судебный иск, ставка, по которой ему придется платить за пользование деньгами, может еще и уменьшиться.

Наконец, в-шестых, попытка найти банк, согласный прокредитовать должника в рублях на краткосрочной основе, может и привести к результату, но потребует значительных усилий и времени, сэкономить которые можно, предложив банку некое обеспечение. Но в последнем случае необходимо, собственно, иметь или согласиться предоставить банку соответствующее обеспечение. При этом ставка, по которой банки могут согласиться предоставить такой кредит, примерно в полтора-два раза выше ставки рефинансирования ЦБ РФ.

Теперь вопрос: какой наиболее вероятный сценарий развития событий в рамках данной игровой ситуации? Что вероятнее? Должник своевременно погасит долг кредиторам и обратится к банкам за финансированием? Или все же большинство должников в такой ситуации выберут вариант нарушения договора? Безусловно, случаи бывают разные. Но здравый смысл подсказывает, что в куда большем количестве случаев ждать от должника своевременной оплаты будет наивностью и непониманием в действительности преимущественно эгоистической природы мотивов человеческого поведения.

Причем получается парадоксальная ситуация. Норма, цель которой состоит в стимулировании договорной дисциплины, на самом деле подталкивает должников нарушать контракт. С учетом практически двойной разницы между реальными ставками по рублевым необеспеченным кредитам для юридических лиц в экономике и учетной ставкой ЦБ РФ, казалось бы, неправомерное поведение оказывается в силу применения ст. 395 ГК в два раза выгоднее, чем соблюдение договора. Кроме того, в условиях падения ставок рефинансирования оказывается, что чем позднее заплатит должник, тем дешевле ему обойдется само нарушение. А что если у нас в экономике ситуация станет напоминать японскую, где ставка рефинансирования Центрального банка имеет практически нулевое значение? Какова будет тогда эффективность применения подобного института в нашей стране, где не существует принятых в Японии правил деловой этики? Сказанное свидетельствует, что наличие в качестве расчетной ставки процентов годовых одной ставки рефинансирования ЦБ является неоправданным.

Проблема крайне низкой договорной дисциплины в российской экономике не требует каких-либо особых доказательств. Все практикующие юристы хорошо с ней знакомы. Безусловно, мы сейчас не имеем того кризиса неплатежей, с которым наша страна столкнулась в конце 90-х гг. Доля просроченной задолженности в ВВП по состоянию на 2007 г. составляла всего порядка 3% от ВВП²¹,

²¹ <http://www.kommersant.ru/doc.aspx?DocsID=777553&print=true>.

в то время как в некоторые кризисные 90-е гг. этот показатель был в десятки раз больше. Но эти цифры говорят не о том, что у нас прочно установилась договорная дисциплина и предприятия избегают просрочек по причинам функционирования некой сложившейся институциональной системы. Стабилизация ситуации с неплатежами в экономике в последние годы напрямую связана с избытком ликвидности, вызванным безудержным ростом цен на углеводороды, от которых пока, к сожалению, питается вся наша экономика. Это значит, что факторы, обеспечивающие договорную дисциплину сейчас, могут не сработать в случае усиления кризиса ликвидности и финансового голода. Поэтому в настоящих условиях следует всячески способствовать созданию экономических и культурно-этических предпосылок «честной игры» в бизнесе, прививать участникам оборота цивилизованные и полезные для экономики и общества стереотипы, создавать прочные институциональные факторы построения устойчивой и уверенно функционирующей экономики.

На этом фоне оптимизация юридических предпосылок обеспечения стабильного гражданского оборота может играть не самую последнюю, хотя, следует признать, далеко не самую важную роль. Влияние гражданско-правовых факторов на развитие общества и экономики нельзя как недооценивать, так и переоценивать. На практике низкая эффективность судебной системы, тотальная коррупция, пронизавшая в том числе и судебную власть, катастрофически низкий уровень исполнимости судебных решений – эти и другие «политико-юридические» факторы в первую очередь способствуют тому, что в обществе с такими трудностями не закрепляется культурный стереотип соблюдения контрактов, а права участников оборота не находят эффективной защиты. Но тем не менее значительную роль в определении невысокой культуры соблюдения договоров и лишения участников оборота адекватной защиты играет также и недостаточная эффективность гражданско-правового инструментария средств защиты. Последние далеко не всегда позволяют адекватно защитить интересы кредитора и простимулировать соблюдение контрактных обязательств.

Сказанное отнюдь не означает, что нарушитель договора должен оказываться вне закона и подвергаться несоразмерному давлению. Вопрос стоит в построении такой системы гражданско-правового регулирования, которая по крайней мере будет нивелировать те преимущества, которые должник может получить от нарушения.

Применение такого подхода в отношении нашей ситуации означает, что в идеале положение должника, нарушившего обязательство по оплате, в результате применения норм ГК должно как минимум быть не лучше, чем если бы он получил кредит в банке. В обратном случае должнику будет всегда выгоднее в случае проблемы с финансированием нарушать права своих кредиторов, задерживая им оплату и тем самым по сути вынуждая их себя кредитовать. Дейст-

вующие подходы к определению расчетной ставки процентов в совокупности с иными нюансами устоявшегося правового режима данного института вместо того, чтобы стимулировать погашение долга, подталкивают должников к нарушению контрактов. Иначе говоря, существующий вариант категорически не реализует первую, стимулирующую функцию, которую должен выполнять институт процентов годовых.

Что же касается компенсационной функции, то и она при сохранении действующего режима выполняется крайне вяло. По сути кредитор получает примерно столько же, сколько составляет реальная инфляция в стране. Иначе говоря, применение ст. 395 ГК способно лишь сохранить размер причитающейся кредитору ликвидности, но нисколько не преумножить ее.

У имеющегося положения вещей могут найтись сторонники. Иногда компенсационная составляющая процентов годовых определяется при сопоставлении ставки рефинансирования со ставками по вкладам. Предполагается сравнивать, сколько бы получил кредитор, если бы должник погасил долг вовремя, положи кредитор полученные средства на вклад в банк. При таком подходе процентные ставки оказываются примерно сопоставимыми. Более того, в силу налоговых и иных нюансов проценты по вкладам, как правило, оказываются даже ниже уровня ставки рефинансирования. Это сопоставление может породить вывод, что привязка процентов годовых к ставке рефинансирования наиболее точно отражает компенсационную функцию данной меры.

Но эта логика в корне ошибочна, по крайней мере в отношении коммерческих организаций, так как строится на некорректном сопоставлении. Вряд ли кредитор, являющийся коммерческой организацией, был бы доволен, если его средства в случае их вложения в бизнес позволяли бы лишь покрывать инфляционные потери. Мы не можем точно знать, какой бы доход в конкретной ситуации принесли причитающиеся кредитору средства, если бы они были уплачены. Тем более это невозможно точно просчитать для всех кредиторов заранее. Но для выработки некоего нейтрального показателя будет достаточным представить условного усредненно-разумного и удачливого бизнесмена, действовавшего в гипотетических усредненно-благоприятных экономических условиях. При таком допущении очевидно, что подобный бизнесмен, как правило, получил бы от этих средств экономический эффект больший, чем уровень инфляции и ставок по банковским вкладам. Доказывает этот факт и то, что классические предприниматели (не путать с расплывшимися в последнее время государственными корпорациями) практически никогда не держат средства на вкладах в банках, а вкладывают их в бизнес. В этом не было бы никакого смысла, если бы их доходы от инвестиций в бизнес с учетом всех связанных с этим рисков и трудозатрат, как правило, не оказывались бы значительно выше того дохода, который они могли бы получить в случае размещения средств на депозитах в банке и стабильного и

малорискованного получения причитающихся процентов. Данное наблюдение лишь подтверждает, что гипотетические потери от неполучения в срок средств от должников, как правило, оказываются на порядок больше, чем ставка рефинансирования ЦБ РФ. А это значит, что применение сложившегося режима процентов годовых приводит к тому, что среднестатистический кредитор-предприниматель оказывается недокомпенсированным. Следовательно, и компенсационная функция процентов годовых при сохранении нынешнего положения вещей оказывается под большим вопросом.

На этот тезис о подрыве компенсационной функции могут возразить, что далеко не всегда кредиторами являются коммерческие организации. Действительно, в случае с кредиторами, не ведущими коммерческую деятельность, соотносить ставку рефинансирования с возможными доходами на капитал, которые мог бы извлечь кредитор в случае его своевременного получения, затруднительно. Граждане, например, чаще всего инвестируют средства в потребление, а не в получение дополнительного дохода от их использования. Поэтому сравнивать степень удовольствия от немедленной покупки, скажем, нового телевизора и прирост, предоставляемый на уровне ставки рефинансирования ЦБ РФ, крайне сложно. Подобные проблемы подтолкнули законодателей ряда стран установить различные расчетные ставки процентов годовых в зависимости от коммерческого или некоммерческого характера взаимоотношений сторон (например, п. 1–2 ст. 288 ГГУ). Тем не менее позволим себе заметить, что и в данном случае гражданин или некоммерческая организация, являющиеся кредиторами, могут претендовать на большее, нежели одна ставка рефинансирования, которая едва перекрывает уровень инфляции в стране. Поясним.

Во-первых, ставка рефинансирования – это «средняя температура по больнице». Как известно, в реальности уровень реальной потребительской инфляции, т.е. уровень роста цен на те товары, работы и услуги, которые чаще всего потребляются среднестатистическим гражданином, в нашей стране зачастую выше уровня официальной инфляции. Причем люди низкого и среднего достатка ощущают ее намного острее, так как их доходы уходят в большей степени на покрытие тех товаров и услуг, которые могут расти на порядок быстрее среднего уровня инфляции, как это имеет место на момент написания настоящей статьи.

Во-вторых, даже если допустить, что стоимость условного телевизора, который кредитор-гражданин желает купить на причитающиеся ему средства, растет в ногу с ростом инфляции, а не опережает ее, использование ставки рефинансирования приводит к недокомпенсации. Ведь несмотря на то, что экономическая возможность купить телевизор за счет начисления и последующего взыскания процентов годовых поддерживается на неизменном уровне, нельзя забывать, что в течение всей этой просрочки кредитор-гражданин не мог получить то (сомнительное, на взгляд некоторых, но субъективно ценное) нематери-

альное благо, коим является использование этого бытового прибора по назначению. Поэтому положение гражданина, купившего телевизор на своевременно полученные от должника средства, и гражданина, не купившего телевизор в силу неполучения причитающихся средств, но рассчитывающего на начисление процентов годовых, неодинаково. Начисленные проценты покроют инфляцию. А нематериальный вред от отсутствия возможности просмотра телевизионных программ в течение всего указанного времени не покрывается.

Учитывая эти доводы, следует признать, что даже в тех случаях, когда кредитором является гражданин или некоммерческая организация, уплата должником, просрочившим оплату, лишь одной ставки рефинансирования приводит к недокомпенсации. Нет никакого смысла дискриминировать некоммерческих кредиторов, уменьшая эффективность защиты их прав по сравнению с коммерсантами. Данный вывод тем более очевиден, если мы вспомним о том, что данная категория участников оборота является в целом наименее защищенной и требует повышенной заботы со стороны государства. Из этого следует, что размер присуждаемых некоммерческим кредиторам процентов должен быть как минимум не меньше, чем размер процентов, взыскиваемых в пользу коммерческих организаций и предпринимателей без образования юридического лица²².

Второе возражение против нашего тезиса о том, что действующий подход к определению ставки рефинансирования влечет подрыв компенсационной роли процентов годовых, может строиться на классическом доводе: а почему бы кредитору, считающему, что он недокомпенсирован, не воспользоваться взысканием убытков? Теоретически ведь кредитор, считающий, что оказывается недокомпенсированным в результате применения ст. 395 ГК, может потребовать взыскания убытков в сумме, превышающей размер начисленных процентов, как это прямо прописано в самой ст. 395 ГК? Да, может. Но этот антитезис не подрывает нашу позицию по двум очевидным причинам.

Во-первых, сама природа института процентов годовых как средства защиты гражданских прав строится на необходимости покрыть не реальный, а гипотетический убыток кредитора. Во всех развитых странах мира (где-то раньше, где-то позже) пришли к выводу о том, что доказывать убытки от задержки оплаты неразумно затруднительно, а бороться с нарушением договорной дисциплины требуется, и освободили кредиторов от бремени доказывания такого рода убытков, построив весь данный механизм на допущении, что отсутствие денег всегда приносит некий гипотетический убыток. Независимо от того, что в кон-

²² При этом данную ситуацию не следует путать со случаем, когда речь идет о взыскании процентов годовых с некоммерческих организаций и физических лиц. В случае, когда некоммерческий участник оборота задерживает оплату, в целом считаем возможным присмотреться к возможности установления некоторого понижающего коэффициента по отношению к расчетной ставке процентов, которую мы признаем адекватной для защиты интересов коммерческих участников оборота. На этом аспекте мы остановимся чуть ниже.

кретной ситуации должник мог бы не только не заработать на использовании капитала, получи он его в срок, но и потерять его вовсе, для права в целом в качестве общей нормы важнее отразить недопущение неосновательного и произвольного кредитования должников за счет и без согласия кредиторов, а также предусмотреть компенсацию кредитору потерь, которые вполне и могли быть причинены неплатежом, но труднодоказуемы в реальности. В этой связи призыв к доказыванию убытков будет противоречить самой идее данного института и в действительности окажется неисполнимым.

