



## **Артем Георгиевич Карапетов**

директор Юридического института «М-Логос»,  
доктор юридических наук



## **Роман Сергеевич Бевзенко**

профессор Российской школы частного права  
при Правительстве РФ, кандидат юридических наук

## **Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах»\***

*Продолжение. Начало читайте в «Вестнике ВАС РФ» в № 8 за 2014 г.*

### **Глава 34. Аренда**

#### **§ 1. Общие положения об аренде**

#### **Статья 606. Договор аренды**

По договору аренды (имущественного найма) арендодатель (наймодатель) обязуется предоставить арендатору (нанимателю) имущество за плату во временное владение и пользование или во временное пользование.

Плоды, продукция и доходы, полученные арендатором в результате использования арендованного имущества в соответствии с договором, являются его собственностью.

\* Авторы выражают свою глубокую признательность за высказанные замечания и комментарии к проекту настоящей статьи Л.А. Новосёловой, А.А. Павлову, А.В. Томсинову, В.В. Байбаку, Р.А. Жирнову.

*Комментарий*

В абзаце 1 комментируемой статьи содержится определение договора аренды, следовательно, эти положения, которые описывают квалифицирующие признаки договора аренды, не могут быть охарактеризованы ни как императивные, ни как диспозитивные. Нормы, регулирующие содержание прав и обязанностей сторон договора и требующие телеологического толкования, здесь отсутствуют.

Абзац 2 содержит норму, устанавливающую, что арендатору принадлежит право собственности на плоды и доходы, которые приносит арендованная вещь. Несмотря на то, что в самой норме нет указания на возможность предусмотреть иную принадлежность плодов в договоре аренды, очевидно, что нет оснований для ограничения возможности установить, что те или иные плоды, извлеченные арендатором из объекта аренды (например, теленок арендованной коровы из известного мультфильма), остаются в собственности арендодателя и могут использоваться арендатором на началах аренды или должны быть переданы арендодателю. Стороны в силу пункта 2 статьи 614 ГК РФ могут также договориться о том, что часть плодов либо изначально является собственностью арендодателя, либо подлежит передаче ему в счет арендной платы, в то время как другая часть остается в собственности и полном распоряжении арендатора.

В свою очередь доходы, безусловно, в момент их извлечения в безналичной или наличной форме оказываются в собственности арендатора. В то же время в силу пункта 2 статьи 614 ГК РФ вполне возможна такая договоренность арендатора и арендодателя, при которой арендная плата выражается в перечислении арендодателю части доходов, извлеченных из пользования объектом аренды.

В то же время сама правовая природа договора аренды будет искажена, а баланс интересов сторон радикально подорван, если договор будет полностью лишать арендатора всех выгод от использования объекта аренды. Ведь аренда означает предоставление права пользования, а пользование — это извлечение пользы. Если договор аренды отказывает арендатору в праве получения хотя бы части пользы от эксплуатации объекта аренды, это уже не договор аренды, а нечто иное с точки зрения правовой природы (либо договор хранения, либо вовсе мнимая или притворная сделка, прикрывающая дарение денежных средств под видом арендной платы).

Так, в случае с арендой сельскохозяйственных земель, единственное назначение которых заключается в том, чтобы приносить плоды своему арендатору, лишение арендатора всякого права на плоды обрабатываемой им земли делает саму аренду бессмысленной.

В целом же представляется, что несправедливое разрешение вопроса о распределении плодов и доходов арендуемой вещи должно корректироваться судом не путем признания нормы абзаца 2 статьи 606 Кодекса императивной, а путем применения доктрины защиты от несправедливых договорных условий.

### **Статья 607. Объекты аренды**

1. **В аренду могут быть переданы земельные участки и другие обособленные природные объекты, предприятия и другие имущественные комплексы, здания, сооружения, оборудование, транспортные средства и другие вещи, которые не теряют своих натуральных свойств в процессе их использования (непотребляемые вещи).**

**Законом могут быть установлены виды имущества, сдача которого в аренду не допускается или ограничивается.**

2. **Законом могут быть установлены особенности сдачи в аренду земельных участков и других обособленных природных объектов.**
3. **В договоре аренды должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить имущество, подлежащее передаче арендатору в качестве объекта аренды. При отсутствии этих данных в договоре условие об объекте, подлежащем передаче в аренду, считается не согласованным сторонами, а соответствующий договор не считается заключенным.**

#### *Комментарий*

В комментируемой статье содержатся положения об объекте договора аренды, которые позволяют отграничить этот договор от других гражданско-правовых договоров (например, от договора займа, объектом которого являются безналичные деньги, а также наличные деньги или иные потребляемые вещи), и о последствиях отсутствия соответствующих условий в договоре (договор признается незаключенным). Нормы, регулирующие содержание прав и обязанностей сторон договора аренды, которые бы требовали телеологического толкования, здесь отсутствуют.

При этом следует иметь в виду, что согласно практике ВАС РФ в аренду может быть передана часть вещи, в том числе недвижимости (пункт 9 постановления Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 в редакции постановления Пленума от 25.01.2013 № 13). Договор аренды части недвижимости (за исключением аренды государственной или муниципальной земли) при условии достаточной степени определенности в согласовании пространственных пределов соответствующей части будет считаться действительным, даже если эта часть недвижимости предварительно не прошла кадастровый учет.

### **Статья 608. Арендодатель**

**Право сдачи имущества в аренду принадлежит его собственнику. Арендодателями могут быть также лица, уполномоченные законом или собственником сдавать имущество в аренду.**

#### *Комментарий*

В комментируемой статье отсутствуют положения, которые бы регулировали содержание прав и обязанностей сторон договора аренды. Единственный во-

прос, который возникает в связи с толкованием нормы статьи 608 Кодекса, связан с возможностью заключения договора аренды с арендодателем, который не является собственником вещи, подлежащей передаче в аренду (аренда будущей вещи).

До недавнего времени суды неоправданно признавали такие договоры ничтожными как противоречащие закону (статья 168 ГК РФ). Однако не так давно эта практика изменилась: было признано, что договор аренды, содержащий обязательство передать в аренду вещь, которая будет создана или приобретена арендодателем в будущем, не противоречит закону (пункт 10 постановления Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 в редакции постановления Пленума от 25.01.2013 № 13). Такой договор создает обязательство арендодателя передать во владение и пользование (либо только в пользование) арендатору в указанное время или при наступлении соответствующих условий вещь, которую арендодатель планирует приобрести или создать в будущем. За нарушение такого обязательства арендодатель будет нести гражданско-правовую ответственность.

### **Статья 609. Форма и государственная регистрация договора аренды**

- 1. Договор аренды на срок более года, а если хотя бы одной из сторон договора является юридическое лицо, независимо от срока, должен быть заключен в письменной форме.**
- 2. Договор аренды недвижимого имущества подлежит государственной регистрации, если иное не установлено законом.**
- 3. Договор аренды имущества, предусматривающий переход в последующем права собственности на это имущество к арендатору (статья 624), заключается в форме, предусмотренной для договора купли-продажи такого имущества.**

#### *Комментарий*

Положения комментируемой статьи регулируют форму договора и государственную регистрацию договора аренды и потому являются императивными. При этом следует иметь в виду, что согласно позиции ВАС РФ последствием несоблюдения требования государственной регистрации договора аренды недвижимости является не недействительность договора, а непротивопоставимость прав из договора третьим лицам. Такой незарегистрированный договор создает действительные и подлежащие судебной защите обязательства. Но «в то же время в силу статьи 308 ГК РФ права, предоставленные лицу, пользующемуся имуществом по договору аренды, не прошедшему государственную регистрацию, не могут быть противопоставлены им третьим лицам. В частности, такое лицо не имеет преимущественного права на заключение договора на новый срок (пункт 1 статьи 621 ГК РФ), а к отношениям пользователя и третьего лица, приобретшего на основании договора переданную в пользование недвижимую вещь, не применяется пункт 1 статьи 617 ГК РФ» (пункт 14 постановления Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 в редакции постановления Пленума от 25.01.2013 № 13)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См. также: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165. П. 2–3.

## Статья 610. Срок договора аренды

1. Договор аренды заключается на срок, определенный договором.
2. Если срок аренды в договоре не определен, договор аренды считается заключенным на неопределенный срок.

В этом случае каждая из сторон вправе в любое время отказаться от договора, предупредив об этом другую сторону за один месяц, а при аренде недвижимого имущества за три месяца. Законом или договором может быть установлен иной срок для предупреждения о прекращении договора аренды, заключенного на неопределенный срок.

3. Законом могут устанавливаться максимальные (предельные) сроки договора для отдельных видов аренды, а также для аренды отдельных видов имущества. В этих случаях, если срок аренды в договоре не определен и ни одна из сторон не отказалась от договора до истечения предельного срока, установленного законом, договор по истечении предельного срока прекращается.

Договор аренды, заключенный на срок, превышающий установленный законом предельный срок, считается заключенным на срок, равный предельному.

### *Комментарий*

1. В пункте 1 комментируемой статьи отсутствуют нормы, регулирующие права и обязанности сторон договора аренды, которые бы требовали телеологического толкования.
2. В пункте 2 комментируемой статьи вопрос об императивном или диспозитивном характере может быть поставлен лишь в отношении содержащейся в первом предложении второго абзаца этого пункта нормы о самом праве на немотивированный отказ от бессрочного договора аренды. Этот вопрос был вполне справедливо разрешен судебной практикой: «Эта норма хотя и не содержит явно выраженного запрета на установление иного соглашения сторон, но из существа законодательного регулирования договора аренды как договора о передаче имущества во временное владение и пользование или во временное пользование (статья 606 ГК РФ) следует, что стороны такого договора аренды не могут полностью исключить право на отказ от договора, так как в результате этого передача имущества во владение и пользование фактически утратила бы временный характер» (абзац 4 пункта 3 постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16).
3. Положения пункта 3 комментируемой статьи о последствиях установления в законе предельного срока аренды и несоблюдения этого требования сторонами являются с точки зрения телеологического толкования императивными. Это вытекает из положения абзаца 2 этого пункта, которое недвусмысленно фиксирует следствие превышения предельного срока аренды, а также из существа законодательного регулирования, в частности, самих целей, которых законодатель стремится добиться, устанавливая предельные сроки аренды отдельных видов имущества: обеспечить более эффективное использование арендаторами отдельных видов публичного имущества, в первую очередь — земельных участков.

## Статья 611. Предоставление имущества арендатору

1. Арендодатель обязан предоставить арендатору имущество в состоянии, соответствующем условиям договора аренды и назначению имущества.
2. Имущество сдается в аренду вместе со всеми его принадлежностями и относящимися к нему документами (техническим паспортом, сертификатом качества и т.п.), если иное не предусмотрено договором.

Если такие принадлежности и документы переданы не были, однако без них арендатор не может пользоваться имуществом в соответствии с его назначением либо в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора, он может потребовать предоставления ему арендодателем таких принадлежностей и документов или расторжения договора, а также возмещения убытков.

3. Если арендодатель не предоставил арендатору сданное внаем имущество в указанный в договоре аренды срок, а в случае, когда в договоре такой срок не указан, в разумный срок, арендатор вправе истребовать от него это имущество в соответствии со статьей 398 настоящего Кодекса и потребовать возмещения убытков, причиненных задержкой исполнения, либо потребовать расторжения договора и возмещения убытков, причиненных его неисполнением.

### *Комментарий*

1. В пункте 1 комментируемой статьи содержится прямое указание на то, что вопросы качества имущества, передаваемого в аренду, регулируются договором аренды.
2. Норма абзаца 1 пункта 2 комментируемой статьи также является диспозитивной, так как соответствующий атрибут («если иное не предусмотрено договором») прямо зафиксирован в тексте нормы. Стороны могут полностью исключить обязанность передачи документов или принадлежностей арендованной вещи. В этом случае арендатор, согласившийся на аренду вещи «без документов», разумеется, знает, на что идет.

Положения абзаца 2 пункта 2 также должны оцениваться как диспозитивные. Если договор не исключил саму обязанность передачи документов и принадлежностей, он тем не менее может установить иные последствия ее нарушения. Так, стороны могут несколько усечь или изменить указанный в этом абзаце набор санкций (например, предоставить арендатору право потребовать соразмерного снижения размера арендной платы вместо права на расторжение договора). В то же время условие, полностью или значительно блокирующее положения абзаца 2 пункта 2 статьи 611 ГК РФ, при неведении арендатора об отсутствии у арендодателя соответствующих документов или принадлежностей с учетом конкретных обстоятельств (в первую очередь при навязывании такого условия слабой стороне договора) может быть оспорено арендатором как несправедливое (статья 428 ГК РФ).

3. Положения пункта 3 статьи 611 с точки зрения телеологического толкования являются диспозитивными, так как они не направлены на защиту слабой стороны или третьих лиц, не защищают добрые нравы или публичный интерес, а также не

являются неотъемлемым элементом юридической конструкции аренды. Поэтому действие этих норм может быть отменено или изменено договором аренды. Например, он может содержать положение о том, что в случае непредоставления вещи, которая является объектом договора, арендатор вправе вместо соблюдения судебного порядка расторжения отказаться от договора аренды в одностороннем порядке. Стороны также могут исключить возможность подачи иска об истребовании вещи по статье 398 ГК РФ. В случае если в результате такого договорного регулирования положение арендатора, являвшегося слабой стороной договора, будет необоснованно и непропорционально ухудшено, соответствующие положения договора с учетом конкретных обстоятельств могут быть оспорены как несправедливые (статья 428 ГК РФ). К такому выводу судам следует прийти, в частности, тогда, когда договор будет лишать арендатора права на его расторжение в той или иной форме на случай непередачи объекта аренды арендатору. Подобное условие абсолютно аномально и создает для арендатора ситуацию вечной неопределенности. Также не следует забывать, что освобождение арендодателя от указанного в этом пункте обязательства возместить убытки не имеет юридической силы в отношении случаев умышленного нарушения договора (пункт 4 статьи 401 ГК РФ).

## **Статья 612. Ответственность арендодателя за недостатки сданного в аренду имущества**

1. **Арендодатель отвечает за недостатки сданного в аренду имущества, полностью или частично препятствующие пользованию им, даже если во время заключения договора аренды он не знал об этих недостатках.**

**При обнаружении таких недостатков арендатор вправе по своему выбору:**

**потребовать от арендодателя либо безвозмездного устранения недостатков имущества, либо соразмерного уменьшения арендной платы, либо возмещения своих расходов на устранение недостатков имущества;**

**непосредственно удержать сумму понесенных им расходов на устранение данных недостатков из арендной платы, предварительно уведомив об этом арендодателя;**

**потребовать досрочного расторжения договора.**

**Арендодатель, извещенный о требованиях арендатора или о его намерении устранить недостатки имущества за счет арендодателя, может без промедления произвести замену предоставленного арендатору имущества другим аналогичным имуществом, находящимся в надлежащем состоянии, либо безвозмездно устранить недостатки имущества.**

**Если удовлетворение требований арендатора или удержание им расходов на устранение недостатков из арендной платы не покрывает причиненных арендатору убытков, он вправе потребовать возмещения непокрытой части убытков.**

2. **Арендодатель не отвечает за недостатки сданного в аренду имущества, которые были им оговорены при заключении договора аренды или были заранее известны арендатору либо должны были быть обнаружены арендатором во время осмотра имущества**

**или проверки его исправности при заключении договора или передаче имущества в аренду.**

### *Комментарий*

1. Положения пункта 1 этой статьи не содержат оговорки о праве сторон оговорить иное. В то же время очевидно, что с точки зрения телеологического толкования большинство из указанных здесь норм диспозитивно.

В частности, нет очевидных резонов ставить под сомнение, что договором аренды могут быть предусмотрены иные правовые возможности помимо тех, которые названы в пункте 1 статьи 612 (например, право потребовать уплаты неустойки или право приостановить внесение арендной платы до момента устранения дефектов). Равным образом стороны договора аренды в разумных пределах вправе ограничить или изменить указанные в пункте 1 статьи 612 ГК РФ возможности арендатора. Например, вместо судебного расторжения договора в случае выявления дефектов в объекте аренды стороны могут предусмотреть односторонний отказ от договора. Кроме того, стороны могут исключить возможность засчитывания суммы понесенных расходов на устранение дефектов из арендной платы. Может быть допущено и ограничение суммы подлежащих взысканию с арендодателя убытков суммой арендной платы и, соответственно, исключение нормы, предусмотренной в абзаце 7 пункта 1. Этот вывод в отношении сугубо коммерческих договоров аренды вытекает и из системного толкования, так как статья 400 ГК РФ в принципе допускает установление в договоре пределов ответственности. Также нет ничего предосудительного в том, что стороны исключают право арендатора требовать от арендодателя исправления дефектов арендованной вещи, ограничив ответственность арендодателя лишь возмещением убытков или уменьшением арендной платы.

В отношении возможности полной отмены упомянутых в пункте 1 прав требовать возмещения убытков и соразмерного уменьшения цены с учетом пункта 4 статьи 401 ГК нужно отметить, что такие меры ответственности не могут быть исключены договором на случай умышленных нарушений. Так что условие договора об исключении этих санкций при таких нарушениях просто не будет иметь силы.

Наконец, также очевидно, что диспозитивность этой нормы вряд ли может простирается настолько далеко, чтобы исключить право арендатора на расторжение договора (в судебной или внесудебной форме) в ситуациях, когда дефекты в объекте аренды носят существенный характер и препятствуют использованию его по назначению. Такое аномальное проявление свободы договора нарушало бы разумный баланс интересов сторон, если арендодатель знал или должен был знать об этих дефектах.

Самый сложный вопрос — это вопрос о возможности установления в договоре аренды исключения каких-либо санкций в отношении арендодателя в случае передачи арендатору дефектного объекта аренды в ситуации, когда сам арендодатель не знал об этих дефектах. Норма абзаца 1 пункта 1 прямо предусматривает, что это незнание не исключает перечисленные в этом пункте санкции. Но является ли она императивной? Могут ли стороны оговорить, что арендатор не вправе



ве предъявить арендодателю указанные в настоящей статье требования, если сам арендодатель был в неведении в отношении дефектов в объекте аренды? В принципе этот вопрос должен решаться синхронно с решением аналогичной проблемы в купле-продаже. Как уже отмечалось в комментарии к статье 475 ГК РФ, вопрос о возможности исключения санкций на случай добросовестного неведения продавца о скрытых дефектах в проданном товаре пока не имеет однозначного решения. В целом, как нам кажется, наиболее разумный вариант состоит в том, чтобы условие договора, исключающее какие-либо санкции в отношении продавца в данном случае, применительно к сугубо коммерческим договорам признавалось законным (в отличие от договоров с потребителем). Вероятнее всего, в том же духе должна решаться и аналогичная по сути проблема применительно к договору аренды.

2. Нормы пункта 2 комментируемой статьи также не содержат прямую оговорку об их природе. Телеологическое толкование подсказывает, что норма об освобождении арендодателя от ответственности, если дефекты им были оговорены, вряд ли может быть изменена в договоре. Ведь в случае, когда соответствующие дефекты прямо указаны в договоре при описании объекта аренды, нельзя говорить в принципе о нарушении договора. Трудно представить себе даже в теории столь противоречивое содержание договора. Что же касается норм, согласно которым арендодатель освобождается от какой-либо ответственности, если дефекты были известны арендатору или могли быть им обнаружены при приемке, то эти нормы с точки зрения их телеологического толкования должны однозначно считаться диспозитивными. Стороны должны иметь право оговорить, что знание арендатором о наличии в подлежащей передаче ему в аренду вещи не исключает обязательство арендодателя привести ее в пригодное состояние к моменту передачи и ответственность за передачу дефектной вещи. Тем более стороны должны иметь право указать в договоре, что арендодатель отвечает и за те дефекты, которые могли быть, но не были обнаружены при приемке арендатором. Последнее условие будет, в частности, адекватным в тех ситуациях, когда арендатор не имеет возможности провести детальную инспекцию передаваемого ему во владение объекта аренды.

### **Статья 613. Права третьих лиц на сдаваемое в аренду имущество**

**Передача имущества в аренду не является основанием для прекращения или изменения прав третьих лиц на это имущество.**

**При заключении договора аренды арендодатель обязан предупредить арендатора о всех правах третьих лиц на сдаваемое в аренду имущество (сервитуте, праве залога и т.п.). Неисполнение арендодателем этой обязанности дает арендатору право требовать уменьшения арендной платы либо расторжения договора и возмещения убытков.**

#### *Комментарий*

Положение абзаца 1 статьи 613 ГК РФ следует оценивать как императивную норму, так как оно направлено на защиту интересов третьих лиц, имеющих права на сдаваемое в аренду имущество.

Положение предложения 1 абзаца 2 этой статьи об обязанности уведомить арендатора о наличии прав третьих лиц с точки зрения целей этой нормы вряд ли может быть признано диспозитивным применительно к ситуации, когда арендодатель знает о наличии таких прав. Договор не может легализовать прямую и очевидную недобросовестность, которая, собственно, и будет иметь место в случае, когда арендодатель умышленно утаил от арендатора информацию о тех или иных правах третьих лиц. Если же речь идет о ситуации, когда арендодатель сам не знал о наличии этих прав, то такое условие договора может быть в целом признано в отношении сугубо коммерческих договоров. В этом случае риски, связанные с обнаружением и реализацией неизвестных арендодателю прав третьих лиц в отношении объекта аренды, по воле сторон перекладываются на арендатора.

Говоря о предусмотренных в предложении 2 абзаца 2 санкциях за нарушение обязанности уведомления, необходимо отметить, что стороны могут как расширить и усилить защиту арендатора, так и в разумных пределах усесть перечисленные здесь санкции (последнее — применительно к сугубо коммерческому договору). Например, в договоре может быть предусмотрено не судебное расторжение, а односторонний отказ от договора. Равным образом право на расторжение может быть в принципе исключено и арендатору оставлено лишь право на соразмерное уменьшение арендной платы (особенно на период до фактической реализации прав третьих лиц на объект аренды).

Разумеется, соответствующие условия договора с учетом конкретных обстоятельств могут при наличии оснований быть оспорены как несправедливые, если были навязаны слабой стороне договора (статья 428 ГК РФ).

## **Статья 614. Арендная плата**

- 1. Арендатор обязан своевременно вносить плату за пользование имуществом (арендную плату).**

Порядок, условия и сроки внесения арендной платы определяются договором аренды. В случае, когда договором они не определены, считается, что установлены порядок, условия и сроки, обычно применяемые при аренде аналогичного имущества при сравнимых обстоятельствах.

- 2. Арендная плата устанавливается за все арендуемое имущество в целом или отдельно по каждой из его составных частей в виде:**
  - 1) определенных в твердой сумме платежей, вносимых периодически или единовременно;**
  - 2) установленной доли полученных в результате использования арендованного имущества продукции, плодов или доходов;**
  - 3) предоставления арендатором определенных услуг;**
  - 4) передачи арендатором арендодателю обусловленной договором вещи в собственность или в аренду;**

- 5) **возложения на арендатора обусловленных договором затрат на улучшение арендованного имущества.**

**Стороны могут предусматривать в договоре аренды сочетание указанных форм арендной платы или иные формы оплаты аренды.**

3. Если иное не предусмотрено договором, размер арендной платы может изменяться по соглашению сторон в сроки, предусмотренные договором, но не чаще одного раза в год. Законом могут быть предусмотрены иные минимальные сроки пересмотра размера арендной платы для отдельных видов аренды, а также для аренды отдельных видов имущества.
4. Если законом не предусмотрено иное, арендатор вправе потребовать соответственного уменьшения арендной платы, если в силу обстоятельств, за которые он не отвечает, условия пользования, предусмотренные договором аренды, или состояние имущества существенно ухудшились.
5. Если иное не предусмотрено договором аренды, в случае существенного нарушения арендатором сроков внесения арендной платы арендодатель вправе потребовать от него досрочного внесения арендной платы в установленный арендодателем срок. При этом арендодатель не вправе требовать досрочного внесения арендной платы более чем за два срока подряд.

#### *Комментарий*

1. Норма предложения 1 пункта 1 статьи 614 подтверждает квалифицирующий признак договора аренды — указание на то, что пользование объектом аренды является платным (договор о пользовании индивидуально-определенной вещью без взимания платы именуется *договором ссуды*).

В предложении 2 пункта 1 есть прямое указание на то, что определение содержания условия об арендной плате является прерогативой сторон договора аренды, а также оно устанавливает восполняющее регулирование на случай, если соответствующее волеизъявление сторонами сделано не было.

2. В пункте 2 комментируемой статьи, перечисляющем возможные варианты арендной платы, содержится прямое указание на его диспозитивный характер (указание на право сторон согласовать иные формы оплаты аренды).
3. Согласно пункту 21 постановления Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 (в редакции постановления Пленума ВАС РФ от 25.01.2013 № 13) норма пункта 3 статьи 614 ГК РФ, устанавливающая допустимую периодичность изменения арендной платы, «...является диспозитивной и допускает изменение по соглашению сторон условия договора аренды о размере арендной платы чаще одного раза в год, в том числе и в случае, когда указание на возможность такого изменения в самом договоре аренды отсутствует». Иначе говоря, стороны могут своим соглашением менять арендную плату столько раз, сколько они посчитают нужным. Иное представляло бы собой абсурдное ограничение свободы договора.

