

Виктор Пашин.
Об абонентских договорах
(тезисы к круглому столу «М-Логос» 09.04.2015)

1. Определение в ГК абонентского договора представляется не вполне удачным¹.

Исполнение по требованию не является специфической чертой абонентских договоров. Под дефиницию п.1 ст.429.4 ГК формально подпадают и договоры, явно не относящиеся к абонентским (например, опционный договор).

Кроме того, на мой взгляд, не точна формулировка нормы в части указания на то, что платежи или иное предоставление по абонентскому договору вносится за «право требовать от другой стороны (исполнителя) предоставления предусмотренного договором исполнения в затребованных количестве или объеме...».

Прежде всего, возникает вопрос, о каком по своей юридической природе «*праве требовать предоставления исполнения*» идёт речь? Если это обычное обязательственное право требования одной стороны договора к другой (а при буквальном прочтении именно об этом праве идет речь), то формулировка весьма странная. Любой двухсторонний возмездный договор предполагает возникновение у каждой стороны *права требовать предоставления исполнения*. Если считать, что платеж вносится за это право, а не за само материальное благо, являющееся предметом исполнения, то аналогично можно про любой договор сказать, что оплачивается не товар (работа, услуга), а *право требовать предоставления исполнения*. Например, покупателю картины или пакета молока можно сказать, что он платит не за картину (молоко), а за право требовать передачи картины (пакета молока) в собственность. Заказчику строительства дома можно сказать, что он платит не за строительные работы, а за право требовать выполнения работ.

Другими словами, в такой трактовке формулировка п.1 ст.429.4 ГК является пустой, не имеющей смысла.

Единственное отличие абонентских договоров от иных, которое можно усмотреть при буквальном прочтении, состоит в том, что абонент получает право требовать не точно определенное количество или объем, а «затребованное», т.е. контрагент абонента точно не знает, какое количество (объем) материальных благ нужно будет предоставить. При этом практически всегда будет существовать некий верхний лимит, в рамках которого можно затребовать предоставление (даже если в договоре лимит не указан, он обычно существует объективно; например, при безлимитном тарифе на телефонную связь не получится в течение суток проговорить больше 1440 минут). Но такая особенность в порядке определения количества (объема) вряд ли достаточна для того, чтобы в отличие от обычных договоров, предусматривающих оплату товаров, работ, услуг, говорить об оплате «*права требовать предоставления исполнения*».

2. Другое возможное толкование состоит в том, что речь идет не об обычном обязательственном праве требовать предоставления исполнения по договору, а о секундарном праве создать для другой стороны обязанность предоставить некое благо

¹ Теоретически, конечно, законодатель может дать термину «абонентские договоры» любое определение, которое посчитает нужным. Но если исходить из требований целесообразности, то нужно учитывать, во-первых, цель дефиниции, во-вторых, сложившееся словоупотребление. Я исхожу из того, что целью введения в ГК понятия «абонентский договор» является установление нормы о том, что абонентская плата не зависит от объема фактически затребованных благ (как правило, услуг). Также я ориентируюсь на такие договоры, в которых традиционно присутствуют термины «абонентская плата», «абонемент», каковые, предположительно, и использовал законодатель для введения термина «абонентский договор».

(товар, работу, услугу); например, именно **вторичным** правом названо это право в анонсе к круглому столу.

Но и эта трактовка не выглядит убедительной.

2.1. Во-первых, далеко не в каждом абонентском договоре вообще присутствует **вторичное** право.

Представим, что я оплатил номер в гостинице на 10 суток и в уплаченную сумму входят ежедневные завтраки по системе «шведский стол». Если **конструировать** **вторичное** право, то выходит, что обязанность гостиницы предоставить мне завтрак не существует, пока (если) я не предъявляю такое требование отдельно (реализую **вторичное** право). На самом же деле, никакое **вторичное** право (т.е. право односторонним волеизъявлением создать обязанность гостиницы предоставить мне завтрак) мне не нужно. Обязанность гостиницы каждое утро с 7 до 11.00 предоставить мне в распоряжение «шведский стол» возникает сразу в силу заключенного нами договора, а не после каких-то моих дополнительных требований.