Во-вторых, в России, если говорить прямо, юристы вообще не умеют доказывать договорные убытки, а суды практически не знакомы с технологиями рассмотрения подобных споров, которые возбуждаются крайне редко. Зачастую наши юристы и судьи не справляются с доказыванием и взысканием куда более «простых» видов убытков, чем убытки от задержки в оплате. В реальности с задачей доказать убыток в виде реального ущерба или упущенной выгоды, находящейся в причинно-следственной связи с неполучением оплаты и неиспользованием капитала, справится, пожалуй, редкий юрист, учитывая отсутствие подобной практики у всех участников процесса и крайне настороженное отношение российских судов к взысканию упущенной выгоды в целом.

Третье возможное возражение строится на вопросе о том, почему же кредитору не настоять на включении в договор неустойки на желаемом уровне. Дефектность данного возражения очевидна, так как его можно адресовать самому институту процентов годовых в целом. Но раз законодатель, посчитав все сложности доказывания убытков на случай неплатежа, решил установить такой вид ответственности в ст. 395 ГК, он, видимо, осознавал, что договорные пени далеко не всегда смогут сыграть аналогичную роль. Причины, по которым сторонам зачастую не удастся предусмотреть в договоре приемлемый уровень пени, также очевидны. Это, во-первых, высокие временные затраты на согласование подобных условий. Во-вторых, играет свою роль и неординарный уровень переговорных возможностей сторон («bargaining power»), в связи с которым настоять на своей редакции более «слабая» сторона просто не в состоянии. Последняя причина особенно характерна для России с ее сверхмонополизированной экономикой и низким уровнем деловой культуры. Наконец, в-третьих, следует учитывать, что, как показывают современные исследования природы человеческого сознания, среднестатистическому человеку свойственно недооценивать риски. При заключении договора зачастую о возможном его нарушении думают меньше, чем о тех выгодах, которые он сулит. Соответственно, чаще всего все усилия направляются на согласование таких условий, как цена, сроки и т.д. За уступки контрагента в части этих «центральных» условий, как правило, стороны с готовностью уступают в отношении условий, направленных на регулирование отношений сторон в случае нарушения контракта. Учитывая эти факторы, государство,

проявляя своего рода патернализм, навязывает сторонам некую минимальную величину ответственности, которая будет действовать в случае, если стороны не придут к соглашению в отношении ее размера.

Таким образом, наш тезис о подрыве компенсационной функции мы также считаем подтвержденным и защищенным от возможных возражений. В совокупности с куда более очевидным «саботажем» стимулирующей функции, осуществляемым действующим правовым режимом процентов годовых, это дает нам все основания утверждать, что положения ст. 395 ГК в отношении размера учетной ставки должны быть пересмотрены в силу того, что их настоящее понимание не отвечает стоящим перед данным институтом гражданского права задачам.

Так какова же должна быть ставка, по которой начисляются проценты годовые? Как мы уже поняли, вариант с привязкой к одной ставке рефинансирования ЦБ оказывается, как сейчас принято говорить, контрпродуктивным, т.е. просто вредным, по крайней мере в современных реалиях относительно стабилизировавшейся экономики и относительно низких ставок рефинансирования.

Искомый нами вариант определения расчетной ставки должен быть адекватным как стимулирующей, так и компенсационной задачам, которые в идеале должен выполнять юридический институт, предусмотренный в ст. 395 ГК, но при этом не быть чрезмерным и не влечь уже явно неосновательного и несоразмерного наказания должника за нарушение.

Существует три теоретически адекватных решения.

Во-первых, можно привязать расчетную ставку процентов к средним ставкам процентов по банковским необеспеченным кредитам в валюте долга для сопоставимой с должником категории заемщиков, существующим в месте нахождения кредитора. Такой вариант теоретически можно имплементировать, оставаясь в рамках действующего законодательства. Достаточно перевернуть понимание упомянутой в ГК фразы об «учетной ставке банковского процента», оторвав его от ставки рефинансирования ЦБ. В результате кредиторы будут получать примерно столько, сколько должники бы платили коммерческому банку за использование кредитного капитала. Это позволит сравнить положение заемщика по кредиту и должника по обычному договору и лишит должников стимулов нарушать контракты. Таким образом, данный подход в принципе сможет в теории реализовать как компенсационную, так и стимулирующую функцию относительно адекватно. Но ряд недостатков этого подхода мешает нам остановиться на нем. Первый его минус состоит в том, что данный подход достаточно трудно реализуем на практике без помощи правки текста ГК на законодательном уровне. Наша судебная практика настолько срослась с классическим пониманием термина «учетная ставка», что вряд ли сможет без помощи законодателя пересмотреть понимание данного положения. В условиях, когда серьезных перспектив реформы общей части обязательственного права ГК не просматривается и

мы ищем такой вариант «перетолкования» ст. 395 ГК, который будет являться «проходимым» в рамках судебного правотворчества, подход, не реализуемый без изменения ГК, нас в данной работе не сильно вдохновляет. Второй же и, пожалуй, главный минус указанного подхода проявляется в том, что даже в случае его имплементации на уровне законодательства или судебной практики у кредитора будут возникать очевидные проблемы с доказыванием подобных средних ставок, в особенности если учесть, что ставки варьируются в зависимости от статуса заемщика, обеспеченности кредита, сроков и иных факторов. В этой связи назвать его полностью приемлемым и взять его за основу в нашем «крестовом походе» против действующего режима процентов годовых, видимо, невозможно, даже если у законодателя дойдут руки до пересмотра редакции ст. 395 ГК.

Во-вторых, можно пойти по пути, по которому пошли страны Европейского Союза, которые, имплементировав Директиву ЕС № 2000/35/ЕС от 29 июня 2000 г. «О борьбе с просрочками платежей по коммерческим сделкам» («On Combating Late Payment in Commercial Transactions»)²³, определили расчетную ставку в виде формулы, рассчитываемой путем прибавления к базовой учетной ставке Европейского ЦБ дополнительных как минимум семи пунктов. По заявлениям самих разработчиков, указанным в вводной части к указанной Директиве, такой шаг был вызван необходимостью более активного противодействия нарушениям договорной дисциплины, которые, по мнению разработчиков Директивы, особенно болезненны для кредиторов, являющихся малыми и средними предприятиями. Последние, как правило, ограничены в источниках финансирования, и затягивание их должниками платежей может иметь для такой категории кредиторов крайне неблагоприятные последствия вплоть до банкротства. Одной из основных причин такой ситуации разработчики Директивы видят абсолютно то же самое явление, о котором мы писали выше: при недостаточно высоком уровне процентной ставки, взимаемой за просрочку платежа, нарушение договора становится для должника финансово привлекательным. В этой связи, как указано в п. 16 вводной части указанной Директивы, требуются решительные шаги по противодействию этой тенденции и созданию условий для того, чтобы последствия нарушения лишали должника преимуществ, связанных с нарушением контракта. Увеличение базовой процентной ставки на некое заранее определенное количество процентных пунктов (как минимум семь) должно выполнять, по мнению разработчиков Директивы, именно такую роль. При этом каждой стране ЕС было предоставлено право при имплементации в национальное законодательство данной Директивы увеличить, но не уменьшить количество этих процентных пунктов. Так, в рамках реформы немецкого обязательственного права в ГГУ была внесена новелла (п. 2 ст. 288 ГГУ), в рамках ко-

²³ Текст Директивы, а также данные о ее имплементации в странах Евросоюза см. в Интернете: http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/late_payments/index.htm.

торой Директива была имплементирована с повышением дополнительной процентной «надбавки» до восьми пунктов по коммерческим контрактам. Кроме того, в Германии и для отношений некоммерческого характера пошли по пути, намеченному разработчиками Директивы, установив в отношении просрочек в оплате по такого рода контрактам процентную ставку по формуле, выражающейся в виде увеличения базовой ставки рефинансирования на пять процентных пунктов (п. 1 ст. 288 ГГУ).

В итоге при характерном для Европейского Союза в последнее время уровне базовой ставки рефинансирования, скажем, в 4% годовых, коммерческий должник в странах ЕС платит кредитору как минимум 11% годовых, а то и больше, если в соответствующей стране планка поднята еще выше. В итоге получается, что в Европе с куда более спокойным положением в области договорной дисциплины неплательщики уплачивают кредитору проценты в размере большем, чем в России, несмотря на то, что уровень нашей инфляции в 2–3 раза выше европейского. Европейский стандарт, пересаженный на нашу экономическую почву, будет означать, что должники в условиях нынешней инфляции должны будут платить в районе как минимум 18–20% годовых. В принципе мы считаем такого рода вариант для нашей страны теоретически идеальным. Единственный нюанс: мы бы предложили с учетом российской специфики и необходимости прививать культуру соблюдения контрактов прибавлять в ставке рефинансирования ЦБ РФ не 7, а 9–12 пунктов для коммерческих отношений и 5–7 пунктов для некоммерческих. Данный подход в выгодную сторону отличается от предыдущего предложения, построенного на определении средних ставок процентов по банковским кредитам, так как снимает проблемы, связанные с их доказыванием, и соответственно легок в администрировании.

Но есть у предлагаемого здесь второго варианта одна неприятная особенность. Его уж точно вряд ли возможно имплементировать без принятия соответствующих поправок в ГК. Мы призываем наших законодателей присмотреться к опыту Европейского Союза и перенять выработанный там подход к определению процентных ставок на случай просрочки в уплате денег. Но до внесения в текст ГК соответствующих уточнений, подобных положениям нового европейского права о процентах годовых, в качестве временной меры можно использовать третий вариант.

Итак, в-третьих, можно пойти по пути выведения из норм гражданского права формально допустимого механизма начисления процентов на просроченный долг в дополнение к уже традиционным процентам годовым, предусмотренным в ст. 395 ГК и продолжающим применяться в том виде, который придается им устоявшейся судебной практикой. Иногда технически проще не ломать сложившийся, но не справляющийся со стоящими перед ним задачами институт, а создать в дополнение к нему новый. Роль такого «засадного полка» может сыграть

институт, развитие которого было намечено еще в Постановлении № 13/14. Речь идет о возможности в дополнение к процентам годовым как мере ответственности начислять проценты за сверхсрочное пользование коммерческим кредитом. Такой вариант дает увеличение экономического бремени должника, нарушившего договор, и технически может решить все стоящие перед нами проблемы и задачи, не требуя внесения в ГК каких-либо изменений, так как опирается на ряд норм ГК, а также положений Постановления № 13/14. Подробнее об этом варианте решения проблемы увеличения эффективной расчетной ставки процентов речь пойдет ниже. Но прежде нам следует остановиться еще на ряде важнейших проблем, вытекающих из действующего толкования норм ст. 395 ГК и снижающих эффективность данной меры.

ПРОБЛЕМА ВТОРАЯ: «МОМЕНТ ФИКСАЦИИ РАСЧЕТНОЙ СТАВКИ ПРОЦЕНТОВ»

Согласно букве ст. 395 ГК, аналогичным же образом истолкованной в Постановлении № 13/14, размер процентов годовых определяется при добровольном погашении долга должником по учетной ставке, действующей на момент погашения, а в случае принудительного взыскания – по учетной ставке, действующей на момент предъявления иска в суд или вынесения судебного решения. Согласно разъяснениям высших судов, данным в п. 3 Постановлении № 13/14, судам при взыскании долга в принудительном порядке, «если за время неисполнения денежного обязательства учетная ставка банковского процента изменялась, целесообразно отдавать предпочтение той учетной ставке банковского процента (на день предъявления иска или на день вынесения решения судом), которая наиболее близка по значению к учетным ставкам, существовавшим в течение всего периода просрочки платежа».

В конце 1998 г., когда данные разъяснения принимались, результат оных выглядел вполне пристойно, учитывая то, что они, сохраняя верность букве закона, старались несколько сгладить явную нелогичность самого выбранного законодателем варианта фиксации ставки. Абсурдность законодательства очевидна, если осознать, что в случае постоянного снижения ставок рефинансирования чем дольше должник не платит, тем по меньшей ставке начисляются проценты на всю сумму долга и на весь период просрочки. В тот момент времени, когда принималось Постановление № 13/14, фактор устойчивого снижения ставки рефинансирования не был столь очевиден, чтобы поставить под сомнение саму букву закона. Поэтому ВАС РФ и ВС РФ, не отойдя от нее, ограничились лишь легким «макияжем», предложив судам, выбирая между двумя ставками (на момент подачи иска в суд или на момент вынесения решения), отдавать предпочтение той, которая ближе к средним показателям ставки рефинансирования в течение все-

го периода просрочки. Но в 1999 г. в экономике страны началась стабилизация и тенденция роста ставки рефинансирования обернулась плавным, но планомерным падением, идущим вслед за уменьшением уровня инфляции и изменением иных макроэкономических показателей. В такой ситуации само законодательное положение о том, что ставка может определяться на момент добровольной уплаты долга, а в случае взыскания – на момент предъявления или удовлетворения иска, демонстрирует в полную силу всю свою очевидную несостоятельность. Данная норма приводит к тому, что законодательство в условиях снижения ставки стимулирует должника отсрочивать оплату, т.е. начинает поощрять нарушение контракта, что просто невыносимо. Получается, что у должника появляется дополнительный стимул к неплатежу, так как затягивание уплаты долга автоматически приводит к уменьшению издержек самого нарушения.