В то же время в силу того же пункта 21 постановления Пленума ВАС РФ № 73 аналогичная свобода не действует применительно к ситуации, когда арендная плата согласно условиям договора аренды может меняться в одностороннем порядке: «Однако если в соответствии с законом или договором арендодатель имеет право в одностороннем порядке изменять размер арендной платы (статья 310 ГК РФ), то по смыслу пункта 3 статьи 614 ГК РФ такое изменение может осуществляться им не чаще одного раза в год». Соответственно, при наличии у одной из сторон права на одностороннее изменение арендной платы пользоваться им можно не чаще раза в год. Является это положение императивным или диспозитивным? Могут ли стороны установить, что предоставленное одной из сторон право на одностороннее изменение арендной платы может реализовываться ею чаще? Исторически правило о запрете частого изменения арендной платы возникло как императивный элемент защиты «слабого» — арендатора (городского или сельского жителя), который получил распространение в Европе в XVIII–XIX вв., когда аренда рассматривалась исключительно как «договор для бедных» (в противовес купле-продаже, «договору для богатых»). В связи с этим, по всей видимости, толкование этой нормы как императивной, наверное, возможно в случае, если арендатором является гражданин. Однако современные российские экономические условия, в которых используются договоры аренды, далеки от европейского экономического контекста, в котором возник соответствующий запрет. В частности, вряд ли целесообразно запрещать возможность одностороннего изменения в определенных рамках арендной платы, скажем, дважды в год, в отношениях между крупнейшими инфраструктурными монополиями, банками и девелоперами и т.п. Разумеется, возможные «перегибы», которые могут возникнуть на почве диспозитивного понимания правила об изменении арендной платы, могут быть устранены за счет доктрины защиты от несправедливых договорных условий (статья 428 ГК РФ).

4. Положения пункта 4 комментируемой статьи следует расценивать как диспозитивные, несмотря на содержащееся в самой норме указание на то, что отступления от нее могут быть предусмотрены *законом*. По большому счету речь в норме идет о распределении рисков невозможности или затруднительности использования имущества, переданного в аренду, по назначению. В силу положения пункта 4 статьи 614 Кодекса этот риск несет арендодатель (арендатор не вправе требовать соразмерного уменьшения платы за пользование лишь в том случае, если невозможность использования наступила вследствие обстоятельств, за которые он (арендатор) отвечает).

Договором аренды на арендатора могут быть возложены самые разнообразные риски, что и будет блокировать его право требовать снижения арендной платы, т.е. тот же эффект, что упоминается в пункте 4 статьи 614 ГК РФ, в действительности может быть легко достигнут при помощи иных приемов договорной техники. Поэтому и положения пункта 4 статьи 614 Кодекса не могут быть истолкованы императивно. Разумеется, это не исключает возможности оценки их судом сквозь призму доктрины несправедливых договорных условий с учетом конкретных обстоятельств.

5. Положения предложения 1 пункта 5 комментируемой статьи снабжены атрибутом диспозитивности. Предложение 2 этого же пункта также следует рассматривать

как диспозитивное правило; каких-либо очевидных политико-правовых оснований для жесткого ограничения права сторон установить количество периодов, за которые арендодатель в случае нарушения арендатором сроков оплаты вправе потребовать внесения арендной платы вперед, не наблюдается. В конечном итоге статья 310 и пункт 3 статьи 450 ГК РФ прямо допускают, как минимум в сугубо коммерческих договорах, устанавливая право одной из сторон на одностороннее изменение условий договора. Право требовать авансирования будущих периодов есть по сути право на одностороннее изменение графика платежей и не более того. Чрезмерные же аппетиты арендодателя, которые тот мог реализовать в договоре аренды, должны укрощаться через положения статьи 428 ГК РФ.

### **Статья 615. Пользование арендованным имуществом**

- 1. Арендатор обязан пользоваться арендованным имуществом в соответствии с условиями договора аренды, а если такие условия в договоре не определены, в соответствии с назначением имущества.**
- 2. Арендатор вправе с согласия арендодателя сдавать арендованное имущество в субаренду (поднаем) и передавать свои права и обязанности по договору аренды другому лицу (перенаем), предоставлять арендованное имущество в безвозмездное пользование, а также отдавать арендные права в залог и вносить их в качестве вклада в уставный капитал хозяйственных товариществ и обществ или паевого взноса в производственный кооператив, если иное не установлено настоящим Кодексом, другим законом или иными правовыми актами. В указанных случаях, за исключением перенайма, ответственным по договору перед арендодателем остается арендатор.**

Договор субаренды не может быть заключен на срок, превышающий срок договора аренды.

К договорам субаренды применяются правила о договорах аренды, если иное не установлено законом или иными правовыми актами.

- 3. Если арендатор пользуется имуществом не в соответствии с условиями договора аренды или назначением имущества, арендодатель имеет право потребовать расторжения договора и возмещения убытков.**

#### *Комментарий*

1. Положения пункта 1 комментируемой статьи являются диспозитивными, это следует из текста нормы.
2. Положения абзаца 1 пункта 2 комментируемой статьи о правах арендатора являются диспозитивными, несмотря на то что в тексте нормы говорится о том, что «иное может быть установлено настоящим Кодексом, другим законом или правовым актом». Очевидно, что включение в Кодекс соответствующего положения призвано внести некоторые элементы упрочения в правовое положение арендатора. Но из этого не следует делать вывод об императивности этих норм. С одной стороны, изменение положений абзаца 1 пункта 2 статьи 615 Кодекса в форме ограничения

названных прав арендатора (в том смысле, что арендатор в силу прямого указания в договоре не имеет права передавать права из договора аренды третьим лицам) никак не нарушает логику самой этой нормы с учетом того, что реализация указанных в данной норме ГК РФ прав возможна лишь с согласия арендодателя. Ведь по большому счету нет разницы, на каком этапе арендодатель блокирует эти правомочия арендатора — при заключении договора или при обращении арендатора с просьбой согласовать поднаем, перенаем и т.п. С другой стороны, «проарендаторское» изменение положений абзаца 1 пункта 2 статьи 615 Кодекса (в форме, например, исключения необходимости получения согласия арендодателя на поднаем) также вполне укладывается в смысл этой нормы, состоящий в придании правам арендатора, вытекающим из договора аренды, некоторой оборотоспособности, близкой к оборотоспособности ограниченных вещных прав. По всей видимости, отдельно стоит обсуждать лишь возможность блокирования сторонами норм, регулирующих передачу прав арендатора третьим лицам в контексте специальных видов аренды, так как в них может быть заложен смысл, отличающийся от смысла комментируемого пункта (например, при долгосрочной аренде публичных земельных участков и т.п.).

Положения же абзаца 2 пункта 2 комментируемой статьи являются императивными. Законодатель употребляет выражение «договор... не может быть заключен», свидетельствующее об установлении запретительной нормы. Правда, не вполне очевидна причина такого запрета, ведь вполне возможно, что первоначальный договор аренды будет продлен таким образом, что договор субаренды, заключенный на срок больший, чем первоначальный договор аренды, будет исполняться надлежащим образом; в случае же непродления договора аренды субарендодатель ответит перед субарендатором за нарушение обязательств.

Любопытен и вопрос о последствиях нарушения этой императивной нормы. Здесь явно просматриваются два варианта: 1) договор субаренды, заключенный на срок больший, чем первоначальный договор аренды, ничтожен в целом; 2) такой договор ничтожен в части, превышающей срок первоначального договора аренды. Судебная практика вполне обоснованно склоняется ко второму варианту<sup>2</sup>, ссылаясь в том числе и на положения абзаца 2 пункта 3 статьи 610 ГК РФ<sup>3</sup>.

Положения абзаца 3 комментируемого пункта также являются императивными, так как они связаны с общим подходом к типологии гражданско-правовых договоров. Они не определяют права и обязанности сторон, а фиксируют принципы регулирования договора субаренды. Стороны договора, поименованного как договор субаренды, к примеру, не могут договориться о том, что к их договору не будут применяться императивные правила об аренде.

Однако стороны договора субаренды все же могут исключить применение к их отношениям диспозитивных норм ГК РФ об аренде, подчинив свой договор лишь общим положениям обязательственного права и императивным нормам об аренде.

<sup>2</sup> См.: постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 04.09.2008 по делу № А19-15470/07; ФАС Западно-Сибирского округа от 15.02.2013 по делу № А46-13035/2012.

<sup>3</sup> См.: постановление ФАС Уральского округа от 27.09.2011 по делу № А60-37746/2010.

Впрочем, все описанные сценарии такого исключения сторонами договора субаренды правил ГК об аренде являются, скорее, гипотетическими и не встречаются пока на практике.

3. Положения пункта 3 комментируемой статьи, хотя и не содержат прямого указания на это, с точки зрения телеологического толкования являются диспозитивными и потому предполагают, что договор аренды может содержать иное регулирование последствий нарушения арендатором условий о порядке пользования арендованным имуществом (например, арендодатель вправе отказаться от договора в одностороннем порядке, вправе требовать не расторжения договора, а приобретения арендатором для арендодателя новой аналогичной вещи и т.п.). Ограничение договорной свободы в данном случае, как минимум в контексте сугубо коммерческого договора, не имеет под собой серьезных политико-правовых оснований в виде защиты слабой стороны, третьих лиц и т.п. Единственное, что нужно отметить, так это то, что если стороны вовсе исключили какие-либо санкции за нарушение арендатором условий использования объекта аренды, то, значит, они вовсе не установили никакие условия такого рода и арендатор вправе использовать вещь по своему усмотрению.

#### **Статья 616. Обязанности сторон по содержанию арендованного имущества**

1. **Арендодатель обязан производить за свой счет капитальный ремонт переданного в аренду имущества, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором аренды.**

**Капитальный ремонт должен производиться в срок, установленный договором, а если он не определен договором или вызван неотложной необходимостью, в разумный срок.**

**Нарушение арендодателем обязанности по производству капитального ремонта дает арендатору право по своему выбору:**

**произвести капитальный ремонт, предусмотренный договором или вызванный неотложной необходимостью, и взыскать с арендодателя стоимость ремонта или зачесть ее в счет арендной платы;**

**потребовать соответственного уменьшения арендной платы;**

**потребовать расторжения договора и возмещения убытков.**

2. **Арендатор обязан поддерживать имущество в исправном состоянии, производить за свой счет текущий ремонт и нести расходы на содержание имущества, если иное не установлено законом или договором аренды.**

#### *Комментарий*

1. Нормы, содержащиеся в пункте 1 комментируемой статьи, являются диспозитивными. Это касается как обязанности арендодателя производить капитальный

ремонт объекта аренды (абзац 1 пункта 1 содержит соответствующую оговорку), так и последствий неисполнения арендодателем этой обязанности. В этом случае, хотя атрибут диспозитивности в норме отсутствует, ограничивать свободу усмотрения сторон договора в части регулирования последствий нарушения этого обязательства не представляется целесообразным, так как законодатель в принципе не в силах охватить все возможные и желаемые сторонами договора сюжеты развития их отношений. Например, договор может запретить арендатору право на самостоятельное осуществление капитального ремонта в случае неисполнения этой обязанности арендодателем и ограничить права арендатора возможностью расторжения договора или уменьшением арендной платы. В этом условии есть своя логика, если арендодатель не доверяет арендатору такое ответственное мероприятие.

2. Норма пункта 2 комментируемой статьи содержит оговорку о диспозитивности.

### **Статья 617. Сохранение договора аренды в силе при изменении сторон**

1. **Переход права собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления, пожизненного наследуемого владения) на сданное в аренду имущество к другому лицу не является основанием для изменения или расторжения договора аренды.**
2. **В случае смерти гражданина, арендуемого недвижимое имущество, его права и обязанности по договору аренды переходят к наследнику, если законом или договором не предусмотрено иное.**

**Арендодатель не вправе отказать такому наследнику во вступлении в договор на оставшийся срок его действия, за исключением случая, когда заключение договора было обусловлено личными качествами арендатора.**

#### *Комментарий*

1. Положения пункта 1 статьи 617 ГК РФ, традиционно понимаемые судебной практикой в том смысле, что продажа не прекращает аренду<sup>4</sup>, следует оценивать как диспозитивные. Включение в договор аренды условия об ином (продажа прекращает аренду) является не более чем фиксацией в договоре отменительного условия (ст. 157 ГК РФ), а такой договор аренды следует рассматривать как условную сделку.

Вряд ли было бы правильно считать, что такое изменение в договоре аренды положения пункта 1 статьи 617 ГК РФ будет затрагивать интересы третьих лиц (например, покупателя, рассчитывающего приобрести в собственность вещь, уже находящуюся в аренде, с целью извлечения систематического дохода в виде арендной платы), так как разумно было бы предположить, что третье лицо, заинтересованное в приобретении именно имущества, обремененного арендой, захочет узнать о содержании договоренностей арендодателя и арендатора.

<sup>4</sup> См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с договором аренды». П. 17.



Кроме того, исключение договором принципа «продажа не прекращает аренду» нельзя рассматривать как серьезное нарушение сторонами договора аренды существа соответствующего юридического института, так как такое явление, как «аренда без следования» известно юриспруденции как в историческом, так и в сравнительно-правовом контексте.

2. Возможность установления в договоре условия о том, что смерть арендатора прекращает договор аренды, а соответствующие права, принадлежавшие арендатору, не поступают в состав наследственной массы, прямо допускается нормой пункта 2 статьи 617 Кодекса.

Единственный интересный вопрос, возникающий в связи с этой нормой, состоит в том, возможно ли включить в договор аренды, стороной которого является юридическое лицо, условие о том, что аренда прекращается в случае реорганизации юридического лица. Представляется, что такое условие вполне допустимо, оно должно быть квалифицировано как отменительное, а сам договор аренды в этом случае следует рассматривать как условную сделку.

#### **Статья 618. Прекращение договора субаренды при досрочном прекращении договора аренды**

1. **Если иное не предусмотрено договором аренды, досрочное прекращение договора аренды влечет прекращение заключенного в соответствии с ним договора субаренды. Субарендатор в этом случае имеет право на заключение с ним договора аренды на имущество, находившееся в его пользовании в соответствии с договором субаренды, в пределах оставшегося срока субаренды на условиях, соответствующих условиям прекращенного договора аренды.**
2. **Если договор аренды по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом, является ничтожным, ничтожными являются и заключенные в соответствии с ним договоры субаренды.**

#### *Комментарий*

1. Положения пункта 1 комментируемой статьи являются диспозитивными, на что прямо указывается в ее тексте. Правда, странно, что соответствующее правило (о том, что прекращение аренды не прекращает субаренду) может быть установлено в договоре, в котором субарендатор не участвует. По всей видимости, аналогичное положение тем более может содержаться в договоре субаренды: арендатор и субарендатор договариваются о том, что прекращение аренды не прекращает действие субаренды, а следовательно, субарендодатель несет ответственность перед субарендатором за наступление невозможности исполнения договора субаренды (ведь арендованная вещь должна быть возвращена собственнику, и если последний не пожелает, субарендатор более ею пользоваться не сможет).

Тем не менее возникает вопрос о возможности исключения в договоре аренды действия положений предложения 2 пункта 1 комментируемой статьи о праве субарендатора на заключение договора аренды с арендодателем. Представляется, что на него надо дать отрицательный ответ, если не будет доказано, что субарендатор

при заключении договора субаренды был поставлен в известность о таком условии в договоре аренды. В случае незнания субарендатора об этом условии оно затронуло бы его права как третьего лица, не участвовавшего в договоре аренды. Следовательно, применительно к этому случаю соответствующую норму нужно рассматривать как императивную. Разумеется, в договоре субаренды соответствующее право субарендатора может быть прямо исключено.

2. Положения пункта 2 комментируемой статьи не затрагивают права и обязанности сторон по договору, а регулируют основания его недействительности, т.е. содержат императивные нормы, которые не могут быть изменены или отменены договором.

### **Статья 619. Досрочное расторжение договора по требованию арендодателя**

**По требованию арендодателя договор аренды может быть досрочно расторгнут судом в случаях, когда арендатор:**

- 1) пользуется имуществом с существенным нарушением условий договора или назначения имущества либо с неоднократными нарушениями;
- 2) существенно ухудшает имущество;
- 3) более двух раз подряд по истечении установленного договором срока платежа не вносит арендную плату;
- 4) не производит капитального ремонта имущества в установленные договором аренды сроки, а при отсутствии их в договоре в разумные сроки в тех случаях, когда в соответствии с законом, иными правовыми актами или договором производство капитального ремонта является обязанностью арендатора.

Договором аренды могут быть установлены и другие основания досрочного расторжения договора по требованию арендодателя в соответствии с пунктом 2 статьи 450 настоящего Кодекса.

Арендодатель вправе требовать досрочного расторжения договора только после направления арендатору письменного предупреждения о необходимости исполнения им обязательства в разумный срок.

#### *Комментарий*

Положения комментируемой статьи устанавливают порядок и основания для досрочного расторжения договора аренды при его нарушении арендатором. Судебная практика в целом справедливо признала, что это не означает, что стороны не вправе изменить режим прекращения договора с расторжения в судебном порядке на односторонний отказ от договора<sup>5</sup>. Равным образом стороны могут в договоре

<sup>5</sup> См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с договором аренды». П. 27.

дополнить условия для расторжения договора, которые поименованы в статье 619 Кодекса, например, установив, что для расторжения достаточно и однократного невнесения арендных платежей (это признано и судебной практикой<sup>6</sup>): на такую возможность прямо указывается в абзаце 6 данной статьи. Также не вызывает сомнений, что стороны вправе прямо исключить возможность расторжения договора в ситуации, когда происходит одно из указанных в этой статье нарушений. Например, стороны могут установить, что единственной санкцией за нарушение арендатором обязанности осуществлять капитальный ремонт будет взыскание убытков или увеличение арендной платы.

Норму последнего абзаца статьи 619 Кодекса о необходимости предварительного предъявления арендатору требования об устранении нарушения в разумный срок также следует рассматривать в качестве диспозитивной нормы, которая может быть изменена или отменена договором. Стороны могут установить, что соблюдение такого претензионного порядка не является обязательным условием инициации судебного расторжения или заявления об отказе от договора.

### **Статья 620. Досрочное расторжение договора по требованию арендатора**

**По требованию арендатора договор аренды может быть досрочно расторгнут судом в случаях, когда:**

- 1) арендодатель не предоставляет имущество в пользование арендатору либо создает препятствия пользованию имуществом в соответствии с условиями договора или назначением имущества;
- 2) переданное арендатору имущество имеет препятствующие пользованию им недостатки, которые не были оговорены арендодателем при заключении договора, не были заранее известны арендатору и не должны были быть обнаружены арендатором во время осмотра имущества или проверки его исправности при заключении договора;
- 3) арендодатель не производит являющийся его обязанностью капитальный ремонт имущества в установленные договором аренды сроки, а при отсутствии их в договоре в разумные сроки;
- 4) имущество в силу обстоятельств, за которые арендатор не отвечает, окажется в состоянии, не пригодном для использования.

Договором аренды могут быть установлены и другие основания досрочного расторжения договора по требованию арендатора в соответствии с пунктом 2 статьи 450 настоящего Кодекса.

#### *Комментарий*

Как и в случае со статьей 619 ГК РФ, положения статьи 620 Кодекса, с одной стороны, содержат оговорку о возможности установить любые иные основания для

---

<sup>6</sup> См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с договором аренды». П. 26.

расторжения договора аренды по требованию арендатора, а с другой — не запрещают устанавливать в договоре аренды право стороны в одностороннем порядке отказаться от договора.

### **Статья 621. Преимущественное право арендатора на заключение договора аренды на новый срок**

- 1. Если иное не предусмотрено законом или договором аренды, арендатор, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, по истечении срока договора имеет при прочих равных условиях преимущественное перед другими лицами право на заключение договора аренды на новый срок. Арендатор обязан письменно уведомить арендодателя о желании заключить такой договор в срок, указанный в договоре аренды, а если в договоре такой срок не указан, в разумный срок до окончания действия договора.**

**При заключении договора аренды на новый срок условия договора могут быть изменены по соглашению сторон.**

**Если арендодатель отказал арендатору в заключении договора на новый срок, но в течение года со дня истечения срока договора с ним заключил договор аренды с другим лицом, арендатор вправе по своему выбору потребовать в суде перевода на себя прав и обязанностей по заключенному договору и возмещения убытков, причиненных отказом возобновить с ним договор аренды, либо только возмещения таких убытков.**

- 2. Если арендатор продолжает пользоваться имуществом после истечения срока договора при отсутствии возражений со стороны арендодателя, договор считается возобновленным на тех же условиях на неопределенный срок (статья 610).**

#### *Комментарий*

1. Положения абзаца 1 пункта 1 комментируемой статьи о признании за арендатором преимущественного права на заключение договора аренды на новый срок являются диспозитивными, на что прямо указано в самой норме пункта 1.

В качестве частично диспозитивных следует квалифицировать положения последнего абзаца пункта 1 комментируемой статьи, регулирующего способы защиты преимущественного права арендатора. Стороны договора аренды могут установить более короткий срок сохранения за арендатором права на заключение договора на новый срок или вовсе исключить возможность подачи иска о переводе на себя прав и обязанностей по заключенному с третьим лицом договору аренды. В то же время усиление прав первоначального арендатора (например, в форме удлинения названного в этой статье срока действия преимущественного права) вряд ли может быть допущено в той мере, в которой это начинает затрагивать интересы нового арендатора как третьего лица, в данном договоре не участвующего (как минимум если не доказано, что он знал или должен был знать о таком особом условии данного договора аренды).

2. Хотя второй пункт комментируемой статьи не содержит оговорки о праве сторон договора аренды установить иное регулирование, чем предусмотрено этой нор-

мой, она все же с точки зрения телеологического толкования должна оцениваться как диспозитивная. Это означает, что стороны могут включить в договор аренды как положение о том, что продолжение пользования имуществом будет рассматриваться сторонами как заключение договора аренды на новый срок, аналогичный тому сроку, на который был заключен первоначальный договор, так и условие о том, что правила о бессрочной аренде не применяются, а арендатор, не возвративший арендованное имущество, считается находящимся в просрочке. Никаких политико-правовых оснований для блокирования этих проявлений принципа свободы договора мы не видим.

## **Статья 622. Возврат арендованного имущества арендодателю**

**При прекращении договора аренды арендатор обязан вернуть арендодателю имущество в том состоянии, в котором он его получил, с учетом нормального износа или в состоянии, обусловленном договором.**

**Если арендатор не возвратил арендованное имущество либо возвратил его несвоевременно, арендодатель вправе потребовать внесения арендной платы за все время просрочки. В случае, когда указанная плата не покрывает причиненных арендодателю убытков, он может потребовать их возмещения.**

**В случае, когда за несвоевременный возврат арендованного имущества договором предусмотрена неустойка, убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки, если иное не предусмотрено договором.**

### *Комментарий*

Положения абзаца 1 комментируемой статьи с точки зрения телеологического толкования, безусловно, являются диспозитивными в том смысле, что вопросы состояния вещи, подлежащей возврату, могут регулироваться сторонами по своему усмотрению. Однако диспозитивность этой нормы не означает, что в договоре аренды можно вообще исключить обязанность арендатора вернуть вещь по истечении срока действия договора. В этом случае будет искажена суть договора аренды как договора о возмездном временном владении и пользовании чужой вещью.

Разумеется, не могут быть истолкованы как императивные и положения абзаца 2 комментируемой статьи: договором может быть установлено иное регулирование последствий просрочки исполнения арендатором обязательства по возврату вещи (например, арендная плата в случае просрочки увеличивается в два раза и т.д.).

Норма абзаца 3 является диспозитивной, о чем свидетельствует соответствующая оговорка.

## **Статья 623. Улучшения арендованного имущества**

- 1. Произведенные арендатором отделимые улучшения арендованного имущества являются его собственностью, если иное не предусмотрено договором аренды.**

2. **В случае, когда арендатор произвел за счет собственных средств и с согласия арендодателя улучшения арендованного имущества, не отделимые без вреда для имущества, арендатор имеет право после прекращения договора на возмещение стоимости этих улучшений, если иное не предусмотрено договором аренды.**
3. **Стоимость неотделимых улучшений арендованного имущества, произведенных арендатором без согласия арендодателя, возмещению не подлежит, если иное не предусмотрено законом.**
4. **Улучшения арендованного имущества, как отделимые, так и неотделимые, произведенные за счет амортизационных отчислений от этого имущества, являются собственностью арендодателя.**

#### *Комментарий*

1. Положения пункта 1 комментируемой статьи являются диспозитивными, так как в ее текст включена соответствующая оговорка.
2. Положения пункта 2 комментируемой статьи также являются диспозитивными, на что указывает оговорка «если иное не предусмотрено договором аренды».
3. Более интересным является вопрос о характере нормы пункта 3 этой статьи. С одной стороны, казалось бы, в ней установлено правило, подкрепленное оговоркой «если иное не предусмотрено законом». Причем в двух предыдущих пунктах законодатель также довольно активно употребляет выражение «если иное не предусмотрено договором аренды». В связи с этим полагать, что отсутствие такой оговорки о договоре в пункте 3 статьи 624 Кодекса является простым недосмотром законодателя, вряд ли было бы верно.