То же касается, например, абонентской платы за пользование тренажерным залом. Сразу после заключения договора, по которому я оплатил абонемент на год, возникает обязанность фитнес-клуба обеспечить ежедневную (кроме установленных выходных дней) готовность тренажерного зала к использованию. **Вторичное** право и здесь избыточно.

Теоретически можно составить такой договор с **вторичным** правом: если представить, что тренажерный зал «по умолчанию» не готов к использованию (полы не вымыты, свет выключен, двери закрыты, тренажеры сломаны), и только по моему требованию фитнес-клуб подготавливает зал к моему использованию (открывает двери, включает свет, моет полы, чинит тренажеры). Но на практике такая схема бизнеса не существует: никакого **дополнительного** моего требования (реализации **вторичного** права) не нужно – обязанность контрагента возникает в силу самого договора, а не реализации **вторичного** права.

Таким образом, поскольку, как минимум, не все абонентские договоры предполагают наличие **вторичного** права, тезис о том, что во всех абонентских договорах плата производится за **вторичное** право, ошибочен.

2.2. Во-вторых, я готов согласиться с тем, что абонентский договор может быть сконструирован и с **вторичным** правом, когда сам договор еще не создает для контрагента обязанности предоставить мне материальное благо, но такую обязанность для него создаю я своим односторонним **дополнительным** волеизъявлением (видимо, таковы договоры с абонентским юридическим обслуживанием, ремонтом и др.). Однако, как представляется, и в таких договорах плата производится не за **вторичное** право.

Начнем с того, что сразу возникает вопрос: если плата производится за **вторичное** право, то выходит, что материальное благо (товар, услуга), ради которого абонент и платит деньги, он потребляет бесплатно? Принципиально это возможно, но всё же несколько странно.

Спорность идеи о том, что абонентская плата – это плата за **вторичное** право, хорошо видна при сравнении с опционом. Опционная премия – это, действительно, плата за **вторичное** право: например, владелец опциона на покупку нефти своим односторонним волеизъявлением создает обязанность контрагента продать ему нефть; за это право он и заплатил опционную премию. Но ведь после реализации опциона его владелец обязан будет заплатить и за саму нефть.

Здесь плата за **вторичное** право никоим образом не исключает необходимости оплатить и само конечное материальное благо – нефть. Относительно контрагента владельца опциона применима следующая логика: он претерпевает неопределенность относительно основной сделки и риски того, что сделка по истечении времени станет для

него невыгодной, за что и получает опционную премию. Но в случае если основная сделка состоится (владелец опциона реализует свое секундарное право), данное лицо за проданный товар получит оплату помимо (сверх) опционной премии.

Кроме того, опцион может предоставляться и бесплатно (в этом случае есть какая-то иная кауза), и тогда владелец опциона за «удобное» секундарное право вообще не платит, а платит только за предмет основной сделки.

Абонентские договоры с секундарным правом, как представляется, аналогичны бесплатным опционам. При этом, также как у бесплатных опционов, у абонентских договоров с секундарным правом предоставление последней также имеет свою каузу, хотя **напрямую секундарное право не оплачивается.**

Очень хорошо можно выявить отличие абонентских договоров при сравнении договора на услуги связи с поминутной тарификацией и безлимитным тарифом с абонентской платой. Разница между договорами не в том, что в первом случае я плачу за услугу связи, а во втором – за право требовать предоставления связи (на мой взгляд, предмет здесь идентичен – само материальное благо в виде связи), а в том, что по-разному определяется соотношение размера оплаты с объемом услуг.