Возможно, это не было настолько очевидно в 1996 г. или 1998 г. в силу того, что ставки рефинансирования были крайне нестабильны и прыгали то вверх, то вниз. Соответственно, тогда потери кредитора от взыскания процентов годовых по упавшей к моменту подачи иска ставке в одном случае могли быть теоретически компенсированы тем, что в другом случае он мог бы выиграть за счет подъема ставки, случившегося к моменту предъявления иска. Но в условиях стабилизации и роста экономики инфляция должна падать, что она и делала последние годы. Соответственно, снижались и ставки рефинансирования. Если верить правительственным планам, то этот процесс должен в целом продолжиться и дальше, пока наконец наша страна не вступит в светлое будущее и не догонит Португалию по уровню экономического развития. Будем оптимистами и предположим, что так оно и будет, пусть, возможно, и не так быстро, как планируется. Следовательно, уровень инфляции должен снизиться до европейских нескольких процентов, без чего мы просто не сможем вступить в пул экономически развитых держав. А это значит, что при отсутствии крупных катаклизмов и дефолтов инфляция в ближайшей перспективе должна снижаться, а вслед за ней должна снижаться и ставка рефинансирования. Конечно же, данная тенденция не может быть строго линейной: могут случаться всплески инфляции (как это имеет место на момент написания настоящей статьи) и соответственно рост ставки рефинансирования. Тем не менее тенденция при оптимистическом прогнозе должна быть именно такой.

Сказанное в свою очередь значит, что на временном отрезке 1999–2007 гг. кредиторы в результате применения буквы ст. 395 ГК оказывались зачастую недокомпенсированными. Должники пользовались деньгами в период более высоких ставок рефинансирования и соответственно более высокой инфляции и стоимости капитала в целом и могли платить по более низкой ставке, упавшей к моменту подачи иска кредитором или добровольного погашения долга самим должником. Аналогичная же ситуация при среднеоптимистическом варианте

развития нашей экономики должна иметь место и в дальнейшем. И если с явной несправедливостью, имевшей место до 2008 г., мы уже ничего поделывать не можем, то надо хотя бы постараться изменить ситуацию в будущем и наконец предоставить кредиторам адекватную защиту их прав. Для этого следует коренным образом изменить либо букву закона, либо «вывернуть» ее на такую «изнанку», которая позволит реализовать основную цель гражданского права – обеспечение справедливости и экономической эффективности оборота.

Представим себе, что долг возник в 2003 г. и до сих пор не погашен. Фактическое пользование деньгами, причитающимся кредитору, осуществлялось в периоды, когда ставка рефинансирования достигала 18, 16, 14, 13, 12, 11,5 и 11% годовых и соответствующим образом неуклонно снижалась. Но в случае, если должник добровольно погасит долг на момент написания настоящей статьи (весна 2008 г.), кредитору будет причитаться всего лишь 10,5% годовых. А как насчет стимулирующей и компенсационной функций? Очевидно, что при таком подходе к определению момента фиксации ставки рефинансирования эти функции в реальности не выполняются. Кредитор получает компенсацию в размере меньшем, чем его гипотетические потери от отсутствия денег в соответствующие отрезки времени в течение просрочки. А у должника, как уже отмечалось, при такой схеме появляется стимул затягивать с платежом!

Конечно же, такое положение вещей абсолютно недопустимо. Могли ли ВАС РФ и ВС РФ в конце 1998 г. предвидеть это? Возможно, да. Но, допустив это, остается последний вопрос. А могли ли они по-иному истолковать положения ст. 395 ГК? Это было бы крайне сложно, учитывая то, что терминология буквы п. 1 ст. 395 ГК достаточно очевидна. Но отнюдь не невозможно! И если в тот момент, когда принималось Постановление № 13/14, необходимость некоего «перетолкования» положений ст. 395 ГК не была, видимо, абсолютна очевидна, то сейчас, когда ставки значительно упали и в целом по всем установкам и планам властей должны продолжаться снижаться вместе с инфляцией до приемлемого уровня (4–6% годовых), больше игнорировать расхождение между традиционным толкованием данной статьи и очевидными запросами общества и требованиями справедливости и экономической эффективности просто невозможно. Соответственно, очевидна необходимость законодательной реформы ст. 395 ГК и в этой части.

Но вначале следует определиться. А чего же, собственно, мы хотим от этой статьи? На какой момент должна определяться ставка рефинансирования. Решение вопроса очевидно и просто до банальности. Проценты годовые должны рассчитываться отдельно в отношении отдельных отрезков времени в соответствии с действующей в тот отрезок времени ставкой рефинансирования. На наш взгляд, назрела необходимость принятия принципа расчета процентов по периодам, т.е. по ставкам, действовавшим в соответствующие отрезки времени в

течение всей продолжительности просрочки. Такой подход позволяет добиться более справедливой защиты интересов кредитора и позволяет лишить должника материальной выгоды от затягивания оплаты.

Но независимо от нашего призыва изменить ст. 395 ГК в этой ее части, который может так и остаться не услышанным законодателем в ближайшие годы, следует уже сейчас проанализировать текст ст. 395 ГК на предмет выявления возможностей, которые позволят уже сейчас, оставаясь формально в рамках закона, несколько перевернуть толкование ст. 395 ГК в судебной практике.

Так, положение п. 1 ст. 395 ГК о том, что размер ставки рефинансирования определяется «на день исполнения денежного обязательства», следует толковать как указывающее не на день фактического исполнения, как это может показаться при буквальном прочтении, а на день, когда такое исполнение должно было происходить. Последнее следует понимать в качестве указания на то, что весь период просрочки должен быть разбит на отрезки – в зависимости от действующей в соответствующий отрезок ставки рефинансирования. Значит, к каждому отрезку времени должна применяться соответствующая этому отрезку ставка рефинансирования.

Аналогичный способ толкования должен применяться и к случаю принудительного взыскания долга. В отношении этого случая в п. 1 ст. 395 ГК указывается на то, что суд «может удовлетворить требование кредитора исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения». В данном случае модальный глагол «мочь» следует понимать не ограничительно, а расширительно. Указание на право суда привязать ставку к моменту подачи иска или вынесения решения не исключает права суда определить ставку иным, возможно, более справедливым, образом.

Конечно же, все эти приемы направленного толкования крайне искусственны и достаточно далеко уходят от буквального смысла закона, и при правке законодательства следует обязательно официально закрепить новый подход к определению ставки. Но в настоящих условиях, до внесения изменений в ГК, считаем возможным отход от буквального прочтения закона и устоявшейся практики в целях придания ему более справедливого, экономически эффективного и разумного вида. На практике случаи подобного расчета процентов годовых встречаются достаточно часто. Кредиторы, интуитивно ощущая несправедливость действующего режима расчетов процентов, пытаются взыскивать проценты годовые по предложенной нами модели. По собственному опыту автора такие попытки иногда даже находят поддержку в суде, но, как правило, только тогда, когда ответчик не оспаривает расчет процентов, апеллируя к разъяснениям, данным в Постановлении № 13/14. Тем не менее практика ВАС РФ по ряду дел, рассмотренных как до, так и вскоре после принятия Постановления № 13/14, указывает на недопустимость такого отхода от буквы закона и невозможность начисления

процентов годовых по периодам²⁴. Готов ли ВАС РФ сейчас, в новых экономических условиях, быть столь же ревностным поборником буквы закона в отношении данной проблемы, остается вопросом. Более новой практики ВАС РФ нам не встречалось. Поэтому предсказать исход данной коллизии достаточно сложно. Но это не лишает нас надежд на то, что в любом случае либо законодатель учтет сказанное здесь при изменении ГК, либо высшие суды смогут пересмотреть свою практику и несколько отойти от буквального прочтения законодательства. По крайней мере раньше ВАС РФ не был замечен в ревностной верности букве закона в случаях, когда здравый смысл, требования справедливости, экономической эффективности и целесообразности зывали к уходу от буквы закона путем достаточно вольного его толкования. В этом нет ничего плохого, конечно же, при соблюдении разумной меры, а также при условии учета не менее важных факторов – предсказуемости, понятности и стабильности права. На наш взгляд, вопрос о низкой эффективности защиты прав участников оборота, потребность прививания участникам оборота цивилизованных правил игры в бизнесе и обеспечение адекватного уровня договорной дисциплины являются настолько актуальными, что необходимость их учета перевешивает вполне обоснованное желание при возможности придерживаться буквы закона. Соответственно, предложение судам уйти от буквального прочтения ст. 395 ГК в части определения момента фиксации расчетной ставки и придать содержанию ст. 395 ГК в этой части смысл, отличный от изначального, но при желании вполне выводимый из ее текста, представляется нам вполне обоснованным.

Кроме того, учитывая сказанное, до тех пор, пока высказанное предложение не будет воспринято законодателем или судебной практикой, сторонам можно порекомендовать прописывать в договоре возможность определения ставки процентов с разбивкой на «периоды». Положения ст. 395 ГК допускают определение сторонами иной ставки процентов. Поэтому при наличии соответствующего условия в договоре проблем с признанием законности данной схемы определения размера процентов возникнуть не должно.

ПРОБЛЕМА ТРЕТЬЯ: «НАЧИСЛЕНИЕ ПРОЦЕНТОВ ГОДОВЫХ НА СУММЫ ШТРАФНЫХ САНКЦИЙ ЗА НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРА»

Отечественная судебная практика (в том числе практика ВАС РФ) с упорностью, достойной лучшего применения, зачем-то отказывает кредиторам в начислении процентов годовых на договорные убытки и неустойки.

²⁴ Постановления Президиума ВАС РФ от 14 октября 1997 г. № 1903/97; от 1 декабря 1998 г. № 2117/98; от 21 марта 2000 г. № 5689/99 и др.

Если в отношении деликтных убытков в п. 23 Постановления № 13/14 указывается на возможность начисления процентов на не выплаченный по судебному решению или соглашению сторон ущерб, то применительно к договорным убыткам ситуация хотя и не нашла своего прямого закрепления в тексте Постановления, но с учетом практики Президиума ВАС РФ по конкретным делам является прямо противоположной. Так, в одном из постановлений Президиум ВАС РФ указал, что, раз обе санкции являются мерами гражданско-правовой ответственности, проценты на сумму невыплаченных убытков начислены быть не могут²⁵. Совсем недавно, в 2007 г., Президиум ВАС РФ подтвердил ту же самую позицию²⁶.

Откуда взялся подход, согласно которому одна мера ответственности за неисполнение обязательства, вытекающего из другой меры ответственности, не применяется, не совсем понятно. В законодательстве об этом нет ни слова. Обязанность компенсировать договорные убытки хотя и не является основным обязательством по договору, тем не менее является денежным обязательством, к которому по общему правилу применяются правила об обязательствах, содержащиеся в ГК. Это сейчас прямо признается в российской судебной практике (см. п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ № 120 от 30 октября 2007 г. «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 ГК РФ»). Идея о том, что ст. 395 ГК устанавливает ответственность только за непогашение основного денежного долга и не применяется за нарушение иных денежных обязательств, не основана на законе и, что намного важнее, не обоснована рационально. Почему мы должны лишать кредитора защиты на случай, если должник не исполняет дополнительное денежное обязательство по компенсации убытков, в то время как в праве многих других стран мира признается возможность начисления процентов годовых на суммы убытков? Эта возможность знакома английскому прецедентному праву²⁷, голландскому праву (ст. 207 ГКН), французскому законодательству (ст. 1153-1 ФГК) и праву многих других стран.

Основаниями для признания возможности начисления процентов годовых на не выплаченные в срок договорные убытки являются: (1) денежный характер обязательства по компенсации убытков; (2) необходимость компенсировать кредитору потери от невозможности использовать причитающиеся ему денежные средства; (3) желание лишить должника соответствующего дохода, связанного с незаконным использованием причитающихся кредитору денежных средств; (4) стимулирующая функция начисления процентов, органически дополняющая процессуальные инструменты реализации судебного решения.

²⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 18 марта 2003 г. № 10360/02.

²⁶ Постановление Президиума ВАС РФ от 22 мая 2007 г. № 420/07.

²⁷ *Treitel G.H.* The Law of Contract. P. 998.

На наш взгляд, возможность начисления процентов годовых на невыплаченные убытки должна быть имплементирована и в российское право, тем более что в отношении убытков, вызванных деликтом, ВАС РФ уже признал возможность начисления процентов годовых с момента вступления в силу судебного решения или соглашения сторон, устанавливающего размер компенсации (п. 23 Постановления № 13/14). Изложенный в этом Постановлении подход следует распространить и на договорные убытки, на которые проценты должны начисляться также с момента вступления в силу судебного решения или согласования размера убытков сторонами.

Никаких серьезных рациональных оснований чинить препятствия начислению процентов годовых на не выплаченные по судебному решению или соглашению сторон убытки за нарушение договора мы не видим. А все остальные причины, которые можно было бы здесь выдвинуть в поддержку существующей судебной практики, носят скорее формально-догматический характер и не подкрепляются серьезным анализом истинных целей права (справедливости, экономической эффективности и др.). Довод о том, что проценты годовые начисляются только в отношении использования денег в качестве средства платежа (п. 1 Постановления № 13/14), выдвинутый разработчиками этого Постановления, отнюдь не исключает понимания договорных убытков в качестве денежного обязательства, исполняемого тем же самым платежом. В этих условиях если убытки представляют собой денежное обязательство, то никаких оснований не начислять за его неисполнение проценты годовые мы не видим.