С другой стороны, вполне можно представить себе ситуацию, когда стороны договора аренды имеют правомерный интерес в установлении регулирования, отличного от того, что предусмотрено этой нормой. Стороны могут, например, установить, что стоимость не согласованных с арендодателем неотделимых улучшений подлежит возмещению, если она не превышает определенную денежную сумму (интерес арендодателя защищен тем, что ему не придется в оперативном порядке изыскивать крупную денежную сумму, а арендатор стимулируется к тому, чтобы в разумных пределах проявлять инициативу по поддержанию арендованного имущества в должном состоянии). Подтверждает этот вывод и системное толкование данной нормы. По сути, такое условие договора будет означать заранее данное согласие арендодателя на производство любых неотделимых улучшений в пределах указанной суммы.

Каких-либо серьезных политико-правовых оснований не допускать подобные изменения положения пункта 3 статьи 624 обнаружить просто невозможно. Кроме того, при таком диспозитивном толковании эта норма будет в некотором смысле более «проарендаторской», чем она сейчас изложена в Кодексе. Между тем известно, что в подавляющем большинстве случаев «хозяином сделки» (то есть лицом, определяющим содержание договора) в договоре аренды является арендодатель, и сам по себе тот факт, что содержание договора будет смягчено в пользу

арендатора, тем более не должен вызывать сомнения в характере комментируемой нормы.

#### **Статья 624. Выкуп арендованного имущества**

1. В законе или договоре аренды может быть предусмотрено, что арендованное имущество переходит в собственность арендатора по истечении срока аренды или до его истечения при условии внесения арендатором всей обусловленной договором выкупной цены.
2. Если условие о выкупе арендованного имущества не предусмотрено в договоре аренды, оно может быть установлено дополнительным соглашением сторон, которые при этом вправе договориться о зачете ранее выплаченной арендной платы в выкупную цену.
3. Законом могут быть установлены случаи запрещения выкупа арендованного имущества.

#### *Комментарий*

1. Возможность установить в договоре аренды условие о выкупе арендованного имущества, разумеется, связана исключительно с наличием соответствующего волеизъявления сторон договора аренды. Следовательно, положения пункта 1 комментируемой статьи являются прямо диспозитивными.
2. Положения пункта 2 комментируемой статьи являются диспозитивными, так как норма, по сути, просто легализует различные возможности согласования порядка выкупа арендуемого имущества.
3. Положения пункта 3 не регулируют непосредственно права и обязанности сторон по договору аренды, а устанавливают возможность законодательного недопущения включения в договор аренды условия о выкупе. Разумеется, в случае включения в закон такого запрета соответствующие нормы будут императивными.

#### **Статья 625. Особенности отдельных видов аренды и аренды отдельных видов имущества**

**К отдельным видам договора аренды и договорам аренды отдельных видов имущества (прокат, аренда транспортных средств, аренда зданий и сооружений, аренда предприятий, финансовая аренда) положения, предусмотренные настоящим параграфом, применяются, если иное не установлено правилами настоящего Кодекса об этих договорах.**

#### *Комментарий*

Положения комментируемой статьи не регулируют непосредственно права и обязанности сторон по договору аренды, а устанавливают правило о субсидиарном применении общих положений об аренде к договорам аренды отдельных видов имущества. Однако и здесь все же есть определенная сфера для реализации принципа договорной свободы: стороны соответствующего договора, разумеется, вправе исключить действие диспозитивных положений § 1 главы 34 ГК РФ.

## § 4. Аренда зданий и сооружений

### Статья 650. Договор аренды здания или сооружения

1. По договору аренды здания или сооружения арендодатель обязуется передать во временное владение и пользование или во временное пользование арендатору здание или сооружение.
2. Правила настоящего параграфа применяются к аренде предприятий, если иное не предусмотрено правилами настоящего Кодекса об аренде предприятия.

#### *Комментарий*

1. В пункте 1 комментируемой статьи содержится норма, содержащая квалифицирующие признаки договора аренды зданий и сооружений.
2. Норма пункта 2 комментируемой статьи может быть истолкована следующим образом: императивные нормы параграфа об аренде зданий и сооружений не могут быть изменены договором аренды предприятия.

### Статья 651. Форма и государственная регистрация договора аренды здания или сооружения

1. Договор аренды здания или сооружения заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (пункт 2 статьи 434).

**Несоблюдение формы договора аренды здания или сооружения влечет его недействительность.**

2. Договор аренды здания или сооружения, заключенный на срок не менее года, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации.

#### *Комментарий*

1. Нормы пункта 1 комментируемой статьи регулируют форму договора аренды недвижимости. Соответственно, эти положения являются императивными.
2. Положения пункта 2 статьи о государственной регистрации договора аренды являются императивными. При этом согласно последней судебной практике ВАС РФ последствием несоблюдения требования о государственной регистрации долгосрочного договора аренды здания или сооружения будет не недействительность такого договора, а отказ в признании противопоставимости прав арендатора третьим лицам, в том числе неприменение правил о следовании и праве на преимущественное заключение договора на новый срок (см. комментарий к пункту 2 статьи 609 ГК РФ).

### Статья 652. Права на земельный участок при аренде находящегося на нем здания или сооружения

1. По договору аренды здания или сооружения арендатору одновременно с передачей прав владения и пользования такой недвижимостью передаются права на земельный участок, который занят такой недвижимостью и необходим для ее использования.



2. **В случаях, когда арендодатель является собственником земельного участка, на котором находится сдаваемое в аренду здание или сооружение, арендатору предоставляется право аренды земельного участка или предусмотренное договором аренды здания или сооружения иное право на соответствующий земельный участок.**

Если договором не определено передаваемое арендатору право на соответствующий земельный участок, к нему переходит на срок аренды здания или сооружения право пользования земельным участком, который занят зданием или сооружением и необходим для его использования в соответствии с его назначением.

3. **Аренда здания или сооружения, находящегося на земельном участке, не принадлежащем арендодателю на праве собственности, допускается без согласия собственника этого участка, если это не противоречит условиям пользования таким участком, установленным законом или договором с собственником земельного участка.**

#### *Комментарий*

1. В пункте 1 комментируемой статьи реализован один из важнейших принципов российского права, регулирующего сделки с недвижимым имуществом — принцип единства судьбы здания и земельного участка, на котором оно расположено. В связи с тем, что российское право рассматривает и земельный участок, и здание в качестве самостоятельных недвижимых вещей, принципиальным является соединение в одних руках прав на обе недвижимые вещи. Поэтому разделение юридической судьбы здания и земельного участка, на котором оно расположено, законом не допускается (см. комментарий к статье 552 ГК РФ).

Несмотря на то, что вопрос о разделении юридической судьбы здания и участка наиболее критичным является для случая купли-продажи, аренда зданий и сооружений также недопустима без предоставления арендатору возможности использовать земельный участок, на котором соответствующие объекты расположены. В связи с этим законодатель устанавливает, что арендатору должны быть переданы принадлежащие арендодателю права на земельный участок. В силу изложенного эта норма является императивной и не может быть отменена или изменена договором аренды.

2. По приведенным выше соображениям императивными являются и положения пункта 2 комментируемой статьи, устанавливающие принудительное возникновение у арендатора права пользоваться земельным участком, принадлежащим собственнику.
3. Положениями пункта 3 комментируемой статьи устанавливаются правила, позволяющие собственнику здания или сооружения, расположенного на чужом земельном участке, самостоятельно определять его судьбу путем сдачи в аренду без получения согласия собственника этого участка. Разумеется, эта норма является диспозитивной и стороны договора аренды, несмотря на закрепленное в этом пункте правило, могут договориться о том, что арендодатель принимает на себя обязательство получить согласие собственника земельного участка, на котором расположено арендуемое здание.

### **Статья 653. Сохранение арендатором здания или сооружения права пользования земельным участком при его продаже**

**В случаях, когда земельный участок, на котором находится арендованное здание или сооружение, продается другому лицу, за арендатором этого здания или сооружения сохраняется право пользования земельным участком, который занят зданием или сооружением и необходим для его использования, на условиях, действовавших до продажи земельного участка.**

#### *Комментарий*

Норма комментируемой статьи направлена на создание гарантий для арендатора здания, пользующегося земельным участком, на котором оно расположено. Отсутствие в норме указания на возможности изменения ее положений договором тем не менее не означает, что стороны договора аренды не вправе отменить или изменить действие этой гарантии, установив в договоре аренды, к примеру, что продажа земельного участка прекратит договор аренды расположенного на нем здания.

Однако в силу принципа единства судьбы здания и сооружения на нем (см. комментарий к статье 652 ГК РФ) недопустимо включать в договор аренды здания условие о том, что при продаже земельного участка право арендатора здания пользоваться этим участком прекращается.

### **Статья 654. Размер арендной платы**

- 1. Договор аренды здания или сооружения должен предусматривать размер арендной платы. При отсутствии согласованного сторонами в письменной форме условия о размере арендной платы договор аренды здания или сооружения считается незаключенным. При этом правила определения цены, предусмотренные пунктом 3 статьи 424 настоящего Кодекса, не применяются.**
- 2. Установленная в договоре аренды здания или сооружения плата за пользование зданием или сооружением включает плату за пользование земельным участком, на котором оно расположено, или передаваемой вместе с ним соответствующей частью участка, если иное не предусмотрено законом или договором.**
- 3. В случаях, когда плата за аренду здания или сооружения установлена в договоре на единицу площади здания (сооружения) или иного показателя его размера, арендная плата определяется исходя из фактического размера переданного арендатору здания или сооружения.**

#### *Комментарий*

- 1. Положения пункта 1 комментируемой статьи закрепляют существенное условие договора аренды здания и последствия отсутствия соответствующего условия в договоре. Как и все нормы, регулирующие состав и содержание существенных условий договора, эта норма является императивной.**

2. Норма пункта 2 является прямо диспозитивной в силу соответствующего в ней указания.
3. С точки зрения телеологического толкования положения пункта 3 комментируемой статьи следует признать диспозитивными. К примеру, вполне возможна такая ситуация: часть здания, уже переданного арендатору, по каким-то причинам им не используется; разумеется, стороны вольны в договоре аренды установить, что арендная плата будет исчисляться не от всего размера переданного здания, а только от его определенной части. Каких-либо видимых политико-правовых причин (защита слабой стороны, третьих лиц и т.п.) ограничивать в этом случае принцип договорной свободы, на наш взгляд, нет.

### **Статья 655. Передача здания или сооружения**

1. **Передача здания или сооружения арендодателем и принятие его арендатором осуществляются по передаточному акту или иному документу о передаче, подписываемому сторонами.**

**Если иное не предусмотрено законом или договором аренды здания или сооружения, обязательство арендодателя передать здание или сооружение арендатору считается исполненным после предоставления его арендатору во владение или пользование и подписания сторонами соответствующего документа о передаче.**

**Уклонение одной из сторон от подписания документа о передаче здания или сооружения на условиях, предусмотренных договором, рассматривается как отказ соответственно арендодателя от исполнения обязанности по передаче имущества, а арендатора от принятия имущества.**

2. **При прекращении договора аренды здания или сооружения арендованное здание или сооружение должно быть возвращено арендодателю с соблюдением правил, предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи.**

#### *Комментарий*

1. Положения абзацев 1 и 2 пункта 1 комментируемой статьи являются диспозитивными, что прямо следует из соответствующей оговорки в абзаце 2. Следовательно, стороны могут в том числе и вовсе исключить необходимость оформления передаточного акта.

Более интересным является вопрос о том, могут ли стороны установить в договоре аренды иные последствия уклонения от подписания документа о передаче здания арендатору, если необходимость оформления такового не исключена в принципе. Например, вполне мыслимым представляется установление следующего договорного условия: в случае необоснованного уклонения арендатора от подписания акта имущество считается переданным и у арендатора с этого момента возникает предусмотренная договором обязанность оплачивать пользование этим имуществом. Как представляется, подобное изменение договором положений абзаца 3 пункта 1 комментируемой статьи не вступает в противоречие ни с одним из огра-

ничителей договорной свободы, которые выявлены судебной практикой: оно не нарушает интересы слабой стороны или публичные интересы, не затрагивает третьих лиц или добрые нравы, не входит в противоречие с существом законодательного регулирования.

2. Положение пункта 2 комментируемой статьи о самой обязанности вернуть объект аренды является императивным. Отклонение от модели, заложенной в этой норме (то есть освобождение арендатора от обязанности возврата арендованной вещи) приведет к искажению природы аренды как договора о возмездном срочном владении и пользовании чужой вещью.

При этом, разумеется, стороны договора аренды здания вправе установить в договоре иное регулирование самого порядка возврата имущества, чем предусмотрено в пункте 1 комментируемой статьи (например, исключить необходимость оформления передаточного акта или установить, что здание считается возвращенным при освобождении здания и надлежащем уведомлении арендодателя об этом факте). Это связано с тем, что, как мы выяснили, все нормы пункта 1 статьи 655 Кодекса являются диспозитивными, а значит, могут быть отменены или изменены договором.

## Глава 37. Подряд

### § 1. Общие положения о подряде

#### Статья 702. Договор подряда

1. По договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его.
2. К отдельным видам договора подряда (бытовой подряд, строительный подряд, подряд на выполнение проектных и изыскательских работ, подрядные работы для государственных нужд) положения, предусмотренные настоящим параграфом, применяются, если иное не установлено правилами настоящего Кодекса об этих видах договоров.

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 предусматривает квалифицирующие признаки договора подряда. При несоответствии договора этим признакам он является законным, но должен быть отнесен либо к иной поименованной договорной категории (например, договору оказания услуг, договору купли-продажи будущей вещи), либо к разряду непоименованных договоров.
2. Пункт 2 определяет порядок применения специальных норм ГК РФ об отдельных разновидностях подрядного договора и норм, непосредственно регулирующих права и обязанности сторон договора, не содержит.

### Статья 703. Работы, выполняемые по договору подряда

1. Договор подряда заключается на изготовление или переработку (обработку) вещи либо на выполнение другой работы с передачей ее результата заказчику.
2. По договору подряда, заключенному на изготовление вещи, подрядчик передает права на нее заказчику.
3. Если иное не предусмотрено договором, подрядчик самостоятельно определяет способы выполнения задания заказчика.

#### Комментарий

1. Норма пункта 1 уточняет квалифицирующие признаки договора подряда.
2. Норма пункта 2 вызывает среди российских юристов серьезные споры. Ее наличие является основным аргументом сторонников той точки зрения, что в рамках исполнения договора подряда право собственности на создаваемую движимую вещь<sup>7</sup> до момента ее передачи заказчику признается за подрядчиком. Ведь норма не может подразумевать какое-либо иное право, подлежащее передаче заказчику, кроме права собственности. Судя по всему, именно эта идея была заложена в нормы ГК РФ о подряде. В то же время некоторые юристы ставят под сомнение эту идею о производном характере возникновения у заказчика права собственности на созданную подрядчиком вещь, пытаясь игнорировать норму пункта 2 статьи 703 ГК или придать ей какое-либо иное толкование, одновременно приводя в свою пользу ссылки на иные нормы ГК РФ (например, статью 712)<sup>8</sup>. Кроме того, встречается подход, сужающий сферу действия этой нормы только до случаев, когда вещь создавалась преимущественно из материалов подрядчика. Согласно такому подходу при создании вещи из материалов заказчика эта норма не применяется и право собственности на созданную вещь возникает у заказчика первоначальным образом. Мы не пытаемся в рамках настоящего комментария разрешать подобного рода фундаментальные проблемы договорного права, а стремимся определить диспозитивный или императивный характер спорной нормы. Но дать ответ на этот вопрос достаточно сложно, не имея однозначного понимания смысла самой нормы. В то же время следует заметить, что если эту норму следует толковать так, что право собственности у заказчика возникает производным способом и должно быть ему передано подрядчиком, то стороны вряд ли могут изменить этот режим в договоре, установив, что право собственности изначально возникает у заказчика. Связано это с тем, что этот вопрос по большому счету является вопросом вещного права, в рамках которого принцип свободы договора действует в крайне ограни-

---

<sup>7</sup> При строительном подряде проблема не проявляется, так как стройка осуществляется на земле заказчика и право собственности на недостроенный объект недвижимости признается за заказчиком.

<sup>8</sup> Согласно статье 712 ГК РФ подрядчик в случае неполучения оплаты вправе осуществить удержание результата работ с применением статей 359 и 360 ГК РФ. Так как кредитор может удерживать по правилам статей 359 и 360 ГК РФ лишь вещь, принадлежащую должнику (свою собственную вещь, которую сторона должна передать контрагенту по договору, удерживать нельзя; вместо этого можно лишь приостановить исполнение своего обязательства по договору), указание в законе в контексте регулирования подрядных отношений на возможность удержания результата работ становится возможным аргументом в пользу того, что законодатель мог подразумевать, что результат работ до момента передачи заказчику все-таки является собственностью именно заказчика.

ченном масштабе, а идея о праве суда определять диспозитивную природу нормы на основе телеологического толкования просто не работает. Особое практическое звучание эта проблема может приобрести в рамках открытия против подрядчика дела о банкротстве, если возникает спор о включении созданной, но еще не переданной заказчику движимой вещи в конкурсную массу.

3. Норма пункта 3 является эксплицитно диспозитивной.

#### **Статья 704. Выполнение работы иждивением подрядчика**

1. Если иное не предусмотрено договором подряда, работа выполняется иждивением подрядчика — из его материалов, его силами и средствами.
2. Подрядчик несет ответственность за ненадлежащее качество предоставленных им материалов и оборудования, а также за предоставление материалов и оборудования, обремененных правами третьих лиц.

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 является эксплицитно диспозитивной.
2. Норма пункта 2 не имеет четкого атрибута императивности или диспозитивности. В силу этого, а также из-за ее направленности на регулирование прав и обязанностей сторон договора открывается пространство для толкования ее природы. Можно ли в договоре освободить подрядчика от ответственности за дефекты в использованных им материалах или оборудовании? Как представляется, для ответа на этот вопрос достаточно применить системное толкование. Если мы исходим из того, что пункт 4 статьи 401 ГК РФ допускает условие договора об освобождении от ответственности за любые нарушения, кроме умышленных, то логично (как минимум если не будут приведены убедительные политико-правовые аргументы из области телеологического толкования) исходить из того, что и стороны договора подряда могут договориться о том, что подрядчик не отвечает за дефекты в использованных им материалах, кроме случаев, когда он знал об их дефектности и шел на нарушение договора осознанно. Так как мы не наблюдаем очевидных политико-правовых резонансов отделять эту ситуацию с подрядом от общих правил договорного права, то, по нашему мнению, формальная логичность сделанного вывода в полной мере соответствует и телеологическому толкованию. Соответственно, эту норму следует признать диспозитивной, но с ограничением в отношении ситуации с умыслом подрядчика.

#### **Статья 705. Распределение рисков между сторонами**

1. Если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, иными законами или договором подряда:

**риск случайной гибели или случайного повреждения материалов, оборудования, переданной для переработки (обработки) вещи или иного используемого для исполнения договора имущества несет предоставившая их сторона;**

**риск случайной гибели или случайного повреждения результата выполненной работы до ее приемки заказчиком несет подрядчик.**

2. **При просрочке передачи или приемки результата работы риски, предусмотренные в пункте 1 настоящей статьи, несет сторона, допустившая просрочку.**

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 о распределении рисков случайной гибели является эксплицитно диспозитивной, что, на наш взгляд, вполне оправданно, как минимум применительно к договорам, не носящим потребительского характера.
2. Норма пункта 2 о возложении риска случайной гибели или повреждения на сторону, допустившую просрочку (в том числе просрочку кредитора), не содержит эксплицитной оговорки о диспозитивности. В то же время телеологическое толкование ее природы не оставляет сомнений в ее диспозитивности. Нет убедительных оснований для придания этой норме строго императивного характера и запрета попытки исключить в договоре такую санкцию за просрочку, как перенос риска случайной гибели на просрочившую сторону. К обратному выводу можно прийти только в контексте потребительского договора подряда, в рамках которого подрядчик, изготавливающий вещь из материалов заказчика, по общему правилу не несущий риска случайной гибели, но в силу пункта 2 принимающий на себя данный риск в случае просрочки в сдаче выполненной работы, попытается в договоре исключить этот эффект переноса на него такого риска.

#### **Статья 706. Генеральный подрядчик и субподрядчик**

1. **Если из закона или договора подряда не вытекает обязанность подрядчика выполнить предусмотренную в договоре работу лично, подрядчик вправе привлечь к исполнению своих обязательств других лиц (субподрядчиков). В этом случае подрядчик выступает в роли генерального подрядчика.**
2. **Подрядчик, который привлек к исполнению договора подряда субподрядчика в нарушение положений пункта 1 настоящей статьи или договора, несет перед заказчиком ответственность за убытки, причиненные участием субподрядчика в исполнении договора.**
3. **Генеральный подрядчик несет перед заказчиком ответственность за последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств субподрядчиком в соответствии с правилами пункта 1 статьи 313 и статьи 403 настоящего Кодекса, а перед субподрядчиком — ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств по договору подряда.**

**Если иное не предусмотрено законом или договором, заказчик и субподрядчик не вправе предъявлять друг другу требования, связанные с нарушением договоров, заключенных каждым из них с генеральным подрядчиком.**

4. **С согласия генерального подрядчика заказчик вправе заключить договоры на выполнение отдельных работ с другими лицами. В этом случае указанные лица несут ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение работы непосредственно перед заказчиком.**

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 о праве подрядчика привлечь субподрядчиков носит эксплицитно диспозитивный характер. Договор может такую возможность заблокировать.
2. Норма пункта 2 в целом избыточна. Если договор запрещает привлечение субподрядчика, то игнорирование подрядчиком этого условия будет влечь ответственность за нарушение договора на основании общих норм о договорной ответственности. В этом смысле отсутствие нормы данного пункта в ГК РФ ничего бы не изменило. Вопрос может возникнуть, если в договоре появится условие об освобождении подрядчика от обязательства возмещения убытков за нарушение обязательства о строго личном выполнении работ. Так как привлечение субподрядчика в нарушение условия договора о строго личном исполнении подрядчиком своих обязательств вряд ли может быть осуществлено случайно и происходит всегда в силу осознанного решения подрядчика, освобождение договором от ответственности подрядчика за нарушение этого обязательства не может быть допущено в силу пункта 4 статьи 401 ГК РФ, запрещающего освобождение от ответственности за умышленное нарушение.
3. В пункте 3 закреплено общее правило о том, что при привлечении подрядчиком субподрядчиков заказчик не отвечает перед субподрядчиком, а тот — перед заказчиком. Из смысла нормы все соответствующие требования они должны предъявлять генподрядчику. На диспозитивность этого правила недвусмысленно указывает абзац 2 данного пункта. Но при этом надо иметь в виду, что договором, которым может быть предусмотрена возможность предъявления прямых требований заказчика к субподрядчику и наоборот, может быть (а) договор, который подписан всеми тремя участниками этих отношений<sup>9</sup>, (б) отдельный договор, заключенный между субподрядчиком и заказчиком с согласия генподрядчика, (в) иная форма выражения всеми этими лицами согласия на такого рода отступление от правила пункта 3 данной статьи (в первую очередь речь идет о включении условия о прямых требованиях заказчика к субподрядчику и наоборот как в договор между субподрядчиком и генподрядчиком, так и в договор между генподрядчиком и заказчиком)<sup>10</sup>.

Из этого следует, что договор, подписанный подрядчиком и субподрядчиком без участия заказчика, не может сам по себе возложить обязательство по оплате работ субподрядчика на заказчика в силу фундаментального принципа относительности договорных обязательств (абзац 1 пункта 3 статьи 308 ГК РФ), если только субподрядчик в своем договоре с генподрядчиком не признал наличие таких прав

<sup>9</sup> См.: постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 09.11.2009 по делу № А41-21750/09.

<sup>10</sup> О возможности согласования прямых расчетов заказчика с субподрядчиком по моделям (б) и (в) см.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 № 51 «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда». П. 9.



у заказчика по правилам ГК РФ о договоре в пользу третьего лица (статья 430). В равной мере в договоре между заказчиком и генподрядчиком не может быть установлено право заказчика предъявлять прямые требования к субподрядчику, если только в договоре между субподрядчиком и генподрядчиком не согласовано условие о том, что субподрядчик принимает на себя обязательство в пользу третьего лица (заказчика).

4. Норма пункта 4 устанавливает в качестве общего правила своего рода эксклюзивность положения генподрядчика и недопустимость привлечения заказчиком других подрядчиков для выполнения отдельных этапов или видов работ из общего объема, возложенного на генподрядчика. Обратное возможно только при согласии генподрядчика. Очевидно, что исходя из смысла нормы есть все основания признать, что само это согласие может быть дано заранее (в том числе и в форме соответствующего договорного условия). Следовательно, в этой части норма является диспозитивной.