Единственное преимущество конструирования абонентской платы как платы за секундарное право состоит в том, что такая конструкция устраняет необходимость объяснять, почему уплаченные средства не подлежат возврате в случае, если покупатель (заказчик) не получит товар (услугу), являющийся предметом договора. Однако последнее обстоятельство вполне можно объяснить, не прибегая к перемещению каузы платежа с основного материального блага на секундарное право.

На мой взгляд, объяснение здесь надо искать в экономике отношений. Абоненты готовы платить абонентскую плату не потому, что им нужно некое «удобство» в виде секундарного права, а потому, что при абонентской плате общий объем потребленного ими материального блага предположительно обойдется им дешевле, чем при покупке разовыми порциями.

Например, я покупаю абонемент на посещение домашних матчей футбольного клуба в рамках чемпионата страны. Всего в чемпионате команда проведет 19 домашних матчей. Я могу отдельно ходить на каждый интересующий меня матч, покупая разовые билеты. Какой смысл мне покупать абонемент? Только один: стоимость абонемента обойдется мне примерно как 10 разовых билетов. Соответственно, если я планирую посетить больше 10 матчей, я получаю финансовый выигрыш.

Но почему вдруг я должен получить выигрыш? Это такой «аттракцион щедрости» со стороны контрагента? Очевидно, что нет. Экономически здесь имеет место некий аналог скидки за оптовую покупку. При этом обратной стороной такой конструкции является мой риск, что если я по каким-то причинам посету меньше 10 матчей (может даже ни одного), то вместо ожидаемого выигрыша я финансово проиграю.

В каких-то случаях невозвратность абонентской платы объясняется тем, что фактически предмет договора содержит страхование риска. Таковым является договор о проведении ремонтных работ за абонентскую плату. Понятно, что если оборудование не сломалось, то я не могу получить от контрагента оплаченные ремонтные работы. Но здесь по существу содержится страховой элемент.

3. На мой взгляд, особенность абонентских договоров состоит не в особом предмете – секундарное или не секундарное право, а в *особом способе определения оплаты* за являющееся его предметом материальное благо (или, если смотреть с другой

стороны, – *особом способе определения количества* (объема) предоставляемого материального блага). Абонентский договор может быть заключен в отношении почти всех видов возмездных договоров; другим словами, предмет абонентских договоров составляют те же самые товары, работы, услуги, являющиеся предметом «неабонентских» договоров.

Отличительной же чертой абонентских договоров является фиксация оплаты независимо от конкретного объема полученных плательщиком материальных благ. Т.е., если в «обычных» (не абонентских) договорах определенному размеру уплачиваемых денежных средств соответствует определенный объем товаров (работ, услуг), то в абонентских объем не определен.

В связи с этим, на мой взгляд, целесообразнее было бы употреблять термин не «абонентские договоры», а «договоры с абонентской платой».

С юридико-технической стороны, мне представляется более удачным не создание особой договорной конструкции абонентских договоров, а включение в ст.424 ГК («Цена») отдельного пункта, содержащего положение о том, что цена может быть определена в виде абонентской платы, и тогда ее размер и обязанность уплаты не зависит от количества (объема) фактически получаемых товаров (работ, услуг).

4. Что касается вопроса о праве абонента на односторонний отказ от договора, то тут решение может отличаться, в зависимости от конкретной структуры отношений.

Справедливым было бы правило, при котором абонент (в т.ч. потребитель) в случае отказа от договора на основании императивных норм, не должен получить выгоду по сравнению с ситуацией, если бы он заключил не абонентский договор, а заказывал разовые услуги.

В договорах, имеющих страховой элемент, в любом случае не подлежит возврату часть цены, пропорциональная отношению срока, прошедшего до момента расторжения договора, к общему сроку договора, даже если фактически абонент за получением услуг (работ) не обращался.

Если владелец абонеента на все домашние матчи футбольного клуба расторг договор досрочно по истечении, скажем, пяти туров, то невозвратная часть абонентской платы должна быть пересчитана, как если бы он по отдельности покупал билет на каждый из прошедших пяти матчей (даже если он ни разу не посетил стадион).