Сказанное отчасти применимо и к случаю, когда должник не выплачивает предусмотренную договором неустойку. К сожалению, судебная практика ВАС РФ отказывается в начислении процентов годовых в связи с неисполнением обязательства по уплате неустойки²⁸. В одной из своих работ мы уже отмечали, что судебная практика, не допускающая начисление процентов годовых на не выплаченные в срок неустойки, установленные в виде фиксированного штрафа, должна быть отчасти пересмотрена²⁹. В те времена, когда эта практика формировалась, гражданско-правовая ответственность за нарушение договора (в том числе и в виде уплаты неустойки) многими не рассматривалась как институт, влекущий возникновение гражданско-правового обязательства³⁰. Но после издания Информационных писем Президиума ВАС РФ № 102 (п. 3) и № 103 (п. 5) данный вопрос снят с повестки дня. Неустойки признаны порождающими денежные обязательства, к которым применяются нормы ГК об обязательствах. В частности, право

²⁸ Постановления Президиума ВАС РФ от 20 ноября 2001 г. № 4461/01; от 18 сентября 2001 г. № 620/01; от 18 марта 1997 г. № 4531/96.

²⁹ *Карпатов А.Г.* Указ. соч. С. 118–119.

³⁰ *Иоффе О.С., Толстой Ю.К.* Новый Гражданский кодекс РСФСР. Л., 1965. С. 231; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2003. С. 624.

требования неустойки может быть новировано, прекращено путем предоставления отступного, а в силу Информационного письма № 120 ВАС РФ (п. 16) даже уступлено независимо от основного договорного обязательства. В этих условиях сохранение запрета на начисление процентов годовых на присужденную судом или признанную должником (уже после нарушения договора) неустойку в виде фиксированного штрафа не может быть оправдано.

Единственное исключение, которое здесь мыслимо, – это недопущение начисления процентов годовых на не выплаченные в срок и продолжающие начисляться пени или проценты годовые по причине того, что подобное наслоение одной длящейся санкции на другую было бы чрезмерным и арифметически сложным. В случае же, когда долг уже погашен и начисление пени или процентов годовых на долг прекратилось, невыплата их после вступления в силу судебного решения или после признания этих штрафных санкций самим должником должна влечь начисление на соответствующую зафиксированную сумму санкций новых процентов годовых вплоть до их полной уплаты. Должник должен осознавать, что незаконное удержание денег после того, как размер штрафных санкций подтвержден судом или признан должником, не останется безнаказанным и повлечет начисление новых процентов годовых.

Единственный нюанс, который следует подчеркнуть, заключается в следующем. Если неустойка установлена в договоре или законе в виде фиксированного штрафа либо начисление пени или процентов годовых прекратилось в связи с погашением долга и при этом сумма данной санкции не погашена должником, то начисление процентов годовых за неисполнение данного обязательства до момента признания должником размера неустойки или вступления в силу судебного решения о ее взыскании невозможно. Связано это с тем, что хотя обязанность по уплате неустойки или процентов годовых и представляет собой денежное гражданско-правовое обязательство, она обладает определенной спецификой, которая проявляется в том, что сам размер данного обязательства не является окончательно определенным, несмотря на то, что на первый взгляд он прямо обозначен в тексте контракта или закона. Причина этой неопределенности в достаточно высокой вероятности применения к данным обязательствам целого ряда статей ГК РФ, способных уменьшить или полностью устранить размер ответственности должника (ст. 333, 401, 404 ГК). Соответственно, окончательная фиксация размера обязательства происходит только в тот момент, когда вступает в силу судебное решение о взыскании данной суммы штрафных санкций или должник признает их размер. В практике, к сожалению, встречаются случаи, когда суд снижает неустойку по ст. 333 ГК, несмотря на то, что после состоявшегося нарушения должник признал ее размер в акте сверки или иным образом. Но такие решения, видимо, следует считать ошибочными. В случае, когда должник признал размер штрафных санкций уже после того, как нарушение произошло, предоставление ему защиты со стороны судеб-

ной системы в виде снятия или освобождения от ответственности будет неоправданным и чрезмерным проявлением патернализма.

Соответственно, на наш взгляд, момент окончательной фиксации размера обязательства по уплате штрафных санкций за нарушение контракта и является тем моментом, с которого подлежат начислению проценты годовые. Начисление процентов годовых до этого не оправдано, так как должник мог не выплачивать проценты годовых по вполне уважительной причине, а именно в связи с тем, что считал себя, к примеру, невиновным в нарушении и рассчитывал на освобождение от ответственности или претендовал на снижение размера ответственности на основании ст. 333 или 404 ГК. Иначе говоря, предлагаемый здесь вариант определения момента фиксации размера (созревания) обязательства идентичен подходу, применяемому в отношении убытков. Как в случае с убытками, так и в случае с договорными или законными штрафами, прекратившимися начисляться пеними и процентами годовыми, не выплаченными за нарушение договора, проценты годовые на причитающиеся кредитору в качестве компенсации суммы санкций начинают начисляться только после одного из двух событий: вступления в силу судебного решения о взыскании суммы данной санкции или признания должником соответствующего расчета санкций. Причем при взыскании судом или признании должником лишь части предусмотренных договором или законом пени или процентов годовых проценты годовые начисляются только на соответствующую часть. Если после того, как должник признал часть от начисленных штрафных санкций, но кредитор, не согласившийся с этим, предъявил иск в суд и взыскал штрафные санкции в полном или большем размере, то до вступления в силу этого решения суда на сумму невыплаченных штрафных санкций проценты годовые будут начисляться только в части, прямо признанной должником, а после вступления в силу этого решения проценты годовые могут взыскиваться уже на весь объем присужденных судом санкций.

Нам могут возразить: не приведет ли предоставление кредитору права начислять проценты годовые на не выплаченные ему суммы штрафных санкций к бесконечной «лестнице санкций»? За невыплату долга будут начисляться пени, за невыплату пени – проценты годовые, за невыплату этих процентов годовых – другие проценты годовые, и так до бесконечности? Конечно же, такая ситуация недопустима. Именно поэтому мы настаиваем, что проценты годовые могут начисляться на сумму пени или ранее не выплаченных процентов годовых только тогда, когда их начисление прекратилось в связи с уплатой долга, и соответственно, эти штрафные санкции, являющиеся базой для начисления процентов годовых, представляют собой уже фиксированную сумму. При таком уточнении «бесконечной лестницы санкций» быть не может. Если основное договорное обязательство еще не исполнено, проценты годовые рассчитываются только за неисполнение этого обязательства и не применяются к начисляемым на сумму основно-

го долга пени или процентам годовых. Иначе говоря, при таком сценарии выше первой «ступени» ответственности мы не поднимемся.

Если же за нарушение договора подлежит начислению фиксированный штраф или в связи с погашением возникшего долга начисленные ранее на сумму этого долга пени или проценты годовые прекратили нарастать и зафиксировались в размере и при этом соответствующие суммы санкций признаны должником или судом, то начинают начисляться проценты годовые второй «ступени». Но в данном случае ничего странного нет, так как после того, как суд или должник признали расчет первого уровня штрафных санкций и риски снижения или устранения ответственности исчезли, по сути никакого различия между обычным договорным обязательством и обязательством по уплате этой штрафной санкции не остается. Ничто не мешает должнику исполнить признанное им самим или судом обязательство по уплате зафиксированного и более не увеличивающегося размера данной санкции. Соответственно, кредитор вправе рассчитывать на своевременное получение этих сумм и на компенсацию своих потерь от невозможности их использования. Деньги должны делать деньги. Бесплатное удержание должником и использование причитающихся кредитору средств только на том основании, что данные средства вытекают из реализации меры ответственности, не может быть оправдано. Единственное, что следует исключить, – это одновременное начисление процентов годовых за невыплату продолжающих начисляться в связи с неисполнением основного обязательства пени или процентов годовых, так как именно в данном случае остановить подъем вверх по «лестнице санкций» будет крайне сложно, в связи с чем последствия нарушения договора для должника окажутся явно чрезмерными.

Итогом данного анализа является следующий вывод. Так как применяемый в практике ВАС РФ запрет на начисление процентов годовых на сумму признанного должником или судом фиксированного штрафа, а также фиксированную сумму пени или процентов годовых, начисленных в связи с завершившейся просрочкой исполнения договора, не основан на какой-либо однозначной норме закона и, самое главное, на наш взгляд, не совсем обоснован с точки зрения принципов разумности, справедливости и экономической эффективности, его дальнейшее применение в отношении института процентов годовых считаем вредным и несоразмерно ущемляющим права пострадавшего кредитора.

ПРОБЛЕМА ЧЕТВЕРТАЯ: «ВОЗМОЖНОСТЬ НАЧИСЛЕНИЯ ПРОЦЕНТОВ ГОДОВЫХ НА БУДУЩЕЕ ВРЕМЯ»

Другая проблема возникла в связи с попыткой введения в практике ВАС РФ и ВС РФ крайне выгодного для кредитора механизма начисления процентов годовых на будущее время. В связи с прямым указанием в Постановлении № 6/8

(п. 51) истцы могут не фиксировать размер набежавших за период просрочки процентов годовых в иске, а требовать в суде удовлетворения требования о взыскании процентов с момента начала периода просрочки и вплоть до фактического погашения долга. Суду же надлежит указывать в резолютивной части решения ставку, момент начала течения периода просрочки и размер основного долга, на который следует начислять проценты, окончательная сумма которых будет определена уже на момент фактического исполнения судебного решения. Данный механизм выгоден кредиторам, так как освобождает их от необходимости довыскивать неустойку за новый период просрочки в случае неисполнения судебного решения. Основой для предоставления такой возможности кредиторам стали положения ст. 395 ГК о том, что проценты текут вплоть до фактического погашения долга.

Но, сделав первый шаг, ВАС РФ и ВС РФ не довели свою идею до конца и не разъяснили ряд немаловажных деталей. В итоге такой, казалось бы, удобный механизм взыскания процентов годовых порождает ряд вопросов и зачастую «буксует» на стадии реализации.

Во-первых, процессуальное законодательство РФ не в полной мере обеспечивает реализацию предложенной высшими судами России методики начисления данной санкции. Так, законодательство об исполнительном производстве не предусматривает обязанность приставов-исполнителей самостоятельно определять сумму взыскания, которая согласно, например, АПК РФ должна быть указана в решении суда. Так, согласно ст. 71 АПК РФ «при удовлетворении требования о взыскании денежных средств в резолютивной части решения арбитражный суд указывает общий размер подлежащих взысканию денежных сумм с отдельным определением основной задолженности, убытков, неустойки (штрафа, пеней) и процентов». Поэтому в целом, признавая удобным и полезным предложенный высшими судами способ расчета процентов, следует порекомендовать более детально проработать имплементацию данного сценария в процессуальное законодательство России, чтобы «расчистить» дорогу для его эффективного применения. К сожалению, ВАС РФ и ВС РФ, указав на саму возможность такого расчета процентов в Постановлении № 6/8, в дальнейшем упустили возможность настоять на отражении в принимавшихся после 1996 г. новых процессуальных кодексах и новом Законе об исполнительном производстве каких-либо норм, процессуально обеспечивающих предложенную высшими судами новеллу. Например, не был решен ни законодательством, ни в каких-либо дополнительных разъяснениях высших судов и такой важнейший процессуальный нюанс, как порядок определения государственной пошлины в условиях, когда на момент подачи иска в суд точно-го размера требуемых процентов кредитор заявить не может. Теоретически, на наш взгляд, данный вопрос мог бы быть решен, например, путем указания

на то, что госпошлина должна уплачиваться из расчета процентов, начисленных к моменту подачи иска, а дальнейшее нарастание суммы процентов годовых не должно обязывать истца производить постоянные доплаты госпошлины. Но подобное решение, к сожалению, не закреплено официально ни в Налоговом кодексе РФ, ни в Постановлении № 6/8.

Во-вторых, при применении предложенного в Постановлении № 6/8 подхода к расчету процентов годовых возникает серьезная проблема с определением дополнительных убытков, которые, как известно, по общему правилу взыскиваются в размере, превышающем начисленные проценты или пени. При использовании механизма начисления процентов годовых или пеней на будущее время невозможно определить, каков же будет их конечный размер. Соответственно, просто невозможно точно рассчитать, насколько убытки превышают начисленные пени или проценты. В связи с изложенным, видимо, следует признать преждевременным требование о взыскании убытков, когда оно заявлено вместе с иском о взыскании процентов, рассчитанных «наперед». Такое требование кредитору следует заявлять уже после того, как решение суда о взыскании долга и процентов будет фактически исполнено и сумма набежавших процентов будет определена окончательным образом. Данный недостаток указанного механизма расчета процентов является по сути неизбежной «платой» за предоставляемое данным способом кредитору преимущество. Поэтому вряд ли стоит видеть в нем причину, по которой предложенное судами решение может быть признано ошибочным. У любой палки, как известно, два конца. Таким же образом использование механизма начисления процентов на будущее время имеет как явно выраженное преимущество, облегчающее кредитору процедуру взыскания этих санкций, так и обозначенный выше недостаток, который являет собой неизбежную плату за предоставленные удобства. Кредитор всегда имеет право выбора. Он может не пользоваться данным механизмом взыскания процентов и прибегнуть к классическому варианту: потребовать взыскания процентов годовых за период до подачи иска в суд, а потом – в случае неисполнения – потребовать довзыскания санкции за новый период просрочки.