Что же касается второй части этого пункта, согласно которой в случае самостоятельного (минуя генподрядчика) привлечения заказчиком отдельных подрядчиков к выполнению некоторых видов работ ответственность за эти объемы работ перед заказчиком генподрядчик не несет, то она закрепляет то, что в особом пояснении не нуждается. Представить теоретически попытки сторон обойти эту норму и предусмотреть, что генподрядчик несет ответственность за качество работ, которые выполняет в пользу заказчика сепаратным образом некий самостоятельно привлеченный заказчиком подрядчик, конечно же, можно. Но, думается, в таком случае речь должна, скорее всего, идти о том, что генподрядчик берет на себя поручительство по обязательствам привлеченных заказчиком самостоятельно подрядчиков. Соответственно, погасив в форме возмещения убытков обязательства этого внешнего подрядчика перед заказчиком, генподрядчик получает по суброгации требование к подрядчику-нарушителю на эту же сумму.

#### **Статья 707. Участие в исполнении работы нескольких лиц**

1. Если на стороне подрядчика выступают одновременно два лица или более, при неделимости предмета обязательства они признаются по отношению к заказчику солидарными должниками и соответственно солидарными кредиторами.
2. При делимости предмета обязательства, а также в других случаях, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором, каждое из указанных в пункте 1 настоящей статьи лиц приобретает права и несет обязанности по отношению к заказчику в пределах своей доли (статья 321).

#### *Комментарий*

Нормы этой статьи о солидарном или долевом участии в обязательстве нескольких лиц, выступивших в договоре на стороне подрядчика и привлеченных заказчиком к выполнению одной и той же работы, не содержат оговорок о праве сторон согласовать иное. Определение природы этой нормы посредством телеологического толкования вызывает определенные сложности в силу неразработанности в рос-

сийском праве проблематики делимости/неделимости предмета обязательства. В принципе возможность установления в договоре солидарного участия «соподрядчиков» в делимом обязательстве по выполнению работ в отступление от нормы пункта 2 комментируемой статьи не должна ставиться под сомнение, несмотря на отсутствие прямого указания в данной норме на право согласовать иное. Что же до гипотетической ситуации установления в договоре с неделимым обязательством по выполнению работ (если такое в принципе возможно) на стороне «соподрядчиков» долевого участия последних, то это также представляется возможным, но только в части их участия в производном денежном обязательстве по возмещению убытков.

### **Статья 708. Сроки выполнения работы**

- 1. В договоре подряда указываются начальный и конечный сроки выполнения работы. По согласованию между сторонами в договоре могут быть предусмотрены также сроки завершения отдельных этапов работы (промежуточные сроки).**

**Если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не предусмотрено договором, подрядчик несет ответственность за нарушение как начального и конечного, так и промежуточных сроков выполнения работы.**

- 2. Указанные в договоре подряда начальный, конечный и промежуточные сроки выполнения работы могут быть изменены в случаях и в порядке, предусмотренных договором.**
- 3. Указанные в пункте 2 статьи 405 настоящего Кодекса последствия просрочки исполнения наступают при нарушении конечного срока выполнения работы, а также иных установленных договором подряда сроков.**

**(в ред. Федерального закона от 17.12.1999 № 213-ФЗ)**

#### *Комментарий*

1. Норма абзаца 1 пункта 1 согласно устоявшейся судебной-арбитражной практике толкуется как определяющая существенные условия договора подряда<sup>11</sup>. Целесообразность признания срока выполнения работ существенным условием договора может вызывать серьезные сомнения применительно к договорам, не относящимся к категории строительного подряда. Мы не видим серьезных причин, в силу которых срок выполнения работ (например, по созданию или ремонту движимой вещи) должен являться существенным условием договора, в то время как срок оказания услуг с недавних пор<sup>12</sup> официально существенным условием договора возмездного оказания услуг не признается. В обоих случаях природа договора предполагает, что условие о сроке может быть легко восполнено за счет диспозитивной нормы пункта 2 статьи 314 ГК РФ. Как представляется, было бы разумно, если бы судебная практика признала как в случае обычного, не строительного подряда, так и в случае возмездного оказания услуг срок выполнения работ (оказания услуг) несуществен-

<sup>11</sup> См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 127. П. 6.

<sup>12</sup> См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165. П. 8.

ным условием договора, исполняемым нормой пункта 2 статьи 314 ГК РФ, кроме случаев, когда в силу специфики конкретного вида работ (или услуг) такое *ex post* исполнение невозможно или нецелесообразно (например, договор об организации туристической поездки, выступлении на концерте или конференции, установке звукового оборудования для проведения праздничного мероприятия и т.п.).

В абзаце 2 же приводится эксплицитно диспозитивная норма.

2. Норма пункта 2 — простое недоразумение, так как зачем-то повторяет то, что абсолютно очевидно, а именно право сторон договора менять его условия и согласовывать в договоре порядок их изменения. Анализировать такого рода норму с точки зрения ее императивности или диспозитивности нет никакого смысла.
3. Норма пункта 3, которая дает заказчику право на отказ от договора вследствие пропуска подрядчиком как конечного срока выполнения работ, так и сроков промежуточных этапов работ, не содержит прямого указания на ее природу. Телеологическое толкование не оставляет никаких сомнений в ее диспозитивности. Нет ни одной убедительной причины, в силу которой можно было бы оправдать запрет на включение в договор условия о том, что заказчик вправе отказаться от договора в результате пропуска подрядчиком лишь конечного срока. Уместно будет сказать, что при включении такого условия в договор стороны, по сути, подчинят свои отношения тому правилу, которое действовало до внесения в статью 708 ГК РФ в 1999 году изменений. По сути, то, что сделал законодатель в 1999 году, установив более жесткие последствия пропуска промежуточных сроков, это всего лишь изменение диспозитивного правила.

### Статья 709. Цена работы

1. В договоре подряда указываются цена подлежащей выполнению работы или способы ее определения. При отсутствии в договоре таких указаний цена определяется в соответствии с пунктом 3 статьи 424 настоящего Кодекса.
2. Цена в договоре подряда включает компенсацию издержек подрядчика и причитающееся ему вознаграждение.
3. Цена работы может быть определена путем составления сметы.

В случае, когда работа выполняется в соответствии со сметой, составленной подрядчиком, смета приобретает силу и становится частью договора подряда с момента подтверждения ее заказчиком.

4. Цена работы (смета) может быть приблизительной или твердой. При отсутствии других указаний в договоре подряда цена работы считается твердой.
5. Если возникла необходимость в проведении дополнительных работ и по этой причине в существенном превышении определенной приблизительно цены работы, подрядчик обязан своевременно предупредить об этом заказчика. Заказчик, не согласившийся на

превышение указанной в договоре подряда цены работы, вправе отказаться от договора. В этом случае подрядчик может требовать от заказчика уплаты ему цены за выполненную часть работы.

Подрядчик, своевременно не предупредивший заказчика о необходимости превышения указанной в договоре цены работы, обязан выполнить договор, сохраняя право на оплату работы по цене, определенной в договоре.

6. Подрядчик не вправе требовать увеличения твердой цены, а заказчик ее уменьшения, в том числе в случае, когда в момент заключения договора подряда исключалась возможность предусмотреть полный объем подлежащих выполнению работ или необходимых для этого расходов.

При существенном возрастании стоимости материалов и оборудования, предоставленных подрядчиком, а также оказываемых ему третьими лицами услуг, которые нельзя было предусмотреть при заключении договора, подрядчик имеет право требовать увеличения установленной цены, а при отказе заказчика выполнить это требование — расторжения договора в соответствии со статьей 451 настоящего Кодекса.

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 может быть отнесена к категории «законотворческой воды», так как никакого правового смысла не несет, лишь подтверждая применение общего правила статьи 424 ГК РФ к договору, в котором цена прямо не согласована.
2. Столь же бессмысленна и норма пункта 2. Почти всегда цена любого договора включает возмещение контрагенту как его издержек, так и некую маржу. «Почти» — так как могут заключаться договоры, вовсе не приносящие подрядчику прибыли (например, когда из-за структуры спроса продать свои работы с прибылью подрядчик не может и вынужден работать себе в убыток, но простой оборудования и рабочей силы будет стоить ему еще больше, или тогда, когда он пытается завоевать некий рынок и демпингует, снижая цену ниже уровня себестоимости). Причины, которые подвигли законодателя расписывать в законе элементы ценообразования, да и еще столь примитивным способом, нам неясны. Возможно, имелось опасение, что судьи в силу какого-то недоразумения могут посчитать, что цена договора подряда представляет собой лишь фиксированную доходность и не включает затраты подрядчика. Как бы то ни было, анализировать природу этой нормы достаточно сложно. Единственное, что можно сказать, что, безусловно, (а) стороны могут заключать договоры по цене ниже себестоимости, (б) могут дробить цену, выделяя в смете отдельно расходную часть и маржу подрядчика.
3. Норма пункта 3 носит сугубо дескриптивный характер и просто подтверждает допустимость использования сметы как элемента структурирования соглашения сторон по условиям договора.
4. Норма пункта 4 фиксирует эксплицитно диспозитивную норму о том, что при отсутствии соглашения об ином подразумевается, что цена договора носит твердый характер.

5. В пункте 5 достаточно подробно регламентирован порядок согласования и оплаты дополнительных работ. Оговорки о природе этих норм здесь не содержится. Телеологическое толкование в целом подталкивает к выводу, что данные нормы являются диспозитивными. Стороны, например, могут договориться о том, в каких случаях и в каком порядке должны согласовываться или не согласовываться, оплачиваться или не оплачиваться дополнительные работы.
6. Норма пункта 6 о том, что стороны договора подряда с твердой ценой не могут требовать ее изменения, на наш взгляд, носит частично диспозитивный характер. В норме нет прямой оговорки о праве сторон согласовать иное, но имплицитная диспозитивность достаточно легко определима в рамках системного и телеологического толкования применительно к договорам между предпринимателями. В силу общей нормы статьи 310 ГК РФ в отношении таких договоров закон допускает возможность установить в контракте право одной из сторон на одностороннее изменение условий договора. В таком контексте было бы странно, если бы нормы о подряде ограничивали стороны в возможности прямо в договоре закрепить право одной из сторон требовать увеличения цены при наступлении тех или иных оправдывающих это экономических условий. С точки зрения телеологического толкования такое грубое ограничение свободы договора не было бы оправдано ни одной из общепризнанных причин для вмешательства государства в сферу автономии воли сторон.

Правда, видимо, к несколько иному выводу можно было бы прийти в ситуации, когда заказчиком является потребитель. В силу того что в контексте таких договоров согласование права коммерсанта на одностороннее изменение договора заблокировано ст. 310 ГК РФ, императивность этой нормы в контексте потребительских договоров кажется более логичной. В плане же телеологической интерпретации можно прийти к аналогичным выводам: к этому подталкивают соображения защиты интересов слабой стороны договора, которая в силу часто сопровождающей такого рода договоры на выполнение строительных или иных сугубо специальных видов работ асимметрии информированности и профессионализма может легко упустить из виду риски произвольного увеличения цены в связи с обнаружением все новых видов неучтенных работ и в итоге оказаться связанной договором с абсолютно непредсказуемой ценой. Императивное прочтение этой нормы в контексте потребительских договоров будет создавать для подрядчика, являющегося, как правило, профессионалом в соответствующей сфере и решившегося на включение в договор твердой цены, стимулы к более продуманному отношению к цене договора, которую он выставляет потребителю.

Норма абзаца 2 пункта 6 являет очередной пример законодательной тавтологии. Если включение в нормы о подряде напоминания о наличии в первой части ГК РФ статьи 451 было вызвано желанием разработчиков ГК РФ подстегнуть к более активному применению данной статьи в отношении подрядчиков, чем в отношении иных участников оборота, с такой дискриминационной логикой согласиться ни в коем случае нельзя. Как бы то ни было, природа этой нормы-напоминания в полной мере следует природе норм самой статьи 451 ГК РФ. Так как последняя является эксплицитно диспозитивной (пункт 1 статьи 451), это приводит нас к однозначному выводу и о диспозитивности нормы абзаца 2 пункта 6 настоящей статьи.

## Статья 710. Экономия подрядчика

1. В случаях, когда фактические расходы подрядчика оказались меньше тех, которые учитывались при определении цены работы, подрядчик сохраняет право на оплату работ по цене, предусмотренной договором подряда, если заказчик не докажет, что полученная подрядчиком экономия повлияла на качество выполненных работ.
2. В договоре подряда может быть предусмотрено распределение полученной подрядчиком экономии между сторонами.

### *Комментарий*

Норма пункта 1 не содержит оговорку о ее природе, в то время как пункт 2 указывает на допустимость одного из вариантов (наиболее типичного) отступления от норм пункта 1 об экономии подрядчика, а именно — распределение образовавшейся экономии между сторонами. В то же время телеологическое толкование не оставляет сомнений в том, что стороны могут согласовать и иные варианты девиации от установленных в пункте 1 правил (например, не распределение экономии между сторонами, а уменьшение цены на всю величину обнаруженной экономии).

## Статья 711. Порядок оплаты работы

1. Если договором подряда не предусмотрена предварительная оплата выполненной работы или отдельных ее этапов, заказчик обязан уплатить подрядчику обусловленную цену после окончательной сдачи результатов работы при условии, что работа выполнена надлежащим образом и в согласованный срок, либо с согласия заказчика досрочно.
2. Подрядчик вправе требовать выплаты ему аванса либо задатка только в случаях и в размере, указанных в законе или договоре подряда.

### *Комментарий*

1. В пункте 1 фиксируется эксплицитно диспозитивное правило о порядке оплаты работ.
2. В норме пункта 2 мы наблюдаем очередной пример законодательной тавтологии, не заслуживающий какого-либо внимания.

## Статья 712. Право подрядчика на удержание

При неисполнении заказчиком обязанности уплатить установленную цену либо иную сумму, причитающуюся подрядчику в связи с выполнением договора подряда, подрядчик имеет право на удержание в соответствии со статьями 359 и 360 настоящего Кодекса результата работ, а также принадлежащих заказчику оборудования, переданной

**для переработки (обработки) вещи, остатка неиспользованного материала и другого оказавшегося у него имущества заказчика до уплаты заказчиком соответствующих сумм.**

### *Комментарий*

В статье 712 ГК РФ нет прямого указания на природу содержащейся в ней нормы о праве подрядчика осуществлять удержание. В то же время анализ пункта 3 статьи 459 ГК РФ, который эксплицитно объявляет нормы Кодекса о праве удержания диспозитивными, приводит к однозначному выводу о том, что диспозитивной является и статья 712. Этот вывод, сделанный нами исходя из системной логики законодательного материала, в полной мере согласуется и с политико-правовыми соображениями. В условии договора подряда, согласно которому подрядчик не может применить удержание в отношении результата работ, а также указанных в норме вещи заказчика в обеспечение своего денежного требования, нет ничего явно нарушающего интересы третьих лиц или публичные интересы, а также ничего аномально несправедливого или ущемляющего интересы слабой стороны договора.

### **Статья 713. Выполнение работы с использованием материала заказчика**

- 1. Подрядчик обязан использовать предоставленный заказчиком материал экономно и расчетливо, после окончания работы представить заказчику отчет об израсходовании материала, а также вернуть его остаток либо с согласия заказчика уменьшить цену работы с учетом стоимости остающегося у подрядчика неиспользованного материала.**
- 2. Если результат работы не был достигнут либо достигнутый результат оказался с недостатками, которые делают его не пригодным для предусмотренного в договоре подряда использования, а при отсутствии в договоре соответствующего условия не пригодным для обычного использования, по причинам, вызванным недостатками предоставленного заказчиком материала, подрядчик вправе потребовать оплаты выполненной им работы.**
- 3. Подрядчик может осуществить право, указанное в пункте 2 настоящей статьи, в случае, если докажет, что недостатки материала не могли быть обнаружены при надлежащей приемке подрядчиком этого материала.**

### *Комментарий*

- 1. Нормы пункта 1 о судьбе неиспользованных материалов не имеют текстуального атрибута императивности или диспозитивности, но по своей природе, безусловно, диспозитивны. Например, договор мог изначально содержать условие о праве подрядчика присвоить неиспользованные материалы без соразмерного уменьшения цены. На практике в силу низкой заинтересованности заказчика в этих остатках (особенно при их небольшом объеме) и сложности в их реализации заказчиком третьим лицам ему нередко проще выкинуть их или подарить тому, кто будет готов их вывезти своими силами и за свой счет. В такого рода условиях иногда и возникают основания оставить остатки подрядчику, который может учесть перспективу их**

получения в цене работ путем предоставления соответствующего дисконта. Кроме того, в договоре может быть сказано об обязанности подрядчика (а) использовать оставшиеся материалы на выполнение общественно полезных работ (например, на обустройство лужаек вокруг дома), (б) продать остатки на свободном рынке и вернуть вырученную сумму за вычетом своих комиссионных заказчику, (в) выкупить их у заказчика<sup>13</sup>.

- 2—3. Нормы пунктов 2 и 3 не содержат оговорки о праве сторон согласовать иное или об их императивности. При этом их телеологическое толкование может оказаться не столь очевидным. В принципе мыслимы два варианта отступления от этих норм в договоре.

Во-первых, можно представить себе условие договора, согласно которому подрядчик, чьи работы не привели к обещанному результату по причине предоставления заказчиком некачественных материалов, лишается вопреки этой норме права требовать оплаты своих работ, даже если дефекты в материалах не могли быть выявлены им при приемке. На первый взгляд может показаться, что это абсолютно несправедливо. Но давайте задумаемся, что означает наличие такого условия в договоре. Цель включения в договор такого варианта распределения риска позднего выявления дефектов в материалах, предоставляемых заказчиком, состоит в том, чтобы простимулировать подрядчика внимательно отслеживать качество этих материалов. Например, у заказчика есть некий объем оставшихся после строительства здания строительных материалов, и он, не будучи специалистом в строительных вопросах и не имея реальной возможности адекватно оценить качество этих материалов, перезимовавших на открытой площадке, находит нового профессионального подрядчика, согласного из этих материалов построить забор. В такой ситуации включение в договор условия о том, что именно подрядчик несет риск выявления скрытых дефектов в материалах и срыва по этой причине всей работы, может представляться вполне приемлемым. В этом примере такое договорное условие перенесет риск (наличия скрытых дефектов в материалах) на того, кто может проконтролировать и предотвратить его намного проще и дешевле, что является ключевым фактором написания экономически адекватного контракта. Так что, думается, эту норму разумно признать диспозитивной. Единственную оговорку следует сделать в отношении случая, когда будет доказано, что заказчик знал о наличии дефектов в передаваемых им подрядчику материалах. В этой ситуации исключение ответственности заказчика не должно иметь юридической силы, так как закон не допускает освобождения от ответственности за умышленное нарушение (пункт 4 статьи 401 ГК РФ). Условие о переносе риска выявления скрытых дефектов на подрядчика действительно ровно в той степени, в которой речь идет о распределении именно риска, в отношении которого каждая из сторон при заключении договора находится в неопределенности.

Во-вторых, в договоре может быть написано, что подрядчик вправе взыскать с заказчика оплату работ, сорванных из-за дефектов в переданных заказчиком материалах, несмотря на то что эти дефекты могли быть им обнаружены при приемке. Как известно, «могли быть» не значит «были». Включение в договор такого усло-

<sup>13</sup> В одном из судебных решений суд признал условие договора о выкупе подрядчиком неиспользованных материалов заказчика, указав на имплицитную диспозитивность нормы пункта 1 статьи 713 ГК РФ (см.: постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13.10.2011 по делу № А75-4230/2010).



вия будет стимулировать заказчика крайне внимательно инспектировать качество материалов перед их передачей подрядчику и снимать с последнего издержки по такому контролю. Наличие в договоре такого условия (а) переложит на заказчика бремя доказывания знания подрядчиком о дефектах в переданных ему материалах; (б) обеспечит ситуацию, когда заказчику надо будет доказать не просто наличие у подрядчика возможности выявить дефекты до начала работы с материалами, а тот факт, что подрядчик либо точно знал о них, либо не мог не знать. На практике такое условие было бы уместно в тех редких договорах, в которых подрядчик является куда меньшим профессионалом, чем заказчик, имеет куда меньше информационных и технических возможностей для оценки качества материалов и выполняет достаточно черновую работу. В такого рода случаях экономически целесообразно перенести большую часть бремени контроля качества материалов и последствия невнимательности подрядчика при осмотре принимаемых от заказчика материалов на заказчика.

При этом, конечно же, если будет доказано, что подрядчик, принимая материалы в работу, выявил дефекты, но не сообщил об этом заказчику, не получил от него добро на использование таких материалов и использовал их при выполнении работ, его поведение явно недобросовестно и никакое договорное условие его интерес в получении полной оплаты защищать не должно.

С учетом этих уточнений о последствиях включения в договор подобного рода условий можно прийти к выводу о том, что нормы пунктов 2 и 3 диспозитивны, но с тем ограничением, что отступление от предписанных в них правил не могут защищать недобросовестную сторону (заказчика, знавшего о наличии в передаваемых подрядчику материалах дефектов, но пытающегося отказаться от внесения оплаты, или подрядчика, знавшего о таких дефектах при приемке, но почему-то решившего попытаться безуспешно выполнить из них работы и взыскать оплату, несмотря на неудачу).

## **Статья 714. Ответственность подрядчика за несохранность предоставленного заказчиком имущества**

**Подрядчик несет ответственность за несохранность предоставленных заказчиком материала, оборудования, переданной для переработки (обработки) вещи или иного имущества, оказавшегося во владении подрядчика в связи с исполнением договора подряда.**

### *Комментарий*

Норма этой статьи не проясняет прямо свою природу, но телеологическое толкование не оставляет сомнений в ее диспозитивности в той степени, в которой речь идет о риске случайной гибели или порчи соответствующих вещей. Понятно, что в силу пункта 4 статьи 401 ГК РФ договор не может исключить ответственность за умышленное нарушение. Поэтому нельзя согласовать в договоре условие о том, что подрядчик не отвечает за то, что он сам уничтожил в порыве ненависти к заказчику полученные от него по договору материалы или оборудование. Но в той мере, в которой речь идет об освобождении от ответственности за неумышленные гибель или порчу вещей (например, в силу непреодолимой силы или простого случая), мы не видим оснований вводить ограничения свободы договора.

**Статья 715. Права заказчика во время выполнения работы подрядчиком**

1. **Заказчик вправе во всякое время проверять ход и качество работы, выполняемой подрядчиком, не вмешиваясь в его деятельность.**
2. **Если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков.**
3. **Если во время выполнения работы станет очевидным, что она не будет выполнена надлежащим образом, заказчик вправе назначить подрядчику разумный срок для устранения недостатков и при неисполнении подрядчиком в назначенный срок этого требования отказаться от договора подряда либо поручить исправление работ другому лицу за счет подрядчика, а также потребовать возмещения убытков.**

*Комментарий*

1. Норма пункта 1 о праве заказчика инспектировать ход и качество выполняемых работ не содержит эксплицитной оговорки о ее природе. Телеологическое толкование тут может столкнуться с некоторыми проблемами, так как есть мнение, что право заказчика на контроль хода работ есть неотъемлемый, квалифицирующий признак подряда и изъятие сторонами этого обязательства приводит к перекалфикации договора в некий другой поименованный договорный тип (например, куплю-продажу создаваемой продавцом в будущем вещи). Не пытаясь поставить точку в этом споре, заметим, что если наше право откажется видеть в этом условии о праве на контроль хода работ квалифицирующий признак подрядных отношений, то нет никаких оснований признавать норму пункта 1 и в качестве императивной. Стороны будут считаться вправе, оставаясь в рамках подрядной договорной модели, исключить право на контроль и инспектирование хода работ.
2. Нет никаких сомнений в том, что стороны могут исключить указанное в пункте 2 право заказчика на осуществление превентивного отказа от договора в ситуации, когда никакой просрочки и самого правонарушения как таковых еще нет, и обязать заказчика дожидаться наступления формальной просрочки, прежде чем заявлять об отказе от договора и взыскании убытков. Право на превентивный отказ от договора при предвидимом нарушении является очень разумным инструментом, но не настолько неотъемлемым, чтобы его исключение по воле сторон могло бы быть воспринято как вызов публичным интересам или интересам третьих лиц, явным ущемлением интересов слабой стороны договора или грубым поприемом разумного баланса интересов сторон. На это с точки зрения системной логики указывает и то, что сама конструкция превентивного отказа по статье 715 ГК РФ есть лишь подтверждение аналогичного общего правила пункта 2 статьи 328 ГК РФ о праве на отказ от договора при возникновении обстоятельств, очевидно свидетельствующих о будущем нарушении, которое в силу пункта 4 статьи 328 ГК РФ является эксплицитно диспозитивным.
3. Нормы пункта 3 не могут быть тотально императивными, если, конечно, мы хотим видеть наше законодательство рационально организованным. Как уже было сказа-

но применительно к пункту 2, нет никаких причин, в силу которых стороны были бы не вправе исключить право на превентивный отказ от договора. Но еще более очевидно, что стороны могут, сохраняя само право на превентивный отказ, предусмотреть, что для его реализации не потребуется предварительно соблюсти формальную процедуру предоставления подрядчику разумного срока для того, чтобы тот ускорил темп выполнения работ или изменил свой подход к их качеству. Если, например, обнаруживаемые дефекты в ходе работы существенны и выявляются вновь и вновь, то заказчик может иметь легитимный интерес в том, чтобы после очередного неудовлетворительного результата инспектирования хода работ сразу же заявить отказ от договора, не давая подрядчику очередной шанс на исправление выявленных недостатков<sup>14</sup>.