Тем не менее, несмотря на их очевидность, обе указанные проблемы не нашли своего решения ни в Постановлении № 6/8, ни в более поздних разъяснениях судебной практики, что несколько затрудняет реализацию разъяснений ВАС РФ и ВС РФ о возможности начисления процентов годовых на будущее время. Многие суды отказывают в таком способе расчета процентов, ссылаясь на противоречие процессуальному законодательству и нормативную необеспеченность реализации данного сценария на уровне исполнительного производства, что заставляет Президиум ВАС РФ неоднократно напоминать нижестоящим судам об обязательности своих разъяснений, данных в Постановлении № 6/8, и о вы-

текающем из этого праве истца пользоваться таким льготным режимом начисления процентов годовых³¹.

На наш взгляд, высшим судам стоит еще раз вернуться к этому вопросу и более детально урегулировать данную возможность, примирилив ее с положениями АПК и разъяснив приставам-исполнителям порядок исполнения подобных решений. В частности, высшим судам следует определенным образом совместить механизм начисления процентов годовых на будущее и предлагавшуюся нами выше идею об определении релевантной базовой ставки рефинансирования по периодам. На стыке двух данных механизмов неизбежно возникнут всем очевидные технические противоречия. На наш взгляд, здесь мыслимы два решения. Во-первых, суд бы мог рассчитать проценты годовые по ставкам ЦБ, действовавшим в отдельные отрезки времени в течение всего периода просрочки вплоть до момента вынесения решения и таким образом зафиксировать точную сумму процентов, начисленных до этого момента. А перспективную же часть расчета суд в этом же решении может отразить отдельно, взяв в отношении этой части расчета процентов за основу и тем самым зафиксировать на будущее ту ставку, которая действует на момент вынесения решения. Во-вторых, суд бы мог не фиксировать процентную ставку на будущее, а в решении о взыскании долга и процентов указать сумму долга, точную сумму процентов годовых, начисленных по действующим в соответствующие отрезки времени ставкам и рассчитанных до момента вынесения судебного решения, а также в этом же решении предусмотреть обязанность ответчика дополнительно уплатить проценты годовые по ставкам, которые будут действовать уже после вынесения судебного решения, начисляемые на сумму долга с момента вынесения решения и вплоть до момента его исполнения. Оба варианта нам представляются приемлемыми. Разница лишь в том, что первый вариант с фиксацией ставки на период после вынесения решения более простой и меньше обременяет приставов-исполнителей. Второй же вариант с сохранением плавающей ставки и на период после вынесения решения требует от приставов-исполнителей обращения к хронике изменения ставки рефинансирования ЦБ в период между вынесением судебного решения и его исполнением и проведения несложных арифметических расчетов, с которыми, в принципе, справится любой пользователь Excel. Таким образом, в то время как первый вариант проще в администрировании, второй – более последовательно отражает идею о начислении процентов годовых по ставкам, действующим в соответствующий период просрочки, и соответственно, буквально реализует компенсационную и стимулирующую функции института процентов годовых.

³¹ Постановления Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. № 8447/98; от 23 октября 2001 г. № 777/01 и др.

В целом же сама идея начисления процентов годовых на будущее время является просто блестящей. Она максимально отражает как компенсационную, так и стимулирующую роль процентов годовых, а также притягивает своей простотой и экономической эффективностью. Высшие суды, введя данную технологию, освободили кредитора от необходимости нести издержки по возбуждению дополнительных судебных процессов из-за (возможно, не очень значительных) сумм процентов годовых, начисленных после вступления в силу судебного решения о взыскании долга. Если бы у кредитора такой возможности не было или он решил ею не пользоваться, то за просрочку в исполнении судебного решения кредитору пришлось бы проценты годовые начислять и довыскивать в отдельном производстве. В случае, если просрочка в исполнении решения не была катастрофически долгой, для кредитора предъявление отдельного иска о довыскании процентов за период после вступления в силу решения суда может показаться нецелесообразным исходя из соотнесения причитающихся ему сумм процентов и оценки реальных затрат на ведение нового процесса. В итоге кредитор во многих случаях окажется недокомпенсированным, а должнику будет позволено бесплатно пользоваться средствами, присужденными кредитору. В этом контексте вариант с начислением процентов годовых на будущее время является вполне укладывающимся в компенсационную парадигму процентов годовых как меры ответственности. Одновременно налицо и очень эффективная стимулирующая составляющая. На практике эффективность исполнения судебных решений об исполнении основного обязательства и начислении процентов годовых на будущее, как правило, оказывается куда большей, чем традиционный вариант с определением размера исковых требований в виде исключительно фиксированных сумм. И эта разница понятна: ведь должник осознает, что каждый день неисполнения судебного решения размер взыскания автоматически увеличивается. По сути подобный механизм в чем-то напоминает знаменитый институт французского права – «*astreine*» (особый судебный штраф в виде своего рода пени, присуждаемый судом в пользу истца вместе с решением об исполнении основного обязательства и взыскиваемый вплоть до момента исполнения основного обязательства)³².

Учитывая сказанное, остается только пожалеть, что отсутствие ответов на важные технические вопросы затрудняет российским участникам оборота доступ к подобному крайне удобному механизму защиты своих прав. Процессуальные и иные затруднения, возникающие у судов в связи с отсутствием ответов на эти вопросы, отбивают у многих кредиторов желание пользоваться таким, безусловно, наиболее адекватным, но «нетипичным» способом расчета процентов годовых на будущее и вынуждает использовать куда менее эффективную, но ис-

³² Подробнее об институте *astreine* см.: *Карпатов А.Г.* Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М., 2003. С. 14–15.

ключительно традиционную модель расчета процентов годовых на момент подачи иска. В изменении этой ситуации мы видим серьезный ресурс для оптимизации правового режима процентов годовых.

ПРОБЛЕМА ПЯТАЯ: «СООТНОШЕНИЕ ПРОЦЕНТОВ ГОДОВЫХ ПО СТ. 395 ГК И ПРОЦЕНТОВ ЗА КОММЕРЧЕСКОЕ КРЕДИТОВАНИЕ»

При освещении выше вопроса о ставке, используемой при расчете процентов, мы останавливались на том, что сложившееся состояние режима процентов годовых является крайне неудовлетворительным, и предложили вслед за европейскими странами установить уровень расчетной ставки как базовую ставку рефинансирования ЦБ РФ, увеличенную на определенное количество пунктов (9–12 пунктов для коммерческих и 5–7 пунктов для некоммерческих отношений). Но при этом мы отметили, что такая реформа затруднительна в рамках судебного правотворчества и потребует законодательного вмешательства, перспективы которого в ближайшие годы весьма туманны. В связи с этим мы предложили иной вариант решения проблемы повышения уровня ответственности – удвоение размера процентов годовых. На чем же основана данная идея?

Нам видится, что вопрос о процентах не может быть сведен лишь к анализу ст. 395 ГК. Дело в том, что проценты как плата за пользование капиталом, на необходимость начисления которых неоднократно указывалось рядом авторов, в действительности существуют и предусмотрены в российском законодательстве, на что справедливо обращал внимание, в частности, В.В. Витрянский³³. Только речь идет не о ст. 395 ГК, из которой при всем желании нельзя «выудить» особую плату за пользование заемным капиталом в силу того, что в ней прямо указывается на зачетный с убытками характер соотношения. Речь же идет о ст. 823 ГК, которая предусматривает на случай коммерческого кредитования (в виде либо отсрочки (рассрочки) платежа, либо предварительной оплаты (аванса)) применение норм о договоре займа и кредита. Соответственно, к отношениям по коммерческому кредитованию подлежат применению ст. 809 и 811 ГК. Статья 809 ГК, в частности, предусматривает, за рядом незначительных исключений, действие презумпции возмездности займа и начисление на случай несогласования сторонами условий о возмездности (или безвозмездности) процентов по ставке рефинансирования ЦБ РФ, т.е. в порядке, сходном с тем, который предусмотрен в ст. 395 ГК. Иначе говоря, если одна фирма взяла заем у другой фирмы, то она должна вернуть сумму займа с процентами, если только стороны не оговорили безвозмездность займа. В данном случае процен-

³³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. С. 689.

ты, начисляемые по ст. 809 ГК, играют роль именно платы за предоставленные заемные средства, а не меры ответственности. Соответственно, к ним не применяется ни ст. 401 ГК, ни ст. 333 ГК, ни любые другие нормы ГК, регламентирующие порядок применения мер ответственности. Кроме того, в случае просрочки возврата суммы займа помимо продолжающихся начисляться процентов за пользование займом с момента просрочки параллельно начинают начисляться уже проценты годовые как мера ответственности в порядке, предусмотренном в ст. 395 ГК.

В силу ст. 823 ГК данные правила ст. 809 и 811 ГК могут применяться и в отношении коммерческого кредита, который имеет место практически во всех случаях, когда предоставляются товары, выполняются работы или оказываются услуги, а взамен производится оплата и договором предусмотрен разрыв во времени между двумя данными исполнениями. Особенно это характерно для коммерческого оборота, где преобладают расчеты в безналичном порядке, по своей природе и технологии подразумевающие разрыв во времени между фактом выполнения неденежного обязательства и оплатой, а значит, и коммерческое кредитование.

Постановление № 13/14 в определенной степени отразило разницу в существовании процентов за пользование коммерческим кредитом и процентов по ст. 395 ГК (п. 12 Постановления). Но, что очень важно, однозначно не был решен вопрос о возможности начисления параллельно и процентов по ст. 395 ГК как меры ответственности за просрочку и процентов по ст. 809 ГК как платы за пользование денежными средствами, если на это нет указания в тексте договора, в соответствии с которым предоставляются товары, работы и услуги. Между тем именно этот вопрос встает вслед за выводом о применении к условиям о коммерческом кредите правил о займе, подтвержденных в Постановлении № 13/14.

Ответ на указанный вопрос крайне важен для становления российской правовой системы в части защиты прав участника договора. Но прежде чем изложить свое видение этого вопроса, напомним, что один из центральных недостатков сложившегося режима начисления процентов годовых состоит в том, что в результате применения данной статьи экономически должник, нарушающий договор, ставится в положение более выгодное, чем если бы он обращался в банк за кредитными ресурсами. Это создает стимул не платить в срок своим кредиторам в случае возникновения финансовых трудностей, тем самым вынуждая их предоставлять себе кредит на условиях начисления ставки чуть ли не в два раза меньшей, чем та, по которой должнику бы обошлись данные ресурсы, обратиться он в банк. Данный фактор усиливается нелепым указанием на то, что момент определения ставки рефинансирования увязывается с моментом погашения долга (в случае добровольной уплаты) и моментом подачи иска в суд или вынесением решения (в случае взыскания), что также в условиях снижения ставки или перспектив снижения оной может подталкивать должника не торопиться с погашением долга. Еще большие пер-

спективы открываются для некоммерческих организаций, которые могут, просто доказав отсутствие своей вины в нарушении договора, освободиться вообще от начисления каких-либо процентов и тем самым кредитоваться абсолютно бесплатно. Таким образом, сложившуюся практику привлечения к ответственности за нарушение договорных обязательств в этой части мы признали крайне неудачной, исключительно продебиторской и в связи с этим абсолютно несбалансированной. Как уже отмечалось, институт процентов годовых нужно сформировать таким образом, чтобы экономическое положение должника, не погашающего долг, было по крайней мере не лучше, чем положение аналогичного должника, обратившегося в банк за кредитом. И здесь перспектива введения платности коммерческого кредита наряду с начислением процентов годовых на случай просрочки платежа решает данную проблему идеально.

При проведении детального анализа данного вопроса мы приходим к следующим выводам. Контрагент, предоставляющий отсрочку платежа или совершающий предварительный платеж, по сути кредитует партнера на тот период, который разделяет оплату и выполнение встречных обязательств. В связи с тем, что по ГК заем презюмируется процентным и к коммерческому кредиту применяются правила о договоре займа, на сумму, составляющую коммерческий кредит, должны начисляться проценты за пользование заемными средствами независимо от уплаты процентов годовых по ст. 395 ГК или неустойки, которые начисляются с момента начала просрочки. Первые по сути представляют собой цену за пользование коммерческим кредитом, а вторые являются санкцией за просрочку. Все это следует из автоматического наложения норм о займе на конструкцию обычного двустороннего возмездного договора, предусматривающего коммерческое кредитование.

При утвердительном ответе на вопрос о возможности кумулятивного применения процентов по ст. 395 и 809 ГК кредитор по любому денежному обязательству всегда будет уверен в том, что как минимум одну ставку рефинансирования он получит. Взыскание же помимо этого процентов годовых по ст. 395 ГК, которые носят, как уже упоминалось, характер ответственности, ставится в зависимость от форс-мажора, а в ряде случаев и наличия вины должника, а также обстоятельств, являющихся основанием для применения ст. 404 и 333 ГК.

Таким образом, мы приходим к выводу о возможности одновременного применения двух мер (процентов годовых по ст. 395 ГК как меры ответственности и процентов по ст. 809 ГК как платы за пользование коммерческим кредитом). Аналогичной точки зрения придерживается В.В. Витрянский, который прямо указывает на то, что в случае согласования сторонами коммерческого кредита имеется возможность одновременного начисления и процентов годовых по ст. 395 ГК, и процентов за пользование коммерческим кредитом³⁴.

³⁴ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. С. 694.