### **Статья 716. Обстоятельства, о которых подрядчик обязан предупредить заказчика**

- 1. Подрядчик обязан немедленно предупредить заказчика и до получения от него указаний приостановить работу при обнаружении:**

**непригодности или недоброкачества предоставленных заказчиком материала, оборудования, технической документации или переданной для переработки (обработки) вещи;**

**возможных неблагоприятных для заказчика последствий выполнения его указаний о способе исполнения работы;**

**иных не зависящих от подрядчика обстоятельств, которые грозят годности или прочности результатов выполняемой работы либо создают невозможность ее завершения в срок.**

- 2. Подрядчик, не предупредивший заказчика об обстоятельствах, указанных в пункте 1 настоящей статьи, либо продолживший работу, не дожидаясь истечения указанного в договоре срока, а при его отсутствии разумного срока для ответа на предупреждение или несмотря на своевременное указание заказчика о прекращении работы, не вправе при предъявлении к нему или им к заказчику соответствующих требований ссылаться на указанные обстоятельства.**
- 3. Если заказчик, несмотря на своевременное и обоснованное предупреждение со стороны подрядчика об обстоятельствах, указанных в пункте 1 настоящей статьи, в разумный срок не заменит непригодные или недоброкачественные материал, оборудование, техническую документацию или переданную для переработки (обработки) вещь, не изменит указаний о способе выполнения работы или не примет других необходимых**

---

<sup>14</sup> *Некоторые суды делают вывод о праве заказчика отказаться от договора сразу, не заявляя подрядчику требование об устранении недостатков в разумный срок, даже тогда, когда на этот счет нет никаких указаний в договоре. Как нам кажется, этот подход без каких-либо оснований игнорирует четко предписанный в пункте 3 статьи 715 ГК РФ алгоритм отказа, предполагающий обязательность соблюдения процедуры установления разумного срока на устранение недостатков (см.: постановление ФАС Московского округа от 29.09.2010 № КГ-А40/10968-10). В то же время нет никаких сомнений, что прямое исключение в договоре этого предварительного этапа для последующего отказа от договора точно возможно.*

**мер для устранения обстоятельств, грозящих ее годности, подрядчик вправе отказаться от исполнения договора подряда и потребовать возмещения причиненных его прекращением убытков.**

### *Комментарий*

Нормы этой статьи, достаточно подробно регулирующие коммуникацию сторон в период исполнения договора, традиционно для данной главы ГК РФ о подряде не имеют оговорки о праве сторон согласовать иное. Телеологическое толкование приводит к выводу о диспозитивности этих норм из-за отсутствия убедительных политико-правовых причин, в силу которых закон мог бы обоснованно блокировать попытки стороны каким-либо образом уточнить, изменить или отвергнуть предусмотренные здесь правила. Например, вряд ли имеются какие-то серьезные основания запретить условие, по которому в случае выявления дефектов в переданных подрядчику оборудовании или материалах подрядчик вопреки пункту 3 статьи 716 ГК РФ не вправе отказаться от договора, а должен купить (арендовать) необходимое оборудование или закупить качественные материалы и продолжать работать, используя их вместо того, что изначально передал заказчик, с отнесением на заказчика соответствующих затрат.

### **Статья 717. Отказ заказчика от исполнения договора подряда**

**Если иное не предусмотрено договором подряда, заказчик может в любое время до сдачи ему результата работы отказаться от исполнения договора, уплатив подрядчику часть установленной цены пропорционально части работы, выполненной до получения извещения об отказе заказчика от исполнения договора. Заказчик также обязан возместить подрядчику убытки, причиненные прекращением договора подряда, в пределах разницы между ценой, определенной за всю работу, и частью цены, выплаченной за выполненную работу.**

### *Комментарий*

Норма о праве заказчика на немотивированный отказ от договора является эксплицитно диспозитивной. Стороны могут согласовать в договоре как отмену права заказчика на немотивированный отказ от договора, так и иные последствия отказа, если тот был осуществлен. Например, стороны могут согласовать конкретный размер платы за отказ от договора либо установить, что заказчик, отказавшийся от договора, обязан уплатить подрядчику всю согласованную цену за вычетом возникающей у подрядчика в связи с этим экономии на расходах.

### **Статья 718. Содействие заказчика**

- 1. Заказчик обязан в случаях, в объеме и в порядке, предусмотренных договором подряда, оказывать подрядчику содействие в выполнении работы.**

**При неисполнении заказчиком этой обязанности подрядчик вправе требовать возмещения причиненных убытков, включая дополнительные издержки, вызванные просто-**

**ем, либо перенесения сроков исполнения работы, либо увеличения указанной в договоре цены работы.**

- 2. В случаях, когда исполнение работы по договору подряда стало невозможным вследствие действий или упущений заказчика, подрядчик сохраняет право на уплату ему указанной в договоре цены с учетом выполненной части работы.**

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 имеет целью напомнить, что стороны при желании могут согласовать в договоре обязательство по сотрудничеству и будут нести ответственность за его нарушение. По сути, норма не имеет какого-либо значения, так как повторяет прописные истины или самоочевидные вещи (законодательная тавтология).
2. Норма пункта 2 о праве подрядчика требовать оплаты в случае, если исполнение договора стало невозможным по вине заказчика, не содержит прямого указания на ее природу. С точки зрения системного и телеологического толкования норма представляется диспозитивной. Стороны могут исключить необходимость оплаты выполненной, но еще не переданной заказчику части работ, если завершение работ стало невозможным по вине заказчика. Ответственность заказчика в таком случае будет состоять в возмещении подрядчику убытков, включая упущенную выгоду. При этом стоит напомнить, что возмещение упущенной выгоды может быть также исключено договором (статья 15 ГК РФ), сумма убытков может быть (за исключением потребительского договора) ограничена (статья 400 ГК РФ), а само возмещение убытков полностью исключено, кроме случаев умышленного нарушения заказчиком своих обязательств (пункт 4 статьи 401 ГК РФ).

#### **Статья 719. Неисполнение заказчиком встречных обязанностей по договору подряда**

- 1. Подрядчик вправе не приступать к работе, а начатую работу приостановить в случаях, когда нарушение заказчиком своих обязанностей по договору подряда, в частности не-предоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи, препятствует исполнению договора подряда, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок (статья 328).**
- 2. Если иное не предусмотрено договором подряда, подрядчик при наличии обстоятельств, указанных в пункте 1 настоящей статьи, вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков.**

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 не содержит оговорки о ее природе. Эта норма, по сути, закрепляет две разные правовые конструкции. Во-первых, она говорит о просрочке кредитора и имплицитно цитирует статью 406 ГК РФ, не называя ее. Мысль законодателя ясна: если заказчик впал в просрочку кредитора (например, не передал материалы, из которых должна изготавливаться подрядчиком вещь), подрядчик вправе приостановить исполнение. На самом деле указание на приостановление исполнения

не вполне корректно. Просрочку кредитора нужно отличать от права на приостановление исполнения в случае нарушения встречных обязательств. Несовершение кредитором действий, без которых исполнение должником своих обязательств становится невозможным, влечет согласно статье 406 ГК РФ автоматическое непризнание просрочки должника. В такой ситуации должник не осуществляет какой-либо значимой дискреции, не использует тот или иной способ защиты — просто в силу закона он не считается нарушившим свое обязательство. В этом принципиальное отличие от приостановления исполнения по статье 328 ГК РФ как способа защиты права в случае нарушения контрагентом своего встречного обязательства: здесь сторона, срок исполнения обязательства которой наступает, хотя физически и может исполнить свое обязательство, но вправе этого не делать, дабы не усугублять свои риски. Это отличие широко признано в научной литературе<sup>15</sup>.

Во-вторых, отсылка в пункте 1 настоящей статьи к статье 328 ГК РФ имеет отношение только к ситуации, когда срок исполнения подрядчиком своих обязательств наступил, заказчик еще не впал в просрочку кредитора, но возникают обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что такая просрочка кредитора произойдет в будущем. Здесь, так как еще нет просрочки кредитора, нельзя говорить об автоматическом ненаступлении просрочки должника, и, соответственно, если для подрядчика наступает срок выполнять работы, но ему очевидно, что заказчик в будущем нарушит свои кредиторские обязанности (по передаче материалов, например), у него есть выбор: все-таки рискнуть и приступить к выполнению работ или приостановить свое исполнение. Наличие этой дискреции означает, что подрядчик действительно именно приостанавливает свое исполнение.

И тут, разобравшись в нюансах толкования содержания данной нормы, мы переходим к вопросу о том, могут ли стороны исключить две эти возможности. На наш взгляд, ответ на этот вопрос должен быть дифференцированным. Исключить применение статьи 406 ГК РФ к ситуации, когда в просрочку кредитора попадает заказчик, и тем самым установить, что подрядчик несет ответственность за просрочку и тогда, когда это исполнение было невозможно осуществить из-за, например, непредоставления заказчиком обещанных по договору материалов или оборудования, невозможно. Мы полагаем, что такое условие договора должно считаться недействительным, так как с точки зрения телеологического толкования императивной должна быть сама статья 406 ГК РФ о просрочке кредитора. С учетом императивной интерпретации статьи 406 ГК РФ не остается сомнений, что с точки зрения системной логики императивной является и та часть обсуждаемой нормы пункта 1 статьи 719 ГК РФ, которая касается состоявшейся просрочки кредитора. Если бы право признавало условие договора о том, что должник несет ответственность даже тогда, когда он не мог не впасть в просрочку из-за просрочки кредитора, мы бы имели настолько аномальное и вопиюще несправедливое проявление свободы договора, что это грубейшим образом попирало бы баланс интересов сторон.

А вот исключить применение нормы пункта 1 в части, в которой она дает подрядчику право приостановить исполнение в ситуации предвидимости нарушения заказчика своих обязательств в будущем, как представляется, возможно. Этот вывод

<sup>15</sup> См.: Сарбаш С.В. *Исполнение договорного обязательства*. М., 2005. С. 485; Каранетов А.Г. *Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора*. М., 2011. С. 183.

логически вытекает из того, что сама норма пункта 2 статьи 328 ГК РФ, ссылкой на которую закон в пункте 1 статьи 719 и легитимирует такое право подрядчика на приостановление, является в силу пункта 4 статьи 328 ГК РФ эксплицитно диспозитивной.

2. Норма пункта 2 настоящей статьи содержит оговорку о праве сторон согласовать иное. Соответственно, казалось бы, теоретически стороны могут исключить право подрядчика на отказ от договора и право на взыскание убытков, возникших из-за попадания заказчика в просрочку кредитора. Но с точки зрения телеологического толкования такая диспозитивность, видимо, может быть истолкована ограниченно. В силу общеправового принципа о недопустимости освобождения от ответственности за умышленное нарушение, закрепленного в пункте 4 статьи 401 ГК РФ, такое условие об освобождении от ответственности может быть признано не имеющим юридической силы в отношении случаев, когда нарушение заказчиком своих кредиторских обязанностей (например, непередача материалов) носило умышленный характер. Что же касается также допускаемого пунктом 2 условия договора об исключении права на отказ от договора из-за попадания заказчика в просрочку кредитора, то у нас также имеются определенные сомнения. Безусловно, стороны могут отойти от установленного в этой норме правила, заменив отказ от договора на судебную процедуру расторжения или даже предусмотрев условие об автоматическом расторжении договора. Они, конечно же, также могут предусмотреть конкретную длительность просрочки заказчика в передаче материалов или документации, которая дает подрядчику право на отказ от договора. Но достаточно сомнительно, что диспозитивная оговорка в этой норме может пониматься настолько широко, что стороны будут вправе вовсе исключить право подрядчика на расторжение договора из-за просрочки кредитора на стороне заказчика. Эта телеологическая редукция диспозитивной оговорки, содержащейся в пункте 2 обсуждаемой статьи, предопределена тем, что иначе право бы допускало формирование теоретически вечной неопределенности в положении подрядчика. Заказчик теоретически тогда бы мог передать подрядчику материалы хоть через 30 лет и получить право требовать, чтобы подрядчик приступил к выполнению работ. Такая ситуация является абсолютно аномальной и настолько несправедливой, что это грубейшим образом нарушало бы баланс интересов сторон. Разумные и добросовестные контрагенты никогда бы не заключили договор с таким условием. В связи с этим, мы думаем, есть основания для признания диспозитивной оговорки не распространяющейся на ту часть этой нормы, в которой она гарантирует подрядчику право на расторжение договора. В этой части свобода договора должна считаться ограниченной.

### **Статья 720. Приемка заказчиком работы, выполненной подрядчиком**

1. **Заказчик обязан в сроки и в порядке, которые предусмотрены договором подряда, с участием подрядчика осмотреть и принять выполненную работу (ее результат), а при обнаружении отступлений от договора, ухудшающих результат работы, или иных недостатков в работе немедленно заявить об этом подрядчику.**
2. **Заказчик, обнаруживший недостатки в работе при ее приемке, вправе ссылаться на них в случаях, если в акте либо в ином документе, удостоверяющем приемку, были оговорены эти недостатки либо возможность последующего предъявления требования об их устранении.**

3. Если иное не предусмотрено договором подряда, заказчик, принявший работу без проверки, лишается права ссылаться на недостатки работы, которые могли быть установлены при обычном способе ее приемки (явные недостатки).
4. Заказчик, обнаруживший после приемки работы отступления в ней от договора подряда или иные недостатки, которые не могли быть установлены при обычном способе приемки (скрытые недостатки), в том числе такие, которые были умышленно скрыты подрядчиком, обязан известить об этом подрядчика в разумный срок по их обнаружении.
5. При возникновении между заказчиком и подрядчиком спора по поводу недостатков выполненной работы или их причин по требованию любой из сторон должна быть назначена экспертиза. Расходы на экспертизу несет подрядчик, за исключением случаев, когда экспертизой установлено отсутствие нарушений подрядчиком договора подряда или причинной связи между действиями подрядчика и обнаруженными недостатками. В указанных случаях расходы на экспертизу несет сторона, потребовавшая назначения экспертизы, а если она назначена по соглашению между сторонами, обе стороны поровну.
6. Если иное не предусмотрено договором подряда, при уклонении заказчика от принятия выполненной работы подрядчик вправе по истечении месяца со дня, когда согласно договору результат работы должен был быть передан заказчику, и при условии последующего двукратного предупреждения заказчика продать результат работы, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести на имя заказчика в депозит в порядке, предусмотренном статьей 327 настоящего Кодекса.
7. Если уклонение заказчика от принятия выполненной работы повлекло за собой просрочку в сдаче работы, риск случайной гибели изготовленной (переработанной или обработанной) вещи признается перешедшим к заказчику в момент, когда передача вещи должна была состояться.

#### *Комментарий*

- 1–2. Указание в пункте 1 на то, что проверка и принятие работ осуществляются с участием подрядчика, должно считаться диспозитивным. Договор может предусматривать, например, доставку созданной подрядчиком вещи силами транспортных компаний и допускать осуществление приемки созданной вещи без участия представителя подрядчика.

Кроме того, договор в принципе может исключить необходимость проверки работ при приемке. На это с точки зрения системной логики указывает и норма пункта 3 данной статьи, согласно которой при принятии заказчиком работ без проверки он лишается права ссылаться на явные дефекты, которые могли бы быть выявлены при проверке, если иное не предусмотрено в договоре. Последняя диспозитивная оговорка недвусмысленно указывает на то, что стороны могут отменить такое последствие, как лишение прав ссылаться на нарушение на случай принятия работ без проверки, что фактически равнозначно отмене обязательности такой проверки.

Что же касается указания пункта 1 на необходимость немедленного предъявления подрядчику заявления об обнаруженных при приемке дефектах, а также нормы



пункта 2 о том, что заказчик лишается права ссылаться на дефекты, которые не были отражены в подтверждающем приемку акте, то здесь вопрос более сложный. С учетом сказанного выше о праве сторон полностью исключить необходимость проверки при приемке очевидно, что смысл этих норм об отражении недостатков в акте или в немедленно предъявляемом заявлении состоит в том, чтобы урегулировать ту ситуацию, когда проверка при приемке осуществлялась. В судебной практике имеется определенный разнобой в толковании этих норм. Некоторые суды толкуют норму пункта 2 буквально и лишают заказчика права ссылаться на недостатки, которые могли быть выявлены при приемке, но не были обнаружены заказчиком и не были отражены в акте. Другие же по какой-то причине игнорируют эту норму и сохраняют за заказчиком право предъявлять подрядчику претензии и в такой ситуации, когда сторонами подписан акт без замечаний<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> *Рассматривая случай ненадлежащего качества работы, ВАС РФ в 2000 г. пришел к выводу о сохранении за заказчиком права ссылаться на дефекты в работах, несмотря на наличие актов, фиксирующих ежемесячные объемы строительных работ, оговорившись в то же время, что пункт 2 статьи 720 ГК РФ, лишающий заказчика прав ссылаться на явные, но не указанные в акте недостатки, применим к акту, оформляющему окончательную приемку результата работ (см.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 № 51. П. 13). В части нарушения подрядчиком условия об объеме работ ВАС РФ прямо высказался в том духе, что наличие подписанного заказчиком без замечаний акта не исключает его права впоследствии ссылаться на то, что работы были выполнены в меньшем объеме, уже, правда, не сделав исключения в отношении итогового акта сдачи-приемки результата работ (Там же. П. 12). Эта двусмысленность и недостаточно четкое разграничение ВАС РФ отдельных видов оформляемых в строительной практике актов привели к формированию разнородной практики. Некоторые суды толкуют информационное письмо № 51 таким образом, что это полностью аннулирует норму пункта 2 статьи 720 ГК РФ про последствия не указания в акте явных дефектов. Относительно недавно в том же духе косвенно высказался и сам Президиум ВАС РФ (см.: постановление Президиума ВАС РФ от 09.03.2011 № 13765/10). Аналогичная практика широко представлена и в кассационных инстанциях (см.: постановления ФАС Московского округа от 03.11.2009 № КГ-А40/11235-09-1, 2 по делу № А40-27423/07-10-180; ФАС Северо-Западного округа от 22.06.2012 по делу № А56-29441/2011 и др.). В то же время имеется и множество примеров буквального применения статьи 720 ГК (см.: Обзор судебной практики Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа по спорам, связанным с договором строительного подряда, утвержденное постановлением Президиума ФАС Западно-Сибирского округа от 15.10.2010 № 10. П. 14; постановления ФАС Московского округа от 11.09.2013 по делу № А40-21405/13-8-207; ФАС Северо-Западного округа от 17.12.2013 по делу № А05-1190/2013 и др.). Как представляется, вопрос должен решаться с учетом природы соответствующего акта. Если он оформляет приемку результата работ или определенного этапа и свидетельствует о проверке заказчиком качества и объема работ, то по общему правилу должна применяться статья 720 ГК РФ, лишающая заказчика права впоследствии ссылаться на явные недостатки, которые не были указаны в акте. Если же оформляемый акт не свидетельствует о проверке заказчиком объема и качества работ и оформляется, например, ежемесячно для целей расчетов, то подписание такого акта без возражений не может лишить заказчика права ссылаться на отдельные недостатки или несоблюдение условий договора об объеме работ. Как суд может определить функциональную природу оформляемого акта? Думается, должно презюмироваться, что акт фиксирует осуществление заказчиком проверки выполненных работ по объему и качеству. Иное может вытекать из прямого указания в акте на сохранение за заказчиком права предъявлять претензии в случае отступления качества или объема работ от установленного в договоре. Следует сделать и еще одну оговорку: заказчик с точки зрения пункта 4 статьи 1 ГК РФ не может потерять право ссылаться на дефекты или нарушение условий об объеме работ из-за своей невнимательности при приемке и не указании в акте на соответствующие нарушения, если он докажет, что подрядчик знал или не мог о них не знать. Подрядчик, обычно являющийся профессионалом в соответствующей области, зная о том, что он сдает заказчику дефектную или неполную работу, не может извлекать выгоду из невнимательности заказчика на стадии приемки. Когда в праве невнимательная или неосторожная сторона сталкивается со стороной явно недобросовестной, право должно приоритетно защищать интересы первой. Возможно, практика тех судов, которые игнорируют пункт 2 статьи 720 ГК РФ и допускают право заказчика на предъявление претензий по явным недостаткам, не обнаруженным при приемке и не учтенным в акте, связана именно с этой моральной интуицией. Такого рода решения стоит, видимо, поддержать при условии, что заказчик доказал знание подрядчиком о недостатках в выполненных им работах.*

Могут ли стороны в принципе исключить правило об утрате заказчиком права на предъявление претензий по качеству и объему при необнаружении им явных дефектов и неуказании их в акте? Думается, такое условие следует признавать законным. Это особенно очевидно в тех случаях, когда подрядчик прекрасно осведомлен о том, что он предлагает к приемке дефектный результат работ. Думается, что в подавляющем числе случаев ситуация будет именно такой: недобросовестный подрядчик и невнимательный заказчик. Нам не очевидны политико-правовые основания, которые могли бы ограничить принцип свободы договора, который в данном случае проявился в условии, снимающем с заказчика риск невнимательности при приемке и приравнивавшем последствия обнаружения явных и скрытых дефектов.

3. Норма пункта 3 является эксплицитно диспозитивной. Стороны могут установить в договоре, что при принятии работ без проверки заказчик сохраняет право предъявлять к подрядчику претензии за недостатки, которые могли бы быть выявлены, если бы при приемке осуществлялась проверка<sup>17</sup>.
4. Норма пункта 4 не содержит прямого указания на ее природу, но нам не остается другого выхода, кроме как признать, что правило о необходимости уведомлять заказчика о выявлении после приемки скрытых дефектов является императивным. Все, что стороны могут здесь изменить, это уточнить конкретный срок направления такого уведомления. Императивность этого правила связана с тем, что требование своевременно сообщить о выявленных дефектах очевидным образом диктуется принципом добросовестности. Условие договора об обратном давало бы заказчику право неожиданно предъявить к подрядчику требования об устранении дефектов через несколько лет после сдачи результата работ и выявления скрытых дефектов, что ввергало бы подрядчика в состояние полной неопределенности.

В норме не указаны последствия нарушения заказчиком этой обязанности, но с точки зрения системной логики следует, видимо, предположить, что здесь должна работать та же санкция, что указана и в пунктах 2 и 3: лишение права ссылаться на эти нарушения, т.е. блокирование возможности применять к подрядчику какие-либо санкции в связи с этим нарушением. При таком подходе наблюдается принципиальное отличие этой ситуации от аналогичной ситуации в рамках договора купли-продажи. Напомним, что в силу статьи 483 ГК РФ последствием неизвещения продавца о выявленных дефектах будет лишь ограничение некоторых прав покупателя, но далеко не лишение его полностью возможности ссылаться на нарушение договора. Вопрос о наличии политико-правовых оснований для такого принципиального различия в режиме договоров купли-продажи и подряда требует отдельного анализа. Отметим лишь, что у нас оно вызывает некоторые сомнения. *De lege lata* же с этим решением законодателя, видимо, следует смириться, но логично поставить вопрос о том, является ли эта подразумеваемая пунктом 4 санкция императивно установленной или стороны вправе согласовать в договоре иное. Наш ответ на этот вопрос достаточно очевиден: стороны, безусловно, могут изменить последствия такого неизвещения. Они не вправе в принципе отменить необходимость такого извещения, но им должно быть разрешено продублировать

<sup>17</sup> Судебная практика знает такие примеры. См.: постановления ФАС Северо-Западного округа от 14.07.2010 по делу № А56-27846/2009; от 08.06.2009 по делу № А56-17892/2008.

в своем договоре решение, содержащееся в статье 483 ГК РФ. При таком подходе несвоевременное извещение будет лишать заказчика лишь права требовать устранения дефектов, но не будет лишать его права требовать уменьшения цены или взыскания убытков.

5. Норма пункта 5 в части распределения бремени несения расходов на проведение экспертизы по своей имплицитной природе, безусловно, является диспозитивной. Стороны могут перенести бремя несения этих расходов на заказчика. Что же касается права на возмещение стороне, финансировавшей экспертизу и подтвердившей с ее помощью свою правоту в вопросе о наличии или отсутствии дефектов, понесенных ею расходов за счет другой стороны, то его исключение договором представляется на первый взгляд не вполне логичным и справедливым, что оправдывает, на наш взгляд, запрет такого условия применительно к потребительскому договору. При этом эта некоторая несправедливость не выражена настолько ярко, чтобы были налицо основания для ограничения этого проявления свободы договора применительно к сугубо коммерческому договору.
6. Норма пункта 6 является эксплицитно диспозитивной. Стороны, например, могут исключить право подрядчика, не получившего от заказчика оплату, на продажу созданной вещи третьим лицам и ограничить права подрядчика, создавшего эту вещь, прямым иском о взыскании с заказчика полной цены.
7. Перенос на просрочившего приемку заказчика риска случайной гибели согласно пункту 7 установлен нормой, в которой нет прямой оговорки о праве сторон согласовать иное. В то же время ее диспозитивная природа не вызывает у нас сомнений. Нет достаточно веских оснований, в силу которых такая своего рода санкция не может быть исключена договором.