Крайне важным в этой связи является вопрос о моменте начала течения процентов. С процентами по ст. 395 ГК или пени все более или менее ясно: они текут с момента нарушения договорного обязательства, влекущего незаконное пользование чужими денежными средствами. Сложнее с процентами за пользование коммерческим кредитом. На первый взгляд при автоматическом наложении норм о займе на конструкцию коммерческого кредита таким моментом является момент предоставления коммерческого кредита, ибо в рамках договора займа эти проценты текут за пользование кредитными средствами с момента их предоставления и до момента их фактического возврата. Но при более внимательном рассмотрении этого вопроса мы приходим к пониманию несостоятельности такого вывода.

На наш взгляд, указанное правило ст. 809 ГК, которое позволяет начислять проценты за пользование заемным капиталом с момента предоставления суммы займа (кредита), на самом деле не может автоматически применяться к отношениям по коммерческому кредитованию. Дело в том, что в собственно заемных отношениях проценты за пользование выступают как исключительная форма существования встречного предоставления. Цена тех «услуг», которые оказывает займодавец, передавая заемщику сумму займа, выражается именно и только в процентах, начисляемых на сумму займа. Сама же сумма, составляющая основной денежный долг заемщика, на которую и начисляются проценты, ценой не является, а представляет собой лишь возврат ранее переданного (точнее, его эквивалента).

В случае же коммерческого кредитования заемные отношения развиваются в рамках существующих основных обязательств сторон синалагматического договора и неразрывно с ними связаны. Ценой здесь является именно денежная сумма, выражающая стоимость товаров, работ или услуг, на которую подлежат начислению проценты, а сами проценты за пользование коммерческим кредитом являются дополнительной платой. Поэтому стороны, договариваясь о предоплате или отсрочке платежа, имеют возможность оценить период, на который предоставляется коммерческий кредит, и включить стоимость использования коммерческого кредита в течение этого периода в цену товаров, работ или услуг, что на практике и осуществляется предпринимателями в подавляющем большинстве случаев. Соответственно, плата за коммерческий кредит по общему правилу должна являться одной из составляющих цены, на которую будет заключен договор. Следует считать, что стороны, установив в договоре цену, включили в нее и стоимость пользования коммерческим кредитом. Таким образом, по общему правилу проценты за пользование коммерческим кредитом взимаются с момента предоставления онного, только если на это прямо делается ссылка в договоре. В последнем случае считается, что стороны не включили стоимость коммерческого кредита в цену товаров, работ или услуг по договору, а выразили ее отдельно.

Ситуация меняется, если должник не исполняет свое встречное обязательство и в договоре стороны не предусмотрели начисление процентов за пользование коммерческим кредитом с момента его предоставления. Если наступает просрочка, учесть которую кредитор не мог при заключении договора и закреплении в нем цены, то право на плату за пользование коммерческим кредитом кредитор должен приобретать с момента просрочки: он получает возможность требовать уплаты процентов за пользование коммерческим кредитом по ставке рефинансирования ЦБ РФ с момента просрочки должником выполнения встречного обязательства и вплоть до исполнения основного обязательства (ст. 809, п. 1 ст. 811 ГК). При этом одновременно с момента просрочки начинают течь проценты как мера ответственности по ст. 395 ГК или пени. Иначе говоря, должник, не погасивший долг за предоставленный на условиях отсрочки платежа товар (работы или услуги), а также должник, получивший предоплату, но не исполнивший встречные обязательства по оказанию услуг, выполнению работ или поставке товаров, в силу применения правил о займе (в том числе ст. 811 ГК) ставятся в то же положение, что и займодавец, не получивший назад сумму займа. Раз займодавец в такой ситуации вправе требовать начисления двойных процентов, то в силу ст. 823 ГК такие же права должен иметь и кредитор в обычном синаллагматическом договоре, предусматривающем коммерческое кредитование.

Следует отметить, что аналогичный механизм двойного начисления процентов известен российскому праву. Согласно вексельному законодательству если вексель не предусматривает начисление процентов на сумму долга с момента просрочки, текут две процентные ставки рефинансирования (Положение о переводном и простом векселе 1937 г., утвержденное Постановлением ЦИК СНК СССР от 7 августа 1937 г., в редакции ст. 3 Федерального закона от 21 февраля 1997 г. «О переводном и простом векселе»): проценты за пользование, а также пени за просрочку. При этом размер обеих определяется ставкой рефинансирования ЦБ РФ. Аналогичный подход, на наш взгляд, следует распространить и на все случаи коммерческого кредитования.

Итак, согласно нашей позиции оба вида процентов в случае коммерческого кредитования должны начисляться с момента просрочки осуществления встречного исполнения. Но нельзя не отметить, что, к сожалению, такой вариант определения начала начисления процентов по коммерческому кредиту несколько противоречит указаниям п. 12 Постановления № 13/14. В данном пункте указывается: «Проценты за пользование коммерческим кредитом подлежат уплате с момента, определенного законом или договором. Если законом или договором этот момент не определен, следует исходить из того, что такая обязанность возникает с момента получения товаров, работ или услуг (при отсрочке платежа) или с момента предоставления денежных средств (при авансе или предварительной оплате) и прекращается при исполнении стороной, получившей кредит, своих обязательств либо при

возврате полученного в качестве коммерческого кредита, если иное не предусмотрено законом или договором». Иначе говоря, согласно позиции ВАС РФ и ВС РФ проценты по коммерческому кредиту подлежат начислению с момента предоставления оно, а не с момента просрочки осуществления встречного исполнения. Нам представляется этот подход неверным и заслуживающим пересмотра.

Для того чтобы осознать ошибочность этого подхода, достаточно представить себе обычный двусторонний договор поставки, подряда или оказания услуг. Можно не сомневаться в том, что в большинстве случаев, когда стороны предусматривают отсрочку платежа или авансирование, они отнюдь не подразумевают, что за указанный в договоре период, разделяющий поступление денег и осуществление встречного исполнения, должны начисляться какие-либо проценты. Как уже отмечалось, стороны в подавляющем большинстве случаев учитывают период коммерческого кредитования в цене договора. В этой связи предоставление одной из сторон права на начисление каких-либо процентов за указанный период было бы полным сюрпризом для обоих участников договора. Другое дело – ситуация, когда договор нарушен и началась просрочка. Данное обстоятельство стороны обычно не предвидят при заключении договора. Стороны не могут учесть при согласовании цены сверхнормативное пользование коммерческим кредитом за пределами предусмотренного договором срока. Соответственно, есть все основания определить в качестве исходной точки расчета процентов за пользование коммерческим кредитом дату неисполнения должником, получившим коммерческий кредит, встречного обязательства, а отнюдь не дату предоставления коммерческого кредита.

Разъяснение ВАС РФ и ВС РФ о том, что проценты за коммерческий кредит начинают начисляться с момента его предоставления, можно как-то объяснить, только если допустить, что разработчики этого постановления разделяли позицию, согласно которой коммерческий кредит будет являться согласованным только при обязательном условии наличия прямого указания на то в договоре. Этот вопрос является, пожалуй, ключевым.

Многие суды, отказывая в начислении процентов годовых в двойном размере, ссылаются на неправильное понимание истцами института коммерческого кредита. Аргумент здесь достаточно простой. По мнению этих судей, аванс (предоплата) или отсрочка (рассрочка) платежа только тогда будут считаться коммерческим кредитом, когда на это прямо указано в тексте договора³⁵. Назовем данный подход теорией эксплицитного обозначения условия о коммерческом кредите. Согласно этой теории простого несовпадения в сроках уплаты денег и выполнения встречного обязательства по поставке товаров, оказанию услуг или выполнению работ либо наличия в договоре условий об авансе

³⁵ См., напр.: Постановления ФАС МО от 19 мая 2006 № КГ-А40/3764-06; от 15 августа 2006 г. № КГ-А40/7312-06; от 6 декабря 2005 г. № КГ-А40/11068-05.

(предоплате) или отсрочке (рассрочке) платежа отнюдь недостаточно для того, чтобы можно было констатировать согласование сторонами коммерческого кредита. Для согласования одного необходимо наличие в тексте контракта прямого указания на то, что предоплата (аванс) или отсрочка (рассрочка) платежа осуществляются на условиях коммерческого кредита.

Для сторонников теории эксплицитного обозначения коммерческого кредитования нет ничего опасного в том, что проценты по коммерческому кредиту по общему правилу начинают начисляться с момента предоставления одного. С их точки зрения, вышеописанного «сюрприза» с начислением процентов за период предусмотренного в договоре и поэтому вполне законного пользования коммерческим кредитом для сторон быть не может, так как стороны прямо выразили свою волю на применение правил о коммерческом кредите, и соответственно, осознавали, что это влечет начисление презюмирующихся в силу ст. 809 ГК процентов за его использование. Такой подход дает возможность примирить положение Постановления № 13/14 о том, что проценты за коммерческий кредит начинают начисляться с момента предоставления коммерческого кредита, с соображениями разумности. Ведь если без прямого указания на коммерческий кредит в договоре ст. 823 ГК не работает и нормы о займе не применяются, то это значит, что платить проценты за пользование коммерческим кредитом в пределах предусмотренной договором отсрочки платежа или предоплаты будет нужно, только если стороны прямо выразили на это свое согласие. Если прямо выраженного указания на коммерческий кредит в договоре нет, то согласно данной теории не может быть вообще никаких процентов за его использование.

Кроме того, теория эксплицитного обозначения коммерческого кредита в договоре позволяет по-своему объяснить и ряд иных положений Постановления № 13/14. Так, например, как известно, согласно п. 4 ст. 487 ГК, а также п. 4 ст. 488 ГК устанавливается право требовать проценты годовые по договору купли-продажи в соответствии со ст. 395 ГК (т.е. как мера ответственности) с момента просрочки оплаты поставленного товара или просрочки поставки предоплаченного товара, что, безусловно, верно. Но в следующем предложении в рамках тех же пунктов утверждается, что в договоре стороны могут предусмотреть начисление процентов с момента предоставления предоплаты или передачи товара с отсрочкой платежа. Это создает очевидную проблему. Трудно себе представить, что законодатель имел в виду, что мера ответственности даже по соглашению сторон будет применяться за период до момента нарушения договора. Согласно разъяснениям, данным в п. 13–14 Постановления № 13/14, эти проценты, начисляемые в силу указания в договоре с момента предоставления предоплаты или передачи товара с отсрочкой платежа, являются по своей природе процентами за пользование коммерческим кредитом. Для сторонников теории эксплицитного обозначения коммерческого кредитования данные разъяснения указывают на

то, что согласование в договоре начисления процентов с момента выплаты предоплаты или передачи товара с отсрочкой платежа является аналогом указания на коммерческий кредит. Нормы п. 4 ст. 487 и п. 4 ст. 488 ГК оцениваются как подтверждающие то, что по общему правилу проценты за использование коммерческого кредита не начисляются, если в договоре отсутствует прямое указания на то, что предоплата (аванс) или передача товара с отсрочкой (рассрочкой) платежа осуществляются на условиях коммерческого кредита, или отсутствует аналогичное по своим последствиям косвенное указание на коммерческий кредит в виде условия о начислении процентов годовых с момента внесения предоплаты или передачи товара с отсрочкой платежа.

Тем не менее, несмотря на то, что данная теория с формально-логической точки зрения позволяет объяснить ряд не совсем ясных положений самого ГК и Постановления № 13/14, считаем ее неадекватной стоящим перед нами задачам и с политико-правовой точки зрения неперспективной. Попытаемся объяснить свою позицию.

Есть примеры из судебной практики самого ВАС РФ, из которых следует, что суд может признать условие о коммерческом кредитовании в конкретном договоре даже без прямого указания на то в контракте. Так, например, в п. 7 Информационного письма от 17 ноября 2004 г. № 85 ВАС РФ «Обзор практики разрешения споров по договору комиссии» указывается, что наличие в договоре комиссии условия о том, что комиссионер авансирует комитента в счет будущих поступлений от реализации товара, само по себе имплицитно подразумевает применение правил о коммерческом кредитовании. Достаточно много подобных решений встречается и на уровне судов кассационной инстанции³⁶. Да и Постановление № 13/14, несмотря на некоторую расплывчатость, все же, на наш взгляд, достаточно четко указывает на то, что «согласно статье 823 Кодекса к коммерческому кредиту относятся гражданско-правовые обязательства, предусматривающие отсрочку или рассрочку оплаты товаров, работ или услуг, а также предоставление денежных средств в виде аванса или предварительной оплаты» (п. 12). Из текста очевидно, что рассрочка, отсрочка, а равно предоплата или аванс в случае указания на них в договоре означают согласование коммерческого кредита со всеми вытекающими последствиями. Вывод о необходимости прямого указания термина «коммерческое кредитование», на наш взгляд, является отнюдь необязательным с формально-логической точки зрения.

Но, самое главное, такой способ толкования вредит признанной нами приоритетной цели – повышению эффективности применения ст. 395 ГК. А любые способы толкования должны подчиняться конкретной политико-правовой цели. Если наша цель состоит в законодательном обосновании двойных процентов,

³⁶ Постановления ФАС МО от 25 апреля 2006 г. № КГ-А41/2041-06; от 25 ноября 2002 г. № КГ-А40/7758-02 и др.

нет никаких оснований формировать противоречащие этой цели концепции, тем более на достаточно противоречивых законодательных основаниях. Следует считать, что любое санкционированное договором несовпадение во времени между оплатой и исполнением встречных обязательств предполагает (презюмирует) по общему правилу предоставление коммерческого кредита, который проявляется в первую очередь в том, что нарушитель контракта должен уплачивать не одну, а две процентные ставки на существующий долг, причем в обоих случаях – с момента нарушения встречного обязательства.

Данный подход значительно расширяет сферу применения правил о коммерческом кредите, не ограничивая ее исключительно теми случаями, когда в договоре сделана прямая ссылка на коммерческий кредит. Данная точка зрения находит поддержку у целого ряда авторов. Так, в литературе отмечается, что «коммерческим кредитованием вообще может считаться всякое несовпадение во времени встречных обязанностей по заключенному договору, когда товары поставляются (работы выполняются, услуги оказываются) ранее их оплаты либо платеж производится ранее передачи товаров (выполнения работ, оказания услуг)... В большинстве случаев коммерческое кредитование осуществляется без специального юридического оформления, в силу одного из условий заключенного договора (об авансе, о рассрочке и др.)»³⁷. Данный подход, разделяемый нами, можно обозначить как теорию имплицитного обозначения коммерческого кредитования в договоре.

Положения ст. 487, 488 ГК при таком подходе толкуются нами несколько по-иному. Следует считать, что в тех случаях, когда п. 4 ст. 487 и п. 4 ст. 488 ГК говорят о начислении процентов годовых на основании ст. 395 ГК с момента просрочки, речь идет именно о процентах годовых как мере ответственности. Это никем не оспаривается и является самоочевидным. В той же части этих пунктов, где говорится о праве сторон своим соглашением установить «обязанность продавца уплачивать проценты на сумму предварительной оплаты со дня получения этой суммы от покупателя» (п. 4 ст. 487 ГК) или установить «обязанность покупателя уплачивать проценты на сумму, соответствующую цене товара, начиная со дня передачи товара продавцом» (п. 4 ст. 488 ГК), согласно нашей позиции, речь идет уже не о процентах по ст. 395 ГК, а о процентах по ст. 809 ГК. Следует отметить, что эта идея нашла свое закрепление в п. 13, 14 Постановления № 13/14. В этом наша позиция полностью совпадает как с данными в Постановлении № 13/14 разъяснениями, так и с теорией эксплицитного обозначения

³⁷ Такое мнение высказывает, в частности, Д.А. Медведев (см.: *Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. М., 1999. С. 438*). Кроме того, В.В. Витрянский высказывает схожую точку зрения, отмечая, что наличия в договоре условия об отсрочке (рассрочке) платежа или авансе (предоплате) достаточно для того, чтобы констатировать презумпцию того, что стороны согласовали коммерческий кредит, которая в свою очередь может быть опровергнута при доказывании заинтересованной стороной того, что истинная воля сторон не была направлена на применение правил о займе к их отношениям (см.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга пятая. Т. 1. М., 2006. С. 291–292*).

ния коммерческого кредита. Разница состоит в том, что сторонники последней теории делают из этого вывод о том, что по общему правилу проценты по коммерческому кредиту вообще не начисляются, так как стороны прямо или косвенно не предусмотрели коммерческое кредитование в договоре. Наше же мнение состоит в том, что указание в п. 4 ст. 487 и п. 4 ст. 488 ГК является исключением, подтверждающим совсем иное общее правило. Согласно нашему представлению об искомом общем правиле оно заключается в следующем. Проценты за пользование коммерческим кредитом начисляются с момента просрочки исполнения встречного обязательства, так же как и проценты по ст. 395 ГК, и только при наличии специального указания на то в договоре – с момента предоставления коммерческого кредита.

При принятии нашего подхода к увязыванию момента начала начисления процентов по коммерческому кредиту с наступлением просрочки с указанного момента будут начисляться параллельно два вида процентов. И если в отношении процентов за просрочку по ст. 395 ГК суды могут продолжать вышеуказанную практику (снижать размер процентов или устранять ответственность вовсе с учетом вины должника, наличия форс-мажорных обстоятельств, характера и размера негативных последствий на стороне кредитора и т.д.), то проценты по ст. 809 ГК гарантированно причитаются кредитору и не могут быть поставлены под какие-либо условия. Как видим, данное решение вопроса устанавливает минимум, ниже которого размер компенсации кредитору не опустится. Указанное решение, являясь достаточно сбалансированным, стимулирует должника к своевременному платежу денежного долга и предоставляет кредитору необходимые гарантии адекватной защиты права, с одной стороны, а также позволяет учитывать конкретные обстоятельства дела, не приводя к чрезмерному обогащению кредитора в результате применения указанных мер, – с другой.

Исходя из сказанного выше совместное начисление двух видов процентов должно быть диспозитивным общим правилом. Его можно как подтвердить, так и исключить в договоре. Обойти норму о начислении процентов по ст. 395 ГК можно, предусмотрев в договоре пени, а исключить начисление процентов за пользование капиталом можно, указав в договоре на безвозмездность коммерческого кредита.

Безусловно, для «чистоты» законодательной техники с учетом изложенной выше точки зрения на возможность взыскания двух видов процентов можно было бы предложить законодателю более четко отграничить одни проценты от других, в том числе и в ст. 487, 488 ГК.

Внедрение в право механизма одновременного начисления двух видов процентов, о котором здесь шла речь в самом общем виде, на самом деле ставит ряд важных практических вопросов, еще ждущих своего решения.

Например, как быть с возможностью начисления процентов по ст. 395 ГК на невыплаченные проценты по ст. 809 ГК? Положение п. 15 Постановления

№ 13/14 по общему правилу ограничивает возможность начисления процентов по ст. 395 ГК на не выплаченные в срок проценты за пользование займом, если иное не оговорено в договоре. Данный вывод, сделанный высшими судебными инстанциями в отношении применения ст. 395 ГК при невозврате займа, на основании ст. 823 ГК с логической точки зрения должен быть применим и к ситуации нарушения условий коммерческого кредита. Но оправданно ли такое решение как в отношении займа, так и в отношении коммерческого кредита?

Или другой вопрос. При переводе должником в адрес кредитора суммы, не достаточной для того, чтобы покрыть весь объем его обязательств, согласно ст. 319 ГК платеж вначале идет на покрытие начисленных процентов и только затем на погашение основного долга. Согласно п. 11 Постановления № 13/14 в ст. 319 ГК под процентами, на покрытие которых платеж должника идет в преимущественном порядке, понимаются проценты за пользование займом и коммерческим кредитом. Проценты же годовые, начисляемые в качестве меры ответственности на основании ст. 395 ГК, погашаются только после суммы основного долга. Не стоит ли пересмотреть данный подход в случае расширения сферы применения института процентов за пользование коммерческим кредитом?

Эти и многие другие вопросы не могут быть проанализированы достаточно глубоко в рамках данной статьи и заслуживают отдельного изучения. Российское право рано или поздно придет к необходимости поставить все точки над «і» в вопросах, возникающих вокруг применения процентов за пользование коммерческим кредитом. Причем в случае, если ВАС РФ или ВС РФ одобряют предлагаемый нами вариант начисления двух видов процентов в качестве общего правила в том виде, в который его облекает разделяемая нами имплицитная теория коммерческого кредита, откладывая разрешение этих более частных вопросов будет просто невозможно. Сейчас же, пока в судебной практике преобладает эксплицитная теория коммерческого кредитования и вопрос о двойных процентах, как правило, встает только тогда, когда стороны предусмотрели такую возможность или хотя бы сделали прямую ссылку на коммерческое кредитование в договоре, сфера применения института процентов за коммерческое кредитование достаточно узка, что позволяет нам сейчас сконцентрироваться на главной задаче – обосновании возможности более широкого применения двойных процентов. Остальные же технические вопросы, возникающие в результате реализации наших предложений, вполне решаемы и ни в коем случае не ставят под сомнение саму идею.

Подытоживая вышесказанное, хочется отметить, что юридические основания для введения механизма начисления двойных процентов как возможного решения проблемы эффективности средств защиты в случае неплатежей имеются. Заложены они в ст. 809, 811 и 823 ГК и Постановлении № 13/14. В условиях отсутствия реальных перспектив изменения нынешних норм ГК в части регули-

рования последствий неплатежа признание допустимости изложенного подхода и широкое применение его при защите прав кредитора считаем единственным разумным выходом из положения. Но, конечно же, оптимальным вариантом исправления ситуации считаем внесение поправок в ст. 395 ГК и поднятие уровня ответственности выше ставки рефинансирования ЦБ РФ. При реализации такого сценария, правда, придется либо отменить ст. 823 ГК, либо исключить применение процентов за пользование коммерческим кредитом иным образом, либо вернуться к теории эксплицитного обозначения коммерческого кредита, которая максимально сузит сферу применения указанного вида процентов. Иначе при одновременной реализации двух данных сценариев повышения эффективности средств защиты прав кредитора возникнет явный дисбаланс, только теперь уже в пользу кредитора. Право не должно поощрять несоразмерные наказания, и последствия нарушения должны соответствовать их тяжести. Применение и механизма двойных процентов, и повышение ставки процентов по ст. 395 ГК будет явно чрезмерным и несбалансированным.

Но до внесения в ГК соответствующих поправок вполне может реализовываться сценарий двойных процентов. При этом предлагаемая двухзвенная система начисления процентов при ее имплементации в жизнь, видимо, будет российским изобретением, так как мы не встречали такого рода решения в праве западных стран. Это не должно пугать, так как из всего изложенного выше следует, что только тогда ответственность за просрочку платежа будет являться эффективным инструментом борьбы с нарушениями договорной дисциплины, когда размер причитающихся потерпевшей стороне процентов будет существенно больше принятой в данном регионе ставки рефинансирования, но не настолько, чтобы кардинально нарушить баланс интересов сторон и привести к неосновательному обогащению уже кредитора. Эту задачу можно решить, либо предусматривая ставку процентов в виде скольких-то пунктов выше принятой ставки рефинансирования, как то было решено делать в Европейском Союзе с принятием Директивы 2000/35/ЕС, либо используя указанный механизм параллельного начисления процентов. Результат в конечном исчислении оказывается схожим. В этой связи предлагаемый здесь вариант одновременного начисления всего двух ставок представляется достаточно щадящим для должника режимом, учитывая то, что одну из ставок (по ст. 395 ГК) суд в зависимости от обстоятельств дела всегда может снизить (ст. 333, 404 ГК) или в ряде случаев исключить вообще (ст. 401 ГК).

Отметим, что на настоящий момент судебная практика насыщена подобными делами. Множество кредиторов сейчас пытаются добиться в суде взыскания «двойных процентов». Причем интересно, что поток таких дел возник и стал нарастать с начала 2000-х гг. – именно тогда, когда ставка рефинансирования ЦБ начала неуклонно снижаться и кредиторы стали ощущать потребность в дополнительной защите своих прав. В связи с этим складывающаяся практика позво-

ляет сделать осторожный вывод о том, что шансы на признание данного подхода в отечественной судебной практике все-таки есть. Существует множество примеров, когда суды кассационной инстанции одобряют и взыскивают «двойные проценты», ссылаясь на нормы ст. 823, 809 и 811 ГК, причем без всякого прямого указания на коммерческое кредитование в тексте договора³⁸. Но пока очень распространенным является и отказ в подобных требованиях. Здесь нам крайне важно указать на традиционные мотивы подобного отказа.

Во-первых, некоторые суды разрушают логику истца, приводящую неизбежно к начислению двух видов процентов, путем применения теории эксплицитного обозначения коммерческого кредитования в тексте договора³⁹. В таких решениях обычно указывается, что раз в договоре прямо не указано, что аванс или отсрочка платежа являются коммерческим кредитом или предоставлены на условиях коммерческого кредита, то, значит, ст. 823 ГК не подлежит применению, что «перерубает» кредитору доступ к субсидиарному применению желанных правил ст. 811 ГК, дающих право на начисление двух видов процентов применительно к договору займа. Выше мы уже показали, что подобная теория формально вполне допустима, хотя отнюдь не является единственно возможным способом толкования положений ст. 823 ГК. Главный ее недостаток в том, что данная теория мешает воплощению предложенной здесь политико-правовой идеи увеличения размера ответственности путем удвоения процентов. Взвешивая отнюдь не обязательную, но вполне допустимую формально-логическую интерпретацию положений ст. 823 ГК, с одной стороны, и соображения политики права (принципы эффективности, справедливости и др.), с другой стороны, для нас становится очевидным, что перевешивать должны именно последние. Соответственно, если суд согласен с тем, что нынешняя система начисления процентов годовых никуда не годится, и при этом осознает, что ее демонтаж на законодательном уровне является крайне отдаленной перспективой, то ему следует отдать предпочтение такому варианту толкования законодательства, который позволит оптимизировать систему доступными в рамках судебного толкования средствами. Как уже отмечалось, практика показывает, что многие судьи придерживаются именно такой позиции и допускают взыскание двойных процентов, несмотря на отсутствие каких-либо прямых указаний на коммерческое кредитование в тексте контракта.

Во-вторых, некоторые суды ссылаются на недопустимость применения двойной ответственности в силу неких неписаных принципов права⁴⁰. Аргумент,

³⁸ См., напр.: Постановления ФАС МО от 25 ноября 2002 г. № КГ-А40/7758-02; от 4 сентября 2003 г. № КГ-А40/6304-03 и др.

³⁹ См., напр.: Постановления ФАС МО от 19 мая 2006 № КГ-А40/3764-06; от 15 августа 2006 г. № КГ-А40/7312-06; от 6 декабря 2005 г. № КГ-А40/11068-05.

⁴⁰ См., напр.: Постановление ФАС МО от 28 декабря 2004 г. № КГ-А40/11899-04.