## **Статья 721. Качество работы**

1. **Качество выполненной подрядчиком работы должно соответствовать условиям договора подряда, а при отсутствии или неполноте условий договора требованиям, обычно предъявляемым к работам соответствующего рода. Если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, результат выполненной работы должен в момент передачи заказчику обладать свойствами, указанными в договоре или определенными обычно предъявляемыми требованиями, и в пределах разумного срока быть пригодным для установленного договором использования, а если такое использование договором не предусмотрено, для обычного использования результата работы такого рода.**
2. **Если законом, иными правовыми актами или в установленном ими порядке предусмотрены обязательные требования к работе, выполняемой по договору подряда, подрядчик, действующий в качестве предпринимателя, обязан выполнять работу, соблюдая эти обязательные требования.**

**Подрядчик может принять на себя по договору обязанность выполнить работу, отвечающую требованиям к качеству, более высоким по сравнению с установленными обязательными для сторон требованиями.**

*Комментарий*

1. Норма пункта 1 эксплицитно диспозитивна.
2. Норма пункта 2 достаточно недвусмысленно указывает на ее полуимперативный характер. Стороны договора могут предусмотреть в нем повышенное по отношению к нормативно установленному уровню качество работ, но не могут согласовать его понижение.

**Статья 722. Гарантия качества работы**

1. **В случае, когда законом, иным правовым актом, договором подряда или обычаями делового оборота предусмотрен для результата работы гарантийный срок, результат работы должен в течение всего гарантийного срока соответствовать условиям договора о качестве (пункт 1 статьи 721).**
2. **Гарантия качества результата работы, если иное не предусмотрено договором подряда, распространяется на все, составляющее результат работы.**

*Комментарий*

1. Норма пункта 1 определяет природу условия о гарантии качества, если таковое включено в договор. Специфика этой нормы исключает ее признание в качестве императивной, так как она просто закрепляет квалифицирующие признаки института гарантии качества, использование или неиспользование которого оставляется на усмотрение сторон.
2. Норма пункта 2 является эксплицитно диспозитивной.

**Статья 723. Ответственность подрядчика за ненадлежащее качество работы**

1. **В случаях, когда работа выполнена подрядчиком с отступлениями от договора подряда, ухудшившими результат работы, или с иными недостатками, которые делают его не пригодным для предусмотренного в договоре использования либо при отсутствии в договоре соответствующего условия непригодности для обычного использования, заказчик вправе, если иное не установлено законом или договором, по своему выбору потребовать от подрядчика:**

**безвозмездного устранения недостатков в разумный срок;**

**соразмерного уменьшения установленной за работу цены;**

**возмещения своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика устранять их предусмотрено в договоре подряда (статья 397).**

2. **Подрядчик вправе вместо устранения недостатков, за которые он отвечает, безвозмездно выполнить работу заново с возмещением заказчику причиненных просрочкой**

**исполнения убытков. В этом случае заказчик обязан вернуть ранее переданный ему результат работы подрядчику, если по характеру работы такой возврат возможен.**

3. **Если отступления в работе от условий договора подряда или иные недостатки результата работы в установленный заказчиком разумный срок не были устранены либо являются существенными и неустранимыми, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных убытков.**
4. **Условие договора подряда об освобождении подрядчика от ответственности за определенные недостатки не освобождает его от ответственности, если доказано, что такие недостатки возникли вследствие виновных действий или бездействия подрядчика.**
5. **Подрядчик, предоставивший материал для выполнения работы, отвечает за его качество по правилам об ответственности продавца за товары ненадлежащего качества (статья 475).**

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 содержит прямую оговорку о ее диспозитивности. И действительно, нет абсолютно никаких оснований жестко блокировать право сторон корректировать тот набор средств защиты, который закон предлагает заказчику на случай обнаружения дефектов в выполненных работах. Например, нет проблем в том, чтобы признать право сторон исключить право заказчика требовать от подрядчика устранения дефектов своими силами и ограничить права заказчика уменьшением цены. Стороны также могут согласовать, что, прежде чем заказчик сможет претендовать на уменьшение цены, он должен вначале потребовать от подрядчика устранения дефектов и дождаться истечения предоставленного ему разумного срока. Нет причин сомневаться и в том, что стороны могут установить пределы возмещения расходов на устранение дефектов силами заказчика.

В то же время в случае явного злоупотребления диспозитивностью этого правила (например, полным исключением всех указанных здесь санкций) и особенно в ситуации заключения договора при неравных переговорных возможностях суды могут заблокировать эти злоупотребления на основании статей 10, 169 и 428 ГК РФ, если они признают, что такого рода условия договора грубо нарушают разумный баланс интересов сторон и вопиюще несправедливы. Кроме того, такое усечение мер защиты, доступных в силу этой статьи заказчику, вряд ли можно признать допустимым, как минимум в части соразмерного уменьшения цены в случае, когда нарушение условий договора носит умышленный характер в силу пункта 4 статьи 401 ГК РФ.

2. Безусловно, предусмотренное нормой пункта 2 право подрядчика исполнить работу заново вместо устранения дефекта может быть исключено договором. Это вытекает не из прямого указания на диспозитивность этой нормы в самом ее тексте, а из ее телеологического толкования. Нет ни одной веской причины, почему стороны договора подряда не могут договориться о том, что заказчик вправе отвергнуть предложение подрядчика о замене дефектного исполнения, дабы не нести связанные с этим издержки и неудобства, и вместо этого сразу же объявить уменьшение цены или отказаться от договора вовсе (при существенности дефектов).

3. Норма пункта 3 устанавливает определенную иерархию средств защиты, предписывая, что заказчик вправе прибегнуть к отказу от договора только после того, как подрядчику будет предоставлен разумный срок на устранение дефектов, кроме случаев, когда дефекты сами по себе существенны и неустранимы. В норме нет оговорки о ее природе, но телеологическое толкование и элементарный здравый смысл подсказывают, что норма носит, как минимум в этой части, диспозитивный характер. Стороны вправе согласовать, что заказчик не вправе отказаться от договора даже по истечении предоставленного подрядчику дополнительного срока на устранение дефектов, если дефекты сами по себе являются несущественными. По большому счету именно такое правило и должно было быть закреплено в ГК РФ. Но раз уж закон устанавливает в этой норме крайне странное правило о том, что предоставление дополнительного срока легитимирует последующий отказ от договора даже тогда, когда нарушение условий о качестве работ было несущественным, то никак нельзя отказать сторонам, разрабатывающим договор, в праве установить применительно к своим отношениям более разумные правила.
4. Норма пункта 4 несколько отличается от общего правила пункта 4 статьи 401 ГК РФ, согласно которому оговорка об освобождении от ответственности не работает в ситуации умышленного нарушения. Вина есть понятие более широкое, чем умысел, так как в силу пункта 1 статьи 401 ГК РФ включает в себя еще и неосторожность. Получается, что почему-то применительно к подрядным договорам закон ограничивает сферу действия договорного условия об освобождении от ответственности. Какого-то политико-правового смысла в такой дифференциации мы не видим, но принимаем ее *de lege lata*. В то же время сам тот факт, что общее правило (пункт 4 статьи 401 ГК РФ) в отношении к подряду подверглось изменению, видимо, достаточно случайно и без каких-то очевидных к тому причин, свидетельствует о том, что ничего сверхпринципиального в таком регулятивном выборе авторов главы ГК РФ о подряде нет и сторонам должно быть предоставлено право устанавливать такую оговорку, согласно которой подрядчик будет освобожден от ответственности и за небрежность в том числе. Исключить же ответственность подрядчика за умышленное нарушение договор в силу той же нормы пункта 4 статьи 401 ГК РФ не может.

При этом у нас нет сомнений, что условие об освобождении подрядчика от ответственности за небрежность не должно признаваться в контексте договоров на выполнение работ, заключенных с потребителем, а также может с учетом конкретных обстоятельств быть заблокировано на основании статей 10, 169 или 428 ГК РФ, если оно включено в договор, в котором заказчик был слабой стороной договора и не мог существенно влиять на его содержание.

Остается сделать лишь одну важную оговорку. В контексте данной статьи под ответственностью, от которой договор может или не может освобождать подрядчика, следует понимать не только такие меры, как взыскание убытков или неустойки. Речь здесь должна идти об ответственности в более широком смысле: о любых установленных в законе средствах защиты прав заказчика (в том числе уменьшении цены, праве требовать устранения дефектов, отказе от договора и т.п.).

5. Как представляется, те из норм о последствиях передачи некачественного товара по договору купли-продажи (статья 475 ГК РФ), которые являются диспозитив-

ными в контексте регулирования купли-продажи, могут быть легко исключены и в рамках подрядного договора. В силу того, что статья 475 ГК РФ нами оценивается как имплицитно диспозитивная в целом, у сторон договора подряда не должно быть проблем в согласовании каких-то иных последствий передачи некачественных материалов. Единственным ограничителем здесь остаются нормы Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», защищающие потребителя от творческих договорных условий, ограничивающих его права, а также судебный *ex post* контроль справедливости договорных условий, который может пресечь явные случаи злоупотребления свободой договора (особенно при наличии слабой стороны договора) на основании норм статей 10, 169 и 428 ГК РФ.

### **Статья 724. Сроки обнаружения ненадлежащего качества результата работы**

- 1. Если иное не установлено законом или договором подряда, заказчик вправе предъявить требования, связанные с ненадлежащим качеством результата работы, при условии, что оно выявлено в сроки, установленные настоящей статьей.**
- 2. В случае, когда на результат работы не установлен гарантийный срок, требования, связанные с недостатками результата работы, могут быть предъявлены заказчиком при условии, что они были обнаружены в разумный срок, но в пределах двух лет со дня передачи результата работы, если иные сроки не установлены законом, договором или обычаями делового оборота.**
- 3. Заказчик вправе предъявить требования, связанные с недостатками результата работы, обнаруженными в течение гарантийного срока.**
- 4. В случае, когда предусмотренный договором гарантийный срок составляет менее двух лет и недостатки результата работы обнаружены заказчиком по истечении гарантийного срока, но в пределах двух лет с момента, предусмотренного пунктом 5 настоящей статьи, подрядчик несет ответственность, если заказчик докажет, что недостатки возникли до передачи результата работы заказчику или по причинам, возникшим до этого момента.**
- 5. Если иное не предусмотрено договором подряда, гарантийный срок (пункт 1 статьи 722) начинает течь с момента, когда результат выполненной работы был принят или должен был быть принят заказчиком.**
- 6. К исчислению гарантийного срока по договору подряда применяются соответственно правила, содержащиеся в пунктах 2 и 4 статьи 471 настоящего Кодекса, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, соглашением сторон или не вытекает из особенностей договора подряда.**

#### *Комментарий*

Все нормы, содержащиеся в этой статье, в силу общей диспозитивной оговорки, содержащейся в пункте 1, являются формально диспозитивными. В то же время нельзя исключить, что эта диспозитивность может быть в ряде случаев усечена, так как образующееся пространство для свободы договора может стать поводом

для злоупотребления правом. Например, вряд ли суд может признать договорное условие, в котором договор, пользуясь прямой диспозитивностью пункта 2 комментируемой статьи, установит в качестве срока обнаружения скрытых дефектов несколько дней или иной явно недобросовестно короткий срок. Такого рода условия суды должны блокировать в рамках своих полномочий, имеющихся в силу статей 10, 169 или 428 ГК РФ в формате *ex post* контроля договорной свободы.

### **Статья 725. Давность по искам о ненадлежащем качестве работы**

- 1. Срок исковой давности для требований, предъявляемых в связи с ненадлежащим качеством работы, выполненной по договору подряда, составляет один год, а в отношении зданий и сооружений определяется по правилам статьи 196 настоящего Кодекса.**
- 2. Если в соответствии с договором подряда результат работы принят заказчиком по частям, течение срока исковой давности начинается со дня приемки результата работы в целом.**
- 3. Если законом, иными правовыми актами или договором подряда установлен гарантийный срок и заявление по поводу недостатков результата работы сделано в пределах гарантийного срока, течение срока исковой давности, указанного в пункте 1 настоящей статьи, начинается со дня заявления о недостатках.**

#### **Комментарий**

Нормы ГК РФ об исковой давности являются строго императивными (статья 198). И в рамках требований, вытекающих из подрядных договоров, эти специальные нормы также должны считаться императивными.

### **Статья 726. Обязанность подрядчика передать информацию заказчику**

**Подрядчик обязан передать заказчику вместе с результатом работы информацию, касающуюся эксплуатации или иного использования предмета договора подряда, если это предусмотрено договором либо характер информации таков, что без нее невозможно использование результата работы для целей, указанных в договоре.**

#### **Комментарий**

Диспозитивность или императивность этой нормы становится вопросом только в ситуации, когда природа информации такова, что без нее невозможно использование результата работ, но стороны почему-то прямо исключили обязанность подрядчика предоставлять такую информацию. Это абсолютно экзотичная ситуация, которая вряд ли может иметь место на практике. Но в целом такое условие, если бы оно встретилось в жизни, должно быть признано незаконным как явно нарушающее разумный баланс интересов и просто противоречащее природе договора подряда. Соответственно, следует признать, что эта норма является императивной.



### **Статья 727. Конфиденциальность полученной сторонами информации**

Если сторона благодаря исполнению своего обязательства по договору подряда получила от другой стороны информацию о новых решениях и технических знаниях, в том числе не защищаемых законом, а также сведения, которые могут рассматриваться как коммерческая тайна (статья 139), сторона, получившая такую информацию, не вправе сообщать ее третьим лицам без согласия другой стороны.

Порядок и условия пользования такой информацией определяются соглашением сторон.

#### *Комментарий*

Норма этой статьи не имеет четко установленной в законе природы. Телеологическое толкование приводит к однозначному выводу о ее диспозитивности. Стороны не могут быть лишены права договориться о том, что полученная подрядчиком техническая информация не подпадает под режим конфиденциальности и может при необходимости свободно предаваться огласке и раскрываться третьим лицам.

### **Статья 728. Возвращение подрядчиком имущества, переданного заказчиком**

В случаях, когда заказчик на основании пункта 2 статьи 715 или пункта 3 статьи 723 настоящего Кодекса расторгает договор подряда, подрядчик обязан возвратить предоставленные заказчиком материалы, оборудование, переданную для переработки (обработки) вещь и иное имущество либо передать их указанному заказчиком лицу, а если это оказалось невозможным, — возместить стоимость материалов, оборудования и иного имущества.

#### *Комментарий*

Норма этой статьи не содержит указания на ее императивность или диспозитивность. В то же время с точки зрения телеологического толкования она, видимо, должна признаваться частично императивной. Условие договора о праве подрядчика, нарушившего договор, безвозмездно присвоить себе материалы и оборудование заказчика носит настолько абсурдный и нелепый характер, что, конечно же, правовая система признать его никак не может. Тем не менее вполне приемлемым было бы указание в договоре на то, что при расторжении договора переданные подрядчику материалы или оборудование остаются у него взамен на установленную в договоре компенсацию или их стоимость засчитывается в счет оплаты той части работ, которая была выполнена подрядчиком ранее и подлежит оплате, несмотря на расторжение.

### **Статья 729. Последствия прекращения договора подряда до приемки результата работы**

В случае прекращения договора подряда по основаниям, предусмотренным законом или договором, до приемки заказчиком результата работы, выполненной подрядчиком (пункт 1 статьи 720), заказчик вправе требовать передачи ему результата незавершенной работы с компенсацией подрядчику произведенных затрат.

*Комментарий*

Норма этой статьи не содержит прямого указания на ее природу. В то же время телеологическое толкование не обнаруживает оснований для признания нормы императивной. Например, нет причин запрещать сторонам договариваться, что при прекращении обязательств в силу наступления невозможности исполнения подрядчик вправе оставить результат незавершенной работы за собой. Равным образом стороны могут, подтвердив право заказчика требовать передачи ему результата незавершенных работ, установить, что заказчик должен возместить подрядчику не только произведенные затраты, но и цену договора пропорционально той части работ, которые подрядчик успел выполнить к моменту прекращения обязательств.

## Глава 39. Возмездное оказание услуг

### Статья 779. Договор возмездного оказания услуг

1. По договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.
2. Правила настоящей главы применяются к договорам оказания услуг связи, медицинских, ветеринарных, аудиторских, консультационных, информационных услуг, услуг по обучению, туристическому обслуживанию и иных, за исключением услуг, оказываемых по договорам, предусмотренным главами 37, 38, 40, 41, 44, 45, 46, 47, 49, 51, 53 настоящего Кодекса.

*Комментарий*

1. В пункте 1 приводятся квалифицирующие признаки договора возмездного оказания услуг. Если заключенный договор противоречит этим признакам, то он является действительным, но должен быть либо отнесен к иной поименованной договорной модели (например, договору подряда), либо признан непоименованным.
2. Норма пункта 2 определяет порядок применения норм этой главы к отдельным видам договоров на оказание услуг и норм, непосредственно регулирующих права и обязанности сторон договора, не содержит.

### Статья 780. Исполнение договора возмездного оказания услуг

**Если иное не предусмотрено договором возмездного оказания услуг, исполнитель обязан оказать услуги лично.**

*Комментарий*

Норма настоящей статьи о недопустимости возложения исполнения своих обязательств исполнителем на третье лицо является эксплицитно диспозитивной.

## Статья 781. Оплата услуг

1. **Заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг.**
2. **В случае невозможности исполнения, возникшей по вине заказчика, услуги подлежат оплате в полном объеме, если иное не предусмотрено законом или договором возмездного оказания услуг.**
3. **В случае, когда невозможность исполнения возникла по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, заказчик возмещает исполнителю фактически понесенные им расходы, если иное не предусмотрено законом или договором возмездного оказания услуг.**

### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 не имеет какого-либо правового смысла, так как она, с одной стороны, подтверждает такой предусмотренный в статье 779 ГК РФ квалифицирующий признак договора возмездного оказания услуг как обязательство по оплате и в этой части носит тавтологичный характер, а с другой стороны, в части упоминания срока и порядка оплаты, которые согласно этой норме якобы указываются в договоре, явно не может толковаться как указывающая на существенность таких условий и незаключенность договора при отсутствии в нем прямого указания на срок и порядок оплаты. Норм, непосредственно регулирующих права и обязанности сторон, этот пункт не содержит.

В то же время надо иметь в виду, что указание в этом пункте на то, что оплате подлежат *оказанные* услуги, отнюдь не означает, что оплата услуг не может быть поставлена в зависимость от достижения исполнителем некоего установленного в договоре результата. Договор оказания услуг может предусматривать как обязательство совершить определенные действия, так и обязательство за счет совершаемых действий достигнуть оговоренный результат (*obligation de résultat*). Если достижение результата полностью зависит от исполнителя (например, подготовка аудиторского заключения по итогам аудиторской проверки), возможность такого условия была прямо признана ВАС РФ в 1999 г. и не ставится под сомнение<sup>18</sup>.

Вопрос возникает применительно к тем случаям, когда достижение указанного в договоре результата зависит от усилий исполнителя лишь частично. На настоящий момент в арбитражной практике однозначно запрещен лишь один вариант такого согласования оплаты (привязка оплаты за правовые услуги к вынесению судом или иным государственным органом указанного в договоре решения — так

---

<sup>18</sup> См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 29.09.1999 № 48. П. 1: «Поскольку стороны в силу статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации вправе определять условия договора по своему усмотрению, обязанности исполнителя могут включать в себя не только совершение определенных действий (деятельности), но и представление заказчику результата действий исполнителя (письменные консультации и разъяснения по юридическим вопросам; проекты договоров, заявлений, жалоб и других документов правового характера и т.д.)».

называемый гонорар успеха)<sup>19</sup>. Иногда высказывается точка зрения, что любой договор оказания услуг не может включать достижение результата в качестве условия для оплаты. К этому неправильному, на наш взгляд, выводу подталкивает Конституционный Суд РФ, который в постановлении от 23.01.2007 № 1-П, признавая конституционным запрет на «гонорар успеха», в мотивировке зачем-то поставил под сомнение возможность включения в предмет любого договора возмездного оказания услуг достижение некоего результата.

В то же время большинство арбитражных судов (за рамками случаев с «гонораром успеха», привязанным к вынесению решения судом или иным государственным органом) такие условия часто признавали, если достижение результата хотя и не гарантировано, но находится в сфере контроля исполнителя и зависит от успешности его действий<sup>20</sup>. Такой подход представляется абсолютно оправданным. При этом, как кажется, суды правомерно отказываются признавать такое условие, когда оплата услуг зависит от наступления обстоятельств, которые непосредственным результатом действий исполнителя не являются и находятся во власти самого заказчика (например, привязка оплаты услуг оценщика или землеустроителя к моменту продажи оцениваемого имущества или сформированного земельного участка заказчиком третьим лицам)<sup>21</sup>. Такого рода условие в данном случае будет не столько премией за успешное достижение результата, сколько постановкой оплаты под потестативное или смешанное отлагательное условие, наступление которого полностью или преимущественно зависит от заказчика. Такого рода условие, действительно, грубо нарушает баланс интересов сторон и оставляет получение кредитором встречного предоставления на полное усмотрение должника.

Кроме того, закрепленная в пункте 1 обязанность оплатить оказанные услуги не должна пониматься как исключаящая возможность заключения договора оказания услуг с условием о внесении абонентской платы. Абонентская модель организации договорных отношений предполагает внесение плательщиком периодической фиксированной платы за право по своему усмотрению требовать получения встречного исполнения в необходимом заказчику объеме (безлимитно или в рамках установленных в договоре лимитов). Соответственно, заказчик обязан вносить

<sup>19</sup> См.: там же. П. 2. Целесообразность такого запрета мы здесь обсуждать не намерены, но можно уверенно говорить о том, что как минимум применительно к случаям, когда заказчиком правовых услуг по судебному представительству выступают граждане (например, по потребительским или деликтным спорам), целесообразность снятия запрета «гонораров успеха» достаточно очевидна (по соображениям необходимости обеспечить эффективный доступ к правосудию для лиц с ограниченными финансовыми возможностями).

<sup>20</sup> См.: постановление Президиума ВАС РФ от 24.01.2012 № 11563/11. В этом деле услуги исполнителя по информационному и консультационному сопровождению процесса внесудебного истребования заказчиком страхового покрытия от страховой компании должны были оплачиваться частично в форме процента от фактически полученной от страховой компании суммы страхового возмещения. ВАС отказал в выплате этого «гонорара успеха», но не потому, что такое условие невозможно, а в силу того, что в деле отсутствовали доказательства наличия причинно-следственной связи между получением заказчиком этого возмещения и усилиями исполнителя. При этом суд прямо признал возможность конструирования договора оказания услуг как по модели оплаты за совершение действий, так и по модели достижения результата. По вопросу о возможности взыскания несудебных «гонораров успеха» см. также: постановление ФАС Московского округа от 31.05.2012 по делу № А40-72263/11-21-611.

<sup>21</sup> См., напр.: постановления Президиума ВАС РФ от 27.10.2009 № 1727/09, от 21.11.2006 № 10166/06; ФАС Северо-Западного округа от 20.01.2011 по делу № А66-4902/2010.

такую плату и тогда, когда он в отчетный период оказания услуг не затребовал (до момента расторжения договора). По такой модели строится оказание услуг во многих секторах оборота (сопровождение спутниковой сигнализации, текущее обслуживание оборудования или программного обеспечения, аварийное обслуживание на дороге, юридические услуги и др.). К сожалению, по вопросу о признании абонентской модели договора возмездного оказания услуг практика арбитражных судов не унифицирована. Некоторые суды такую форму оплаты признают и взимают абонентскую плату даже при отсутствии доказательств затребования заказчиком и получения им услуг исполнителя<sup>22</sup>. Но нередко российские суды со ссылкой на ошибочно императивно толкуемую норму пункта 1 настоящей статьи считают, что условие договора о внесении абонентской платы независимо от фактического оказания услуг в отчетный период является недействительным<sup>23</sup>.

Правовая определенность по вопросу о допустимости такой модели оформления оплаты может быть обеспечена окончательно с принятием поправок в нормы договорного права ГК РФ в связи с идущей на момент написания настоящего комментария реформой гражданского законодательства. В рамках принятого в 2012 г. Государственной Думой Федерального Собрания РФ в первом чтении законопроекта о реформе ГК РФ предлагается включить в текст Кодекса статью 429.3, легализующую абонентскую модель договора<sup>24</sup>.