безусловно, абсурдный, учитывая то, что один из двух видов процентов вообще-то не является ответственностью. Кроме того, нет такого принципа права, который запрещал бы применение в гражданском праве двух мер ответственности за одно нарушение, если их совокупное применение не будет явно несоизмеримым последствиям нарушения и влекущим неосновательное обогащение кредитора. Так, например, ГК допускает взыскание неустойки и одновременно убытков – в сумме, превышающей размер неустойки. Почему займодавец, не получивший вовремя обратно заемный капитал, вправе начислять на заемщика двойной размер процентов в силу ст. 811 ГК, а кредитор, по обычному договору предоставивший аванс, но не получивший товар, работы или услуги, не может? В чем сущностное различие положения сторон, которое могло бы теоретически предопределить разное положение кредиторов? Его попросту нет.

Соответственно, оба данных контраргумента, на наш взгляд, достаточно убедительно опровергнуты, что должно давать дорогу более широкому применению двойных процентов при нарушении гражданско-правовых контрактов в судебной практике.

ПРОБЛЕМА ШЕСТАЯ: «ВОЗМОЖНОСТЬ НАЧИСЛЕНИЯ ПРОЦЕНТОВ ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ НЕДЕНЕЖНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА»

Наконец, еще одна достаточно сложная проблема, вызывающая снижение эффективности процентов годовых, состоит в определении сферы применения данного института. Если обратиться к названию статьи («Ответственность за неисполнение денежного обязательства»), возникает ощущение, что обязательным условием применения данного института является нарушение существующего денежного обязательства. При таком подходе проценты годовые будут начисляться на должника (покупателя, заказчика, арендатора, поклажедателя и др.), просрочившего уплату денег, но не будут начисляться за нарушение иных обязательств.

Но в действительности, на наш взгляд, сфера применения данного средства защиты должна быть шире и покрывать и те случаи, когда должник, получивший оплату, не осуществляет свое встречное неденежное обязательство. Подтверждение этому – норма п. 4 ст. 487 ГК, согласно которой в рамках договора купли-продажи продавец, вовремя не передавший уже оплаченный по предоплате покупателем товар, несет ответственность в виде уплаты процентов годовых в соответствии со ст. 395 ГК с момента, когда он должен был передать, но не передал товар. В данном случае на продавце нет денежного обязательства. Оно может возникнуть только в случае, если покупатель, не получивший товар, заявит об одностороннем отказе от договора и потребует вернуть уплаченную

предоплату. В данном случае у продавца по расторгнутому договору возникает обязательство по возврату денег, которое в нашей судебной практике рассматривается как кондикционное (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС от 11 января 2000 г. № 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении»). Но если покупатель не заявляет об одностороннем отказе, то обязательство продавца сохраняет свое неденежное содержание, а закон при этом устанавливает начисление процентов годовых, предусмотренных в ст. 395 ГК. Эта загадка вызвала к жизни мнение, согласно которому в данной норме законодатель использует особый юридико-технический прием. Упоминание здесь процентов годовых не означает, что за нарушение обязательства по передаче товара будут начисляться проценты за нарушение денежного обязательства, а означает, что здесь применяется законная неустойка, порядок расчета которой идентичен порядку, предусмотренному в ст. 395 ГК для расчета процентов годовых за нарушение денежного обязательства⁴¹. Данное толкование призвано формально-логически примирить тот факт, что законодатель в п. 4 ст. 487 ГК совместил, казалось бы, несовместимые вещи. С таким подходом, несмотря на его явную логическую «натяннутость», можно было бы согласиться, если бы он подтверждался бы соображениями справедливости, эффективности и целесообразности. Но это не так.

Дело в том, что обыкновенный здравый смысл подсказывает нам, что в положении покупателя, осуществившего предоплату, но не получившего товар, нет ничего по существу отличного от положения заказчика, уплатившего предоплату, но так и не дождавшегося выполнения контрагентом предусмотренных договором услуг или работ, или арендатора, уплатившего предоплату за несколько месяцев аренды вперед, но не получившего имущество в пользование. Экономически ситуация абсолютно одинакова. Так почему же законодательство прямо допускает начисление процентов годовых на продавца по договору купли-продажи, но должно исключать этот сценарий в отношении идентичных ситуаций в рамках других договоров? По существу данные ситуации идентичны, и вряд ли с точки зрения разумности можно оправдать какое-то уникальное положение правового регулирования договора купли-продажи. На каком основании мы должны дискриминировать заказчиков, арендаторов и других кредиторов в синаллагматических договорах, уплативших деньги за встречное неденежное исполнение, но не получивших его? На наш взгляд, таких оснований попросту нет. Поэтому, на наш взгляд, подход к норме п. 4 ст. 487 ГК о праве покупателя начислять проценты годовые за непередачу продавцом предоплаченного товара как к предусмотренному законом исключением, устанавливающему законную неустойку, порядок расчета которой совпадает с порядком, предусмотренным

⁴¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. С. 691.

в ст. 395 ГК, должен быть отвергнут. Причем отвергнут не потому, что он явно использует достаточно искусственные логические построения и допущения. В этом-то мы ничего предвзвешенного не видим. Если этого требуют потребности оборота, справедливость и другие сущностные факторы, преимущественно влияющие на развитие права, можно пойти и не на такие логические ухищрения, дабы совместить желаемый результат с буквой закона. Такого рода упражнения в герменевтике в принципе оправданы в силу того, что помимо принципов справедливости, экономической эффективности, целесообразности и тому подобных критериев есть еще и такие немаловажные факторы, как требования предсказуемости, стабильности и понятности права, которые требуют от нас без большой надобности не уходить далеко от буквы закона и по возможности примирять существующие в нем внутренние противоречия во имя достижения большей стройности, транспарентности и логичности правовой системы. Поэтому основная проблема «неустойчивой теории» квалификации процентов, установленных в п. 4 ст. 487 ГК, состоит не в этом, а в том, что она приводит к по существу необоснованному обособлению правового режима купли-продажи и превращению предусмотренного в данной норме права начислять проценты за нарушение неденежного обязательства в некое исключение. В то же время, по крайней мере по нашему мнению, для такого противопоставления договоров купли-продажи и иных двусторонних договоров, предусматривающих оплату, нет никаких серьезных оснований. В спорном вопросе положение покупателя, заказчика, арендатора и иных контрагентов, уплативших деньги вперед, но не получивших встречное неденежное исполнение, должно быть в целом идентичным.

Поэтому более разумный выход из положения может состоять в том, чтобы применять соответствующую норму п. 4 ст. 487 ГК по аналогии ко всем иным договорам в случае, когда одна из сторон синаллагматического договора уплачивает деньги вперед, но не получает своевременно встречного исполнения. На наш взгляд, в этой ситуации нет ничего удивительно, учитывая то, что в разделе ГК, посвященном договору купли-продажи, содержится множество других норм, место которых на самом деле в Общей части ГК (например, ряд норм, содержащихся в ст. 487, 488, 516, 522–524 и др.). Законодатель, забывший включить некоторые важные нормы в общую часть обязательственного права в рамках части первой ГК, вспомнил о них при разработке части второй ГК и включил некоторые из таких «забытых» норм в раздел о договоре купли-продажи⁴².

Помимо применения аналогии закона (ст. 6 ГК) есть и другой способ обоснования искомого вывода. В предыдущем разделе статьи мы обращали внимание на то, что, по нашему мнению, в силу ст. 823 ГК коммерческий кредит

⁴² См.: *Карпатов А.Г.* Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М., 2007. С. 672.

презюмируется во всех тех случаях, когда в двустороннем договоре предусматривается разрыв во времени между оплатой и осуществлением встречного неденежного исполнения (передачи товаров, работ или услуг). Это в свою очередь означает, что к отношениям сторон подлежат применению правила ГК о займе. При этом в силу прямого указания в ст. 823 ГК коммерческий кредит имеет место и правила о займе подлежат применению как в случае, когда в договоре предусмотрена отсрочка платежа, так и в случае установленной в договоре предоплаты. А это значит, что к ситуации, когда плательщик по договору авансировал контрагента, но не получил вовремя встречное неденежное исполнение, также подлежат применению правила о займе. Среди применимых таким образом правил о займе оказывается и норма ст. 811 ГК, согласно которой на заемщика с момента просрочки возврата займа подлежат начислению проценты годовые на основании ст. 395 ГК (помимо продолжающих течь процентов за пользование заемным капиталом). Это в свою очередь означает, что продавец (исполнитель, подрядчик или арендодатель), получив предоплату, считается получившим коммерческий кредит, а не осуществляя свое встречное исполнение, ставится в то же положение, что и заемщик, не вернувший займ. Следовательно, на него подлежат начислению как проценты годовые по ст. 395 ГК, так и проценты за пользование коммерческим кредитом в силу ст. 809 и 811 ГК.

Но как тогда объяснить предусмотренную в п. 4 ст. 487 ГК возможность применения ст. 395 ГК, которая по своему названию предназначена на первый взгляд к применению в отношении случаев нарушения *именно* денежного обязательства?

Есть два способа объяснения.

Во-первых, наличие этого случая, когда закон связывает начисление процентов годовых с нарушением неденежного обязательства, можно отчасти объяснить тем, что в данном случае денежное обязательство продавца подразумевается, так как покупатель в любой момент после начала просрочки и вплоть до момента поставки товара может потребовать вернуть ему уплаченную предоплату, т.е. потребовать выполнения денежного обязательства. Но вышеизложенное объяснение вряд ли может быть признано в полной мере исчерпывающим.

Во-вторых, учитывая наличие указанного случая применения процентов годовых, следует констатировать, что проценты годовые, установленные ст. 395 ГК, представляют меру ответственности, применяемую за *нарушение обязательства, влекущее незаконное и неосновательное удержание и (или) использование денежных средств, причитающихся кредитору или полученных от него*. Эта формулировка оказывается шире, чем та сфера отношений, которая покрывается самим названием статьи. Поэтому приходится признать, что название ст. 395 ГК не совсем корректно отражает само содержание данного правового института. Более точным является собственно изложение п. 1 дан-

ной статьи, в котором говорится об ответственности за пользование «чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате либо неосновательного получения или сбережения». В ситуации с непоставкой оплаченного покупателем товара, как мы уже убедились, нет нарушения денежного обязательства как такового, а имеет место неосновательное пользование и сбережение денежных средств. После того как продавец, не поставив в срок товар, нарушает условия коммерческого кредита, дальнейшее использование и сбережение им денег становятся необоснованными, так как предоплата перечислялась продавцу под условием исполнения им в назначенный срок встречного обязательства по передаче товара. Пока покупатель не заявил об одностороннем отказе, продавец обязан продолжать пытаться исполнить свое основное обязательство по передаче товара. Но так как после начала просрочки он остается одновременно и «при товаре», и «при деньгах», использование и сбережение полученных денег становятся неосновательными. Такова же ситуация и с невыполнением в срок других, нетоварных обязательств (оказания услуг, выполнения работ, предоставления имущества в пользование и т.д.), за выполнение которых должник получил предоплату. Не оказывая услуги или не выполняя работы, оплаченные кредитором, должник осуществляет неосновательное пользование денежными средствами⁴³.

На наш взгляд, последний способ объяснения права кредитора начислять проценты годовые за неисполнение неденежного обязательства в случае, когда должник предварительно уже получил оплату, является вполне разумным. Причем эта разумность не зависит от вида договора. Поэтому в любом договоре нарушение условий коммерческого кредита будет влечь начисление процентов годовых как особой меры ответственности, предусмотренной ст. 395 ГК, а также при принятии нашей судебной практикой теории двойных процентов – еще и процентов за незаконное пользование коммерческим кредитом.

* * *

Приведенные в этой статье предложения по оптимизации правового регулирования института процентов годовых, на наш взгляд, могут помочь адекватно повысить ответственность за нарушение гражданско-правовых договоров, привить культуру исполнения договоров и повысить договорную дисциплину в российской экономике. При этом данные решения, на наш взгляд, являются вполне сбалансированными и не приведут к неосновательному обогащению кредиторов и несоразмерному давлению на должников.

⁴³ См.: *Карапетов А.Г.* Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. С. 115–116.

Неадекватный вид сегодняшнего регулирования данного института иллюстрирует, насколько быстро могут устареть правовые решения. Ведь право по преимуществу является надстройкой над соответствующим социально-экономическим базисом и должно отражать и менять жизнь к лучшему. При изменении социально-экономических условий право неминуемо изменится, так как изменятся его задачи и цели. Это касается как законов, так и судебного правотворчества, которое может так же устаревать, как и иные источники права. Причем скорость социально-экономических изменений в нашей стране может привести к тому, что на первый взгляд вполне приемлемые разъяснения, данные высшими судами в конце 1998 г. в Постановлении № 13/14, по прошествии 10 лет перестали адекватно выполнять стоящие перед нашей правовой системой задачи. В этой связи мы призываем осуществить серьезную доработку законодательства или судебной практики с целью учесть ряд нюансов, не отраженных в Постановлении № 13/14, а также пересмотреть ряд положений, пришедших в несоответствие с потребностями времени.

Причем при осуществлении данной доработки следует учесть и множество иных проблем применения института процентов годовых, которые не были затронуты в данной статье, но которые объективно мешают добросовестным кредиторам адекватно защищать свои права в случае нарушения договоров (специфика применения ст. 333 ГК к процентам годовым, конкуренция между договорными пени и иным размером процентов годовых, установленным в договоре, возможность начисления процентов годовых на сумму не выплаченных в срок предоплаты или аванса и многие другие проблемы).