- 2–3. Нормы пунктов 2 и 3 вполне оправданно носят эксплицитно диспозитивный характер. В частности, из этого вытекает, что стороны вправе в договоре возмездного оказания услуг договориться о том, что при возникновении случайной невозможности исполнения (а) заказчик не должен ничего возмещать исполнителю (то есть этот риск целиком перемещается на исполнителя), (б) заказчик должен возместить исполнителю все убытки, включая упущенную выгоду (то есть этот риск целиком перемещается на заказчика), (в) иным образом оговорить распределение риска (например, согласовать ту или иную форму разделения риска между сторонами)<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> См.: постановления ФАС Уральского округа от 21.03.2006 № Ф09-1859/06-С4 по делу № А60-27946/05-С4; ФАС Северо-Западного округа от 28.10.2013 по делу № А56-37/2013; ФАС Московского округа от 24.08.2006, 30.08.2006 № КГ-А40/7866-06 по делу № А40-37492/05-29-245. Косвенно возможность согласования в договоре оказания услуг абонентской формы оплаты признавалась ВАС РФ в постановлении Президиума ВАС РФ от 15.08.2000 № 2208/00.

<sup>23</sup> См.: постановления ФАС Северо-Западного округа от 22.10.2009 по делу № А66-396/2009; ФАС Центрального округа от 09.08.2006 по делу № А35-6771/04-С9.

<sup>24</sup> В этом законопроекте указано следующее: «1. Договором с исполнением по требованию (абонентским договором) признается договор, предусматривающий внесение одной из сторон (абонентом) определенных, в том числе периодических, платежей или иного предоставления за право требовать от другой стороны (исполнителя) предоставления предусмотренного договором исполнения в затребованном количестве (объеме) либо на иных условиях, определяемых абонентом. 2. Абонент обязан вносить платежи или предоставлять иное исполнение по абонентскому договору независимо от того, было ли затребовано им соответствующее исполнение от исполнителя, если иное не предусмотрено законом или договором».

<sup>25</sup> Наличие этой прямо диспозитивной нормы в отношении договоров возмездного оказания услуг с точки зрения системной логики предоставляет хороший аргумент в пользу очевидного с политико-правовой точки зрения вывода о допустимости согласования сторонами полного или частичного возмещения одной из сторон убытков другой стороны, возникших из-за прекращения обязательств в силу случайной невозможности исполнения, а равно иной формы распределения между сторонами таких убытков.

**Статья 782. Односторонний отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг**

- 1. Заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов.**
- 2. Исполнитель вправе отказаться от исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг лишь при условии полного возмещения заказчику убытков.**

*Комментарий*

1. Норма пункта 1 о праве заказчика немотивированно отказаться от договора при условии оплаты фактически понесенных исполнителем расходов является крайне неудачной. *De lege ferenda* здесь либо должна идти речь не о расходах, а о полном возмещении убытков, включая упущенную выгоду, либо вовсе указано, что при отказе заказчика от договора он должен уплатить исполнителю всю согласованную цену за вычетом экономии исполнителя на расходах, которые ему больше не придется нести из-за прекращения договора<sup>26</sup>.

Но если принять эту норму за нормативную данность, то встает вопрос о ее правовой природе. В норме не содержится эксплицитного указания на ее императивность или диспозитивность. Телеологическое толкование не позволяет выявить убедительных аргументов, в силу которых она могла бы быть признана тотально императивной. Стороны должны иметь право: а) установить в договоре полное возмещение убытков или уплату всей цены за вычетом образующейся экономии исполнителя на расходах в качестве последствия немотивированного отказа заказчика от договора; б) установить конкретный размер платы (компенсации) за отказ; в) полностью исключить право на немотивированный отказ; г) установить мораторий на такой отказ в течение некоторого времени после заключения договора; д) установить «период предупреждения» (то есть установить, что заявление об отказе должно быть сделано не ранее, чем за тот или иной период до предполагаемого момента расторжения договора).

К сожалению, долгие годы российские суды, механически признавая статью 782 ГК РФ императивной, систематически признавали недействительными все подобные попытки сторон отойти от крайне неудачной нормы пункта 1 этой статьи<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Такой подход к расчету компенсации при отказе заказчика от договора реализован в ГК Голландии (статья 7:408 и пункт 2 статьи 7:411), в § 649 Германского гражданского уложения, в § 1168 Австрийского гражданского уложения.

<sup>27</sup> См., напр.: постановление Президиума ВАС РФ от 07.09.2010 № 2715/10. На уровне практики кассационных арбитражных судов имеются десятки постановлений, в которых суды признавали условия договора, отклоняющиеся от норм данной статьи, ничтожными (см.: постановления ФАС Московского округа от 05.08.2013 по делу № А40-61508/12-40-567, от 25.04.2013 по делу № А40-113173/12-162-1075, от 19.02.2013 по делу № А40-60478/12-137-547; ФАС Северо-Западного округа от 12.02.2013 по делу № А05-5697/2012, от 03.05.2012 по делу № А21-2944/2011; ФАС Уральского округа от 11.12.2006 № Ф09-10913/06 по делу № А71-1862/06; ФАС Волго-Вятского округа от 03.02.2010 по делу № А82-3770/2009-8 и многие другие). Такая практика в целом доминировала, хотя, надо признать, в ряде случаев суды выносили более разумные решения и отказывались считать статью 782 ГК РФ строго императивной (см.: постановления ФАС Московского округа от 26.11.2009 № КГ-А40/12271-09 по делу № А40-11716/09-23-136; ФАС Уральского округа от 19.08.2010 № Ф09-6527/10-С3 по делу № А76-35907/2009-50-808/17; ФАС Поволжского округа от 12.05.2010 по делу № А57-20634/2009 и др.).

Ситуация начала меняться лишь с принятием постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах», в котором Пленум ВАС указал на диспозитивность этой нормы ГК (пункт 4).

В случае полной отмены договором права заказчика на немотивированный отказ от договора правовое значение такого условия будет различаться в зависимости от характера услуг. Когда совершение установленных в договоре действий, являющихся предметом оказания услуг, не требует физического их «принятия» конкретным заказчиком и его участия в процессе исполнения (например, правовая экспертиза предъявленного заказчиком проекта договора, обучение на курсах, участие в конференции, подготовка рекламной стратегии, демонстрация фильма в кинотеатре или спектакля, осуществление регулярного авиарейса и т.п.), исполнитель при отмене в договоре права заказчика на немотивированный отказ от него будет вправе игнорировать заявление заказчика об отпадении у него интереса к договору, совершить обещанные действия, несмотря на заявление заказчика об отсутствии у него намерений «принимать» и «потреблять» эти услуги, и вправе требовать внесения полной оплаты.

В тех же ситуациях, когда природа услуг не предполагает возможность совершения соответствующих действий без участия конкретного заказчика (например, медицинские услуги, услуги по психологическому консультированию и т.п.), тот самоочевидный факт, что заказчик не может быть принужден к «принятию» услуг, означает, что отсутствие у заказчика права на отказ от договора приводит к возможности взыскания с него всей цены так и не оказанной услуги за вычетом той экономии, которую получил исполнитель, не неся расходов по исполнению (по модели, принятой в праве Германии, Австрии или Голландии). В такой ситуации результат будет очень похож на то, что мы бы имели, если бы право на отказ от договора у заказчика было сохранено, но обусловлено обязанностью по осуществлению полного возмещения убытков. Однако разница проявит себя при расчете суммы ко взысканию. При взыскании убытков в форме упущенной выгоды бремя доказывания факта ее возникновения, ее размера и причинно-следственной связи будет лежать на исполнителе. В то же время при отсутствии у заказчика права на отказ и взыскании с него согласованной цены, уменьшенной на размер предполагаемой экономии исполнителя на расходах, исполнителю не требуется ничего доказывать, а бремя доказывания наличия у него экономии на расходах, на величину которых может быть уменьшена взыскиваемая договорная цена, будет возложено на заказчика. Соответственно, применительно к такого рода услугам разница между наличием у заказчика права на отказ от договора при указании в договоре на то, что последствием расторжения будет уплата исполнителю всей согласованной цены за вычетом экономии на расходах, с одной стороны, и полным исключением в договоре права заказчика на немотивированный отказ от него будет налицо.

В то же время можно допустить, что ряд из перечисленных проявлений договорной свободы может быть заблокирован в отношении потребительских договоров (или как минимум некоторых категорий таких договоров). Например, могут быть высказаны сомнения в том, что потребительский договор может во всех случаях блокировать право заказчика-потребителя немотивированно отказаться от договора. Безусловно, вопрос о том, в какой степени вполне естественные в сугубо коммерческих отношениях условия, подтверждающие действие принципа недопустимости

произвольного отказа от обязательств, могут быть допущены в контексте потребительского договора, требует дополнительной проработки. Наше предварительное суждение состоит в том, что как минимум применительно ко многим категориям потребительских договоров оказания услуг договорный запрет на немотивированный отказ заказчика от услуг или введение платы за отказ от договора должны считаться вполне допустимыми. Это особенно очевидно, когда исполнитель предоставляет потребителю выбор между двумя вариантами договора (с правом на отказ и без такового). Условие о запрете на отказ, как правило, позволяет исполнителю снизить цену (так как в себестоимость услуги не будут включены издержки на досрочный разрыв отдельных договоров из-за немотивированных отказов потребителей). В итоге услуги без права на отказ, как правило, стоят ниже, чем услуги с таким правом (что может наблюдать любой путешественник при бронировании авиабилетов зарубежных авиакомпаний или гостиничных номеров). Соответственно, наиболее оптимальное решение состоит в том, чтобы потребители имели право выбирать наиболее адекватный для них вариант соотношения права на отказ и цены договора. Те, кто уверен в своем желании получить услугу и ценит скидку в цене выше, чем потерю права передумать, выберут вариант услуги без права на отказ, и наоборот.

Вместе с тем достаточно спорен вопрос о допустимости исключения или существенного ограничения права заказчика, являющегося потребителем, на немотивированный отказ от договора в случае, когда договор носит абонентский характер (то есть предусматривает обязанность по внесению фиксированных периодических платежей независимо от затребования заказчиком соответствующих услуг) и при этом рассчитан на достаточно длительный срок (например, на период более года).

Как бы то ни было, применительно к потребительским договорам этот вопрос о пределах свободы договора требует дополнительного анализа.

Наконец, следует отметить, что даже в контексте бесспорной диспозитивной интерпретации этой нормы применительно к сугубо коммерческим договорам обстоятельства конкретного случая могут указывать на явное злоупотребление свободой договора. Например, мы не исключаем, что суд вправе снизить размер платы за отказ от договора оказания услуг в случае его несоразмерности убыткам исполнителя в ситуациях, когда либо этот размер настолько вопиюще высок, что сам по себе свидетельствует о некоем скрытом пороке воли, либо когда, возможно, не настолько вопиющая, но при этом явная несоразмерность размера платы за отказ сопрягается с тем, что такое условие навязано слабой стороне договора (например, монополистом — во многом зависящему от него или не имеющему реальных возможностей вести с ним переговоры контрагенту). В такого рода ситуациях суды могут блокировать недобросовестные проявления договорной свободы на основе статей 10, 169 и 428 ГК РФ<sup>28</sup>.

2. Норма пункта 2 о праве исполнителя на немотивированный отказ носит также небесспорный характер. Безусловно, в некоторых случаях при нарушении исполнителем своих обязательств по договору неразумно давать заказчику право

<sup>28</sup> На возможность такой *ex post* коррекции свободы договора в части установления платы за отказ от договора прямо указано и в пункте 9 постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах».



на присуждение к исполнению обязательств в натуре и логично ограничивать его средства защиты иском об убытках (например, когда речь идет об услугах, исполнение которых сопряжено с использованием исполнителем-гражданином своих личных и творческих навыков и мастерства, либо об услугах, исполнение которых носит пролонгированный характер и не может осуществляться без активного взаимодействия и сотрудничества с заказчиком). В то же время в некоторых других случаях эти аргументы против реального исполнения не столь очевидны, а у заказчика из-за монопольного статуса исполнителя или наличия иных серьезных препятствий для привлечения иного исполнителя просто нет адекватного выбора, кроме как настаивать на реальном исполнении. В такого рода ситуациях исполнение в натуре может быть признано в целом возможным и реализуемым на стадии исполнения судебного решения за счет начисления судебных штрафов, так называемого астрента<sup>29</sup> или угрозы привлечения к уголовной ответственности за неисполнение судебного акта. В этих случаях фиксация в законе права исполнителя на немотивированный отказ лишает заказчика каких-либо шансов на реальное исполнение, что вряд ли можно признать обоснованным.

Не погружаясь в критику этой нормы, попытаемся определить ее природу. В норме нет прямого указания на ее императивность или диспозитивность, что открывает дорогу телеологическому толкованию. Последнее приводит к тому, что ограничивать договорную свободу и жестко блокировать условия договора, отступающие от этого правила, вряд ли имеет смысл<sup>30</sup>. Такое ограничение свободы договора не может быть оправдано ни публичным интересом, ни интересами третьих лиц. В чем может быть несправедливость такого условия, также не вполне понятно. Стороны, безусловно, могут установить в качестве последствия отказа от договора вместо взыскания в пользу заказчика убытков в полном размере возмещение лишь реального ущерба или только фактически понесенных расходов. Нет сомнений также и в том, что они с учетом сложностей в доказывании убытков вправе установить конкретный размер платы за отказ от договора. Наконец, думается, нет причин запрещать и полную отмену в договоре права исполнителя на отказ от договора. Безусловно, включение в договор такого условия имеет смысл только в тех случаях, когда право дает заказчику возможность истребовать исполнение в натуре.

В то же время очевидно, что, как и в любой иной ситуации, в этом вопросе стороны в конкретных обстоятельствах могут злоупотребить свободой договора. Но для такого рода экстремальных ситуаций существуют нормы статей 10, 169 и 428 ГК РФ, дающие суду право на осуществление *ex post* контроля справедливости и добросовестности договорных условий.

## **Статья 783. Правовое регулирование договора возмездного оказания услуг**

**Общие положения о подряде (статьи 702–729) и положения о бытовом подряде (статьи 730–739) применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не проти-**

---

<sup>29</sup> *О праве на взыскание астрента за неисполнение судебного решения см.: постановление Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 22. П. 3.*

<sup>30</sup> *На диспозитивную природу этой нормы теперь прямо указывает пункт 4 постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договоре и ее пределах».*

воречит статьям 779–782 настоящего Кодекса, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг.

### *Комментарий*

Эта норма не регулирует права и обязанности сторон договора непосредственно, а определяет применимость к договорам оказания услуг норм о подряде. Очевидно, что природа нормы в силу ее функциональной направленности носит сугубо императивный характер.

## **Глава 24. Перемена лиц в обязательстве**

### **§ 1. Переход прав кредитора к другому лицу (в ред. Федерального закона от 21.12.2013 № 367-ФЗ)**

#### **1. Общие положения**

#### **Статья 382. Основания и порядок перехода прав кредитора к другому лицу**

1. **Право (требование), принадлежащее на основании обязательства кредитору, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или может перейти к другому лицу на основании закона.**
2. **Для перехода к другому лицу прав кредитора не требуется согласие должника, если иное не предусмотрено законом или договором.**

Если договором был предусмотрен запрет уступки, сделка по уступке может быть признана недействительной по иску должника только в случае, когда доказано, что другая сторона сделки знала или должна была знать об указанном запрете.

Предусмотренный договором запрет перехода прав кредитора к другому лицу не препятствует продаже таких прав в порядке, установленном законодательством об исполнительном производстве и законодательством о несостоятельности (банкротстве).

3. **Если должник не был уведомлен в письменной форме о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных этим неблагоприятных для него последствий. Обязательство должника прекращается его исполнением первоначальному кредитору, произведенным до получения уведомления о переходе права к другому лицу.**
4. **Первоначальный кредитор и новый кредитор солидарно обязаны возместить должнику — физическому лицу необходимые расходы, вызванные переходом права, в случае, если уступка, которая повлекла такие расходы, была совершена без согласия должника. Иные правила возмещения расходов могут быть предусмотрены в соответствии с законами о ценных бумагах.**

*Комментарий*

1. Пункт 1 признает оборотоспособность обязательственных прав. Следует заметить, что эта норма говорит о возможности уступки принадлежащего кредитору права, подразумевая под уступкой факт отчуждения права. Это значит, что применительно к уступке на основании договора следует различать саму уступку (цессию) как сам факт распоряжения правом, с одной стороны, и договор, на основании которого такая уступка совершается, — с другой. Это может быть и договор дарения права (пункт 1 статьи 572 ГК РФ), и договор отчуждения права за денежную плату (с применением норм о купле-продаже — в силу пункта 4 статьи 454 ГК РФ), и договор факторинга (статья 824 ГК РФ), и договор отчуждения права в обмен на неденежное встречное предоставление<sup>31</sup>. Норм, регулирующих права и обязанности сторон такого договора, этот пункт не содержит.

ГК РФ допускает заключение договоров, согласно которым подлежит уступке право, не принадлежащее цеденту в момент заключения договора, но теоретически способное возникнуть у него в будущем (статья 388.1). Соответственно, отсутствие у цедента права не ставит под сомнение действительность договора, если только речь не идет о мнимости договора, при заключении которого обе стороны на самом деле не намеревались осуществить уступку. Если согласно прямому указанию в договоре уступка происходит позднее, чем момент заключения договора (например, поставлена под отлагательное условие или срок либо должна осуществляться отдельной распорядительной сделкой), требование о наличии у цедента уступаемого права должно соблюдаться на момент наступления условия/срока или осуществления распорядительного волеизъявления. При отсутствии на этот момент подлежащего уступке права у цедента распорядительный эффект не действует, но договор сохраняет свою силу и цессионарий имеет право на иск о взыскании убытков (или неустойки). В случае постановки распоряжения под отлагательное условие (например, внесение цессионарием оплаты) суды должны исходить из того, что договор, хотя прямо и не закреплял, но подразумевал обязательство цедента уступить цессионарию права (то есть переквалифицировать содержащееся в договоре распоряжение под условием в обязательство распорядиться), вслед за этим фиксируя нарушение этого обязательства и привлекая цедента к ответственности за его неисполнение.

Если договор, на основании которого происходит уступка, и само распорядительное волеизъявление совпадают по времени (согласно пункту 2 статьи 389.1 ГК такое совпадение установлено в качестве общего правила) и при этом в договоре цедент не обязуется уступить, а объявляет право уступленным в момент заключения договора, то отсутствие у цедента права лишает правового эффекта именно распоряжение, но не приводит к недействительности договора в целом (если цессионарий не знал об отсутствии у цедента права и речь не идет о мнимости договора). В частности, цессионарий сохраняет право требовать взыскания убытков или неустойки за нарушение договора. Для такого вывода опять же потребуются признать наличие в договоре подразумеваемого обязательства уступить.

---

<sup>31</sup> При заключении договора, в котором отсутствует указание на возмездность уступки и (или) цена, но при этом нет и прямого указания на безвозмездность, возмездный характер договора должен предполагаться (пункт 3 статьи 423 ГК РФ). Размер денежного вознаграждения цедента в данном случае должен определяться на основании пункта 3 статьи 424 ГК РФ (см.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120. П. 9).

В принципе, на наш взгляд, эти же выводы можно сделать и в ситуации, когда на момент заключения договора право принадлежало другому лицу (как минимум если нет оснований для признания договора мнимым). Если распоряжение должно происходить позднее заключения договора, у cedenta имеется время на то, чтобы выкупить это право у текущего обладателя и уступить его во исполнение своего обязательства цессионарию. Именно на это и направлена воля сторон договора, по которому cedent обязуется уступить цессионарию право, принадлежащее на момент заключения этого договора третьему лицу.

2. Абзац 1 пункта 2 содержит прямо диспозитивную норму: для уступки по общему правилу не требуется согласие должника, но иное не согласовано в договоре. В договоре может быть предусмотрено, что уступка прав по нему может осуществляться только с согласия должника. По смыслу этой нормы она же должна применяться и тогда, когда в договоре между должником и cedentом закреплены не абсолютный запрет уступки без согласия должника, а некие иные ограничения (например, по персоналиям возможных цессионариев).

Последствия уступки в нарушение такого запрета предусмотрены в абзаце 2 данного пункта, а также в пункте 3 статьи 388 ГК РФ.

В абзаце 2 пункта 2 установлено правило об оспоримости уступки (если доказано, что цессионарий знал или должен был знать о таком условии договора cedenta с должником). Закон не ограничивает защиту должника правом на иск о взыскании убытков с кредитора, нарушившего негативное обязательство воздерживаться от несогласованной уступки, а идет дальше: должнику предоставляется абсолютная защита и допускается противопоставление таких договорных ограничений на уступку цессионарию как лицу, которое в этом договоре не участвует. Цель нормы состоит, во-первых, в обеспечении повышенной защиты должника от согласованного с ним изменения субъектного состава обязательственных отношений, а во-вторых, в противодействии недобросовестному поведению потенциального цессионария и лишения его стимулов к провоцированию кредитора нарушать условия своего договора с должником. Если несогласованная с должником цессия может быть оспорена, то это де-факто дает должнику право вето на отчуждение кредитором прав по договору (с учетом того, что в большинстве случаев знание цессионарием о наличии в договоре таких ограничений на уступку доказать будет достаточно легко).

Идет ли в этой норме речь об оспоримости договора об уступке или распорядительной сделки, совершенной на основании этого договора? Думается, наиболее разумным следует считать подход, при котором по общему правилу оспоримым будет признаваться само распоряжение, а договор об уступке сохранит силу, что даст возможность цессионарию привлечь cedenta к ответственности за нарушение договора. Если распоряжение по договору должно осуществляться позднее его заключения (например, при наступлении отлагательного условия или на основе отдельного распорядительного волеизъявления), отсутствие согласия должника на момент заключения договора не означает, что такое согласие не может быть получено позднее, к моменту самого распоряжения. Если оно все-таки не было получено, то распоряжение может быть оспорено, но цессионарий в этом случае сможет взыскать с cedenta убытки за нарушение договора. Если же договор

об уступке и само распоряжение предполагаются одномоментными и на момент заключения договора об уступке нет согласия должника, но цессионарий был добросовестен (например, полагался на заверения cedenta о получении согласия должника или ознакомился с соответствующим представленным cedентом письмом должника, впоследствии оказавшимся поддельным или не имеющим юридической силы по иным основаниям), то также нет оснований для аннуляции договора; соответственно, цессионарий сохраняет право взыскать с cedента убытки. Если в такой ситуации цессионарий был недобросовестным и осознанно шел на заключение договора, предполагающего одномоментный переход права, зная об отсутствии согласия должника, то логичнее признавать недействительным весь договор.

В предусмотренной в этом абзаце норме, закрепляющей оспоримость уступки, совершенной в нарушение установленных в договоре запретов или ограничений, нет прямого текстуального указания на ее природу. Является ли она имплицитно диспозитивной или существуют весомые политико-правовые факторы, которые могут обусловить ее императивность? Думается, что ответ на этот вопрос с точки зрения телеологического толкования должен быть дифференцирован.

Эта норма должна считаться императивной в том смысле, что она не допускает установление в договоре режима ничтожности уступки, совершенной в нарушение договорных запретов или ограничений. Этот вывод предопределен соображениями защиты интересов добросовестного цессионария. Ведь исключение договором правового значения его добросовестности, вытекающее из замены оспоримости на ничтожность, серьезно ущемляет права цессионария. Норма явно направлена на защиту его интересов, которая будет крайне затруднена, если бы норма допускала установление соглашением между должником и кредитором режима ничтожности уступки, совершенной в нарушение запрета.

В то же время эта норма должна считаться диспозитивной в той ситуации, когда в договоре между должником и cedентом стороны исключают недействительность в качестве санкции за нарушение договорных запретов или ограничений на уступку и прямо предусматривают в качестве единственного доступного должнику средства защиты взыскание убытков (или неустойки) за нарушение кредитором соответствующего обязательства воздерживаться от уступки. На это можно выдвинуть то возражение, что договор не может исключать недействительность сделки, установленную законом. Как представляется, такое возражение носит сугубо догматический характер, противоречащий цели этой нормы. Если бы сам запрет на уступку был установлен в законе, то у нас, действительно, было бы меньше оснований признавать возможность исключения такого последствия нарушения запрета. Но так как речь здесь идет о запрете, введенном самим договором во имя интересов должника, должно быть признано право в договоре между кредитором и должником установить менее жесткие последствия нарушения запрета. К такому выводу приводит телеологическое толкование *a fortiori* (по принципу «тем более»): если по общему правилу цессия без согласия должника допустима и не влечет никаких санкций в отношении cedента и цессионария, но право допускает в целях защиты интересов должника установление в договоре запрета, предполагающего недействительность совершенной цессии, то тем более оно должно допускать соглашение сторон об

установлении договором такого запрета, нарушение которого предполагает менее жесткие последствия такой уступки. Если позволено большее, то не запрещается и меньшее.

Норма абзаца 3 этого пункта, исключая применение правила об оспоримости противоречащей договорному запрету уступки в случае продажи прав кредитора в рамках исполнительного производства или дела о банкротстве, не содержит явного атрибута императивности или диспозитивности. В то же время телеологическое толкование не оставляет сомнений, что она должна считаться императивной, так как именно такая ее природа предопределяется ее целью, которой является обеспечение интересов третьих лиц (кредиторов того контрагента, которому договор ограничивает права на уступку). Если бы договорные запреты или ограничения уступки действовали бы и на стадии банкротства управомоченного лица, это лишало бы данное право характеристики актива, попадающего в конкурсную массу, и лишало бы кредиторов возможности удовлетворить свои требования из продажной стоимости этого права. Очевидно, что в подобного рода случаях частный интерес должника в блокировании цессии должен уступать более весомым интересам кредиторов контрагента.

3. Норма пункта 3 о том, что осуществление должником, не уведомленным об уступке, исполнения в адрес cedenta является правомерным, не содержит прямого указания на ее природу. Телеологическое толкование приводит к следующему выводу. В той части, в которой в договоре между cedentом и цессионарием стороны могут попытаться ухудшить положение должника (например, исключив предусмотренную в этом пункте гарантию правомерности исполнения в пользу cedenta при отсутствии уведомления об уступке), эта норма должна считаться императивной. Cedent и цессионарий не могут своим договором вторгнуться в правовую сферу должника. Такая императивность вытекает из природы этой нормы закона, гарантирующей права и интересы третьего лица (должника, не участвующего в сделке, на основании которой происходит уступка). При этом, конечно же, если в договоре уступки стороны не затронули права должника, а просто перераспределили между собой риски учинения должником исполнения в пользу cedenta, такое условие должно считаться действительным.
4. Те же соображения, которые подкрепляют вывод об императивности нормы пункта 3 комментируемой статьи, в полной мере применимы и в отношении телеологического толкования нормы пункта 4 в той мере, в которой речь идет о попытке обойти данное правило сторонами договора об уступке. Стороны такого договора не вправе отменить те гарантии, которые закон предоставляет должнику, не участвующему в договоре.

В то же время эта норма должна считаться диспозитивной в той мере, в которой отступление от нее предусмотрено в договоре между должником и cedentом. Если в договоре, из которого собственно уступаемое право изначально возникло, стороны договорились о том, что при уступке кредитором своего права третьим лицам должник не претендует на возмещение расходов, то такое условие должно быть признано, так как в данной ситуации отсутствует убедительное политико-правовое основание для ограничения такого проявления свободы договора.

## **Статья 383. Права, которые не могут переходить к другим лицам**

**Переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности требований об алиментах и о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, не допускается.**

### *Комментарий*

Из буквального прочтения этой нормы следует, что она не допускает как переход таких прав в рамках наследования (см. также статью 1112 ГК РФ), так и их добровольное отчуждение на основании сделки. Насколько оправданно такого рода ограничение оборота обязательственных прав (например, прав на возмещение вреда жизни и здоровью), вопрос дискуссионный. Мы лично не видим серьезных причин для такого жесткого блокирования оборота. Но *de lege lata* с этим выбором законодателя спорить сложно. Норма выражена как императивный запрет. Из ее смысла однозначно вытекает, что кредитор и цессионарий при всем желании никак не могут отменить этот законодательный запрет.

Но может ли такой запрет быть исключен соглашением между должником и кредитором или отдельно выраженным согласием должника? Ответ на этот вопрос зависит от понимания цели данного запрета. В норме говорится о неразрывной связи уступаемого права и личности кредитора. Но что это значит? Если под неразрывной связью понимается наличие особого морального значения личности кредитора для существования обязательства, то цель нормы состоит в защите интересов именно должника. И с точки зрения цели данной нормы согласие должника должно открывать зеленую улицу уступке таких прав. Если же цель нормы состоит в тотальном блокировании оборота вопреки воле всех заинтересованных лиц (жесткий патернализм), то тогда переход прав невозможен и при наличии согласия должника. Никаких убедительных политико-правовых резонансов в пользу последнего решения мы не видим. Тем не менее, судя по всему, воля законодателя состояла именно в таком иррациональном жестком блокировании оборота. На это указывает сама безапелляционная редакция данной нормы, а также косвенно — наличие в ГК РФ пункта 2 статьи 388, согласно которому уступка права по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника, вполне возможна, если на то имеется согласие должника. Иначе говоря, закон различает права, неразрывно связанные с личностью кредитора (комментируемая статья), и права, в которых личность кредитора имеет существенное значение (пункт 2 статьи 388 ГК РФ). В отношении первых предполагается жесткий императивный запрет перехода прав, в отношении вторых — относительный запрет, снимаемый согласием должника. На наш взгляд, эта дифференциация не имеет достаточных существенных оснований и в целом искусственна. Как минимум определить, в чем состоит суть этого различия, непросто.

## **Статья 384. Объем прав кредитора, переходящих к другому лицу**

- 1. Если иное не предусмотрено законом или договором, право первоначального кредитора переходит к новому кредитору в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права. В частности, к новому кредитору переходят права,**

обеспечивающие исполнение обязательства, а также другие связанные с требованием права, в том числе право на проценты.

2. **Право требования по денежному обязательству может перейти к другому лицу в части, если иное не предусмотрено законом.**
3. **Если иное не предусмотрено законом или договором, право на получение исполнения иного, чем уплата денежной суммы, может перейти к другому лицу в части при условии, что соответствующее обязательство делимо и частичная уступка не делает для должника исполнение его обязательства значительно более обременительным.**

### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 об объеме уступаемых прав носит диспозитивный характер, так как в ней содержится прямое указание на право сторон согласовать иное. Это касается и нормы второго предложения данного пункта об автоматическом переходе к цессионарию аксессуарных прав (залог, проценты, убытки, неустойка и т.п.). В то же время эта диспозитивность с точки зрения телеологического толкования должна быть ограничена. Стороны могут с учетом ограничений, содержащихся в пунктах 2 и 3 этой статьи, договориться об уступке прав в меньшем объеме, а cedent осуществить такое распоряжение частью своего права. Но стороны никак не могут договориться о том, что уступка перенесет на цессионария права в большем объеме, чем имеется у cedent. Точнее, возложить на cedent такое обязательство стороны договора об уступке могут, но никакие условия договора или содержание отдельного распорядительного волеизъявления cedent на сей счет не смогут привести к тому, что при распоряжении произойдет приращение объема прав.

Кроме того, из диспозитивной оговорки в этом пункте следует, что в договоре между должником и cedentом, не запрещающем и не ограничивающем саму возможность уступки основного права, может быть введено ограничение или запрет на частичную уступку или сепаратную передачу третьим лицам прав на производные требования (проценты, пени, убытки и т.п.). При нарушении таких запретов или ограничений должны применяться общие нормы пункта 2 статьи 382 и пункта 3 статьи 388 ГК РФ.

Также очевидно, что усеченный объем уступаемых прав (частичная уступка) или непереход к цессионарию производных или обеспечительных прав может быть прямо прописан и в договоре между cedentом или цессионарием.

2. Норма пункта 2, признавая законность уступки части денежного требования, подтверждает действие принципа свободы договора, но оставляет нерешенным крайне важный вопрос о последствиях такой уступки при наличии в договоре между cedentом и должником запрета или ограничения на частичную уступку. Как уже было выше отмечено, допустимость частичной уступки является по общему правилу имплицитно диспозитивной. К такому выводу приводит не столько телеологическое толкование, сколько толкование, основанное на соображениях системной логики. В условиях наличия в пункте 2 статьи 382 ГК РФ нормы, легализующей условия договора о запрете или ограничениях уступки в целом, логично предположить, что а fortiori (тем более) допускаются и аналогичные ограничения на



частичную уступку или запреты оной. Другое дело, что последствия нарушения таких запретов или ограничений (только лишь иск об убытках или оспаривание самой сделки цессии) регулируются отдельными нормами (как нормой пункта 2 статьи 382, так и нормой пункта 3 статьи 388 ГК РФ).

3. Норма пункта 3, которая вводит дополнительные условия допустимости частичной уступки в отношении неденежных требований, носит диспозитивный характер в силу прямого на то указания в законе. При этом такая диспозитивная оговорка должна пониматься несколько ограничительно с учетом того, какое из упомянутых в норме условий исключается/изменяется договором, и того, о каком договоре идет речь. В той части, в которой речь идет о возможности исключить договором делимость обязательства как условие допустимости частичной уступки, эта норма должна считаться императивной, так как это недвусмысленно вытекает из ее природы и порядка вещей. Невозможно уступить часть права, когда оно не может быть разделено на части. И этот вывод справедлив как в отношении попыток исключения данного условия договором между должником и цедентом, так и в отношении договора между цедентом и цессионарием.

В той же части, в которой речь идет о втором упомянутом в норме условии (значительная обременительность для должника), ситуация несколько сложнее. Очевидно, что норма должна считаться диспозитивной в отношении договора между должником и цедентом. Нет никаких оснований запрещать условие договора между должником и цедентом о том, что частичная уступка допускается независимо от того, что это влечет для должника возникновение каких-либо дополнительных расходов (например, по сепаратной транспортировке груза в адрес различных получателей). Соответствующие риски появления нескольких адресатов отгрузки будут просто заложены в цену товара. Но этот вывод с точки зрения системной логики справедлив ровно в той степени, в которой закон допускает установление в договоре права на одностороннее изменение условий договора (ведь очевидно, что в большинстве случаев такая частичная уступка повлечет изменение условий договора о месте исполнения и ряда иных его условий). В связи с этим в силу статьи 310 ГК РФ такое условие договора между должником и цедентом не может быть признано в ситуации, когда должником является гражданин, а цедентом — предприниматель. Применительно же к ситуации, когда участниками исходного договора являются предприниматели и запрет, предусмотренный в статье 310 ГК РФ, не работает, условие о допустимости частичной уступки вне зависимости от возникновения у должника значительных расходов должно признаваться. Этот вывод тем более очевиден в ситуации, когда в договоре предусмотрено, что цедент возместит должнику все возникающие в связи с такой частичной уступкой расходы.

В том случае, когда речь идет о договоре между цедентом и цессионарием, не менее очевидно, что норма закона о недопустимости частичной уступки, которая влечет значительный рост издержек должника, не может быть исключена договором. Такой вывод вытекает из того, что императивность данной нормы в этом контексте обеспечивает охрану интересов должника как третьего лица, не участвующего в договоре об уступке. Соответственно, в отношении такого варианта отступления от данной нормы она должна считаться императивной.

**Статья 385. Уведомление должника о переходе права**

- 1. Уведомление должника о переходе права имеет для него силу независимо от того, первоначальным или новым кредитором оно направлено.**

Должник вправе не исполнять обязательство новому кредитору до предоставления ему доказательств перехода права к этому кредитору, за исключением случаев, если уведомление о переходе права получено от первоначального кредитора.

- 2. Если должник получил уведомление об одном или о нескольких последующих переходах права, должник считается исполнившим обязательство надлежащему кредитору при исполнении обязательства в соответствии с уведомлением о последнем из этих переходов права.**
- 3. Кредитор, уступивший требование другому лицу, обязан передать ему документы, удостоверяющие право (требование), и сообщить сведения, имеющие значение для осуществления этого права (требования).**

*Комментарий*

1. Нормы пункта 1 настоящей статьи не содержат прямого указания на их императивную или диспозитивную природу. Это открывает доступ к телеологическому толкованию. Здесь нужно определить, в каком договоре возможно изменить эти правила. Их функциональная направленность состоит в обеспечении интересов должника, не участвующего в договоре об уступке. Соответственно, любые условия договора об уступке, которые будут ущемлять интересы должника, обеспечиваемые правилами пункта 1 комментируемой статьи, должны считаться недействительными, а сами эти правила в данном контексте — императивными.

Но если речь идет об изменении этих правил договором между цедентом и должником, то основания для тотально императивной интерпретации отпадают, так как в значительной степени исчезают основания для ограничения свободы договора. Если представить себе наиболее вероятные формы отклонения условий договора от предписанных настоящим пунктом правил, то вывод о диспозитивной интерпретации подтверждается. Например, если в таком договоре предусмотрено, что должник вправе не платить цессионарию, пока не получит уведомления от своего изначального кредитора (независимо от представления ему цессионарием доказательств состоявшейся уступки), то это условие должно признаваться судами, если доказано, что цессионарий знал или должен был знать о наличии такого условия в договоре между должником и цедентом. В данном случае это знание должно было простимулировать цессионария убедиться в том, что цедент направил соответствующее уведомление должнику. Соответственно, такое условие должно быть признано законным, но противопоставимым цессионарию только в той мере, в которой цессионарий знал или должен был о нем знать.

2. Норма пункта 2 может вызвать некоторые сомнения в ее интерпретации. Наиболее разумное ее понимание состоит в том, что она устанавливает правила об обязанностях должника в случае последовательной цепочки уступок (одной или нескольких последующих уступок). Если это так, то, по сути, данная норма не привносит

в правовой режим цессии ничего нового, а лишь подтверждает действие общих правил, гарантирующих права должника. Соответственно, здесь нужно применить все те выводы о природе правил об уведомлении должника, которые были сделаны нами выше применительно к пункту 1.

3. Норма пункта 3 об обязанности cedentа передать цессионарию связанные с требованием документы и его информационных обязанностях не содержит прямого указания на ее природу. Телеологическое толкование приводит к выводу о ее диспозитивности. Нет веских причин, по которым стороны договора об уступке должны быть лишены возможности исключить перечисленные обязанности или видоизменить их. Например, стороны могут предусмотреть передачу цессионарию лишь части из соответствующих документов или передачу таких документов только при возникновении судебного иска цессионария к должнику и возникновении необходимости их представления в суд. Равным образом они вовсе могут исключить передачу таких документов в силу, например, их отсутствия (например, если сам изначальный договор заключался в устной форме или в случае утери этих документов к моменту заключения договора об уступке). Отсутствие подтверждающих долг документов как фактор, снижающий по общему правилу вероятность судебного взыскания уступаемого долга, безусловно, скажется на размере дисконта к цене уступаемого права. Так что для вмешательства права в сферу автономии воли сторон в этом вопросе нет достаточных оснований.

### **Статья 386. Возражения должника против требования нового кредитора**

**Должник вправе выдвигать против требования нового кредитора возражения, которые он имел против первоначального кредитора, если основания для таких возражений возникли к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству к новому кредитору.**

#### *Комментарий*

Закон не уточняет природу этой нормы. Ее телеологическое толкование достаточно очевидно указывает на то, что в договоре между cedentом и цессионарием стороны не могут исключить ее применение или иным образом усесть права должника (так как норма предоставляет права должнику, который в договоре об уступке не участвует).

Но применительно к перспективам отступления от этой нормы в договоре между должником и cedentом ситуация куда более сложная.

С одной стороны, в таком контексте вывод о ее диспозитивности может быть подкреплен тем, что подобное условие не ущемляет публичные интересы или интересы третьих лиц, а слабая сторона договора может в конкретной ситуации и отсутствовать. Кроме того, у такого рода условий, защищающих цессионария от возражений должника, имеется очевидная экономическая логика — повышение ликвидности обязательственных прав и их продажной стоимости.

С другой стороны, условие договора между должником и cedentом, согласно которому должник лишается права выдвигать против цессионария возражения, выте-

кающие из отношений должника с цедентом, может быть расценено как настолько несправедливое и разрывающее структуру комплексной договорной связи, что это будет грубым попранием представлений о минимальном уровне баланса интересов сторон договора. Вопрос о допустимости такого «абстрагирования» отдельных договорных обязательств путем их уступки при наличии согласия на то со стороны должника требует дополнительного глубокого изучения. При этом очевидно, что такое согласие, данное должником *ex post*, является несколько меньшей проблемой. В конечном итоге стороны могут попросту новировать изначальное обязательство в вексельный долг, что позволит кредитору в силу норм вексельного законодательства уступить право третьему лицу как абстрактное требование и защитить нового кредитора от возражений должника, вытекавших из его отношений с прежним кредитором. Но возможно ли расширение этой же логики за рамки специфического вексельного контекста и допущение предоставления должником своего согласия на такое «абстрагирование» *ex ante* в самом договоре? От ответа на эти вопросы зависит вывод о природе обсуждаемой нормы закона.

Не делая окончательный вывод, допускаем, что ответ должен быть дифференцирован в зависимости от природы исключаемых за счет уступки возражений. Некоторыми возражениями должник может вполне поступиться, поставив эффект лишения себя таких возражений под условие уступки. Тем самым стороны в договоре привяжут возможность этих возражений к отношениям строго с изначальным кредитором. Подобный отказ от права на возражения при уступке должен допускаться как минимум в той мере, в которой допускается в принципе *ex ante* отказ от прав на такое возражение. Например, в силу статьи 411 ГК РФ договором может быть ограничено право на зачет, а статья 328 в силу прямой диспозитивной оговорки (пункт 4) допускает исключение договором права на приостановление встречного исполнения при просрочке, допущенной контрагентом. Раз от такого рода возражений лицо может в силу прямого указания в договоре отказаться в целом, то нет сомнений в том, что отказ от права заявлять подобные возражения может быть в договоре поставлен под отлагательное условие уступки кредитором своих прав в пользу третьего лица. Этот вывод тем более очевиден в ситуации, когда в договоре с должником цедент обязался возместить должнику все убытки, вызванные утратой возможности заявлять цессионарию возражения, основанные на отношениях должника с цедентом.

В то же время есть такие возражения, отказ от которых в договоре нашим правом однозначно не допускается *de lege lata* (например, возражение об исковой давности)<sup>32</sup>. Соответственно, с точки зрения системной логики вряд ли может быть признан и отказ от такого возражения под условием уступки. При этом данный вывод вряд ли может поколебать и наличие в договоре между должником и цедентом условия

<sup>32</sup> Формально говоря, ГК РФ однозначно запрещает только соглашения об изменении сроков давности и порядке их исчисления, а также достаточно недвусмысленно запрещает менять договором правила о приостановлении и перерыве срока давности (статья 198). В то же время из этого *a fortiori* (тем более) следует, что стороны не могут заранее вовсе исключить право должника заявлять в суде возражения об истечении давности. Политико-правовые основания для такой жесткой императивности норм о давности могут быть предметом обсуждения *de lege ferenda*. Но достаточно очевидно, что с точки зрения системной логики вряд ли возможно обсуждать *de lege lata* допустимость заранее согласованного отказа от возражения об истечении давности в условиях, когда действующий закон однозначно запрещает изменение договором таких технических аспектов режима давности, как сроки давности и порядок их исчисления.

о возмещении должнику всех убытков, вызванных утратой прав на возражения при уступке.

Подводя итог, следует заметить, что норма о праве должника заявлять цессионарию возражения, основанные на отношениях должника и цедента, является диспозитивной применительно к тем возражениям, отказ от которых возможен в принципе по причине диспозитивности тех норм закона, из которых право на такое возражение вытекает, а равно в ситуации изначального установления прав на такое возражение самим договором. Но одновременно обсуждаемая норма должна считаться императивной применительно к тем возражениям, исключение которых договором в принципе невозможно.

## 2. Переход прав на основании закона

### Статья 387. Переход прав кредитора к другому лицу на основании закона

1. Права кредитора по обязательству переходят к другому лицу на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств:
  - 1) в результате универсального правопреемства в правах кредитора;
  - 2) по решению суда о переводе прав кредитора на другое лицо, если возможность такого перевода предусмотрена законом;
  - 3) вследствие исполнения обязательства поручителем должника или не являющимся должником по этому обязательству залогодателем;
  - 4) при суброгации страховщику прав кредитора к должнику, ответственному за наступление страхового случая;
  - 5) в других случаях, предусмотренных законом.
2. К отношениям, связанным с переходом прав на основании закона, применяются правила настоящего Кодекса об уступке требования (статьи 388–390), если иное не установлено настоящим Кодексом, другими законами или не вытекает из существа отношений.

#### *Комментарий*

Настоящая статья предусматривает случаи, при которых права переходят к третьему лицу в силу закона. Допускается ли установление в договоре между должником и кредитором ограничений на такого рода замену кредитора? Включение в договор условий, запрещающих или ограничивающих переход прав кредитора, по общему правилу (пункт 2 статьи 382 ГК РФ) и за рядом исключений (пункт 3 статьи 388 ГК РФ) может стать основанием для оспаривания сделки цессии. Но как быть, если уступка осуществляется не путем совершения распорядительной сделки цессии (то есть волеизъявления), а в силу прямого указания закона? Применимость пра-

вил пункта 2 статьи 382 ГК РФ в такой ситуации может вызвать сомнения, так как режим оспоримости при буквальном прочтении этой нормы применим к сделкам, в то время как при уступке на основании закона сама замена кредитора происходит автоматически, независимо от воли cedenta или цессионария.

В то же время, как нам представляется, и в данном случае можно задуматься над допущением оспаривания, но не распорядительной сделки цессии, а указанного в законе эффекта перехода прав, если сам этот переход хотя и произошел автоматически в силу указания в законе, но является непосредственным правовым следствием некой ранее заключенной сделки между правопреемником и правопреступником (например, договор поручительства, залога от третьего лица или страхования). При этом нормы об оспаривании сделки (например, о сроке исковой давности) вполне могут быть применены по аналогии закона к оспариванию такой замены кредитора.

При реализации такого подхода, если, например, договор между сторонами, одной из которых является гражданин, запрещал уступку (такой запрет в силу пункта 2 статьи 382 ГК РФ дает основание для оспаривания уступки), то этот запрет, согласованный ранее момента заключения договора поручительства, не может быть обойден кредитором путем заключения договора поручительства без согласия должника и суброгации права к исполнившему обязательство должника поручителю. Должник в такой ситуации вправе заявить в течение срока давности иск об оспаривании перехода прав к поручителю, если докажет, что тот знал или должен был знать на момент заключения договора о наличии в исходном договоре, обязательства из которого поручитель решил обеспечить, запрета на уступку.

Иной вывод прямо легализовывал бы элементарный прием обхода договорного запрета на уступку. Кредитору было бы достаточно вместо соглашения об уступке заключить с третьим лицом, намеревающимся приобрести требование к должнику, договор поручительства. В таком случае выплата поручителем долга должника была бы, по сути, равнозначна уплате цены за уступаемое право, после чего поручитель мог бы рассчитывать на приобретение права в порядке суброгации в обход договорного запрета на уступку. В той степени, в которой закон признает такие запреты основанием для блокирования цессии (в форме ее оспаривания), он не может мириться с тем, что тот же самый результат может быть достигнут столь элементарной схемой обхода закона.

Но сделанный выше вывод представляется как минимум достойным обсуждения в тех случаях, когда право переходит хотя и не в силу распорядительной сделки цессии, а в силу суброгации при наступлении указанных в законе условий, но речь идет о сингулярном правопреемстве *на основании заключенной сделки*. Здесь саму возможность наступления такого условия для перехода права обеспечила некая заключенная между изначальным и новым кредиторами сделка (поручительство, залог, страхование), и, соответственно, мыслимо применение по аналогии правил пункта 2 статьи 382 ГК РФ об оспаривании цессии. Куда более сложен вопрос о том, работает ли та же логика применительно к тем случаям уступки на основании закона, в которых право приобретается не в порядке суброгации на основании ранее заключенной сделки, а в иных ситуациях, а также при универсальном правопреемстве.

Например, возьмем ситуацию универсального правопреемства при реорганизации юридических лиц в форме слияния. Здесь цессионарий (вновь образованное юридическое лицо) приобретает право, ранее принадлежавшее одной из сливающихся организаций, в порядке универсального правопреемства. Может ли в такого рода случаях условие о запрете на цессию, включенное в договор одной из сливающихся организаций со своим должником, быть противопоставлено вновь созданной путем слияния организации и стать основанием для оспаривания замены кредитора? Аналогичный вопрос возникает и при принятии наследства. Применимость режима оспаривания распорядительного эффекта цессии к такого рода ситуациям достаточно спорно. В принципе, и сама реорганизация юридических лиц, и принятие наследства представляют собой сделки. Но тут нужно учесть тот факт, что блокирование перехода отдельного права при наследовании или во многих случаях реорганизации (слияния, присоединения) будет приводить к тому, что право фактически будет прекращаться, а должник освобождаться от обязательства в силу исчезновения изначального кредитора. Этот фактор, как представляется, может предопределить вывод о том, что договорные запреты на уступку в данном контексте работать не могут.

В любом случае мы не готовы предрешать ответы на эти достаточно сложные вопросы о пределах действия условия о запрете на уступку, детально анализировать которые в рамках настоящего комментария вряд ли возможно.

### **3. Уступка требования (цессия)**

#### **Статья 388. Условия уступки требования**

- 1. Уступка требования кредитором (цедентом) другому лицу (цессионарию) допускается, если она не противоречит закону.**
- 2. Не допускается без согласия должника уступка требования по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника.**
- 3. Соглашение между должником и кредитором об ограничении или о запрете уступки требования по денежному обязательству, связанному с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, не лишает силы такую уступку и не может служить основанием для расторжения договора, из которого возникло это требование, но кредитор (цедент) не освобождается от ответственности перед должником за данное нарушение соглашения.**
- 4. Право на получение неденежного исполнения может быть уступлено без согласия должника, если уступка не делает исполнение его обязательства значительно более обременительным для него.**

Соглашением между должником и цедентом может быть запрещена или ограничена уступка права на получение неденежного исполнения.

**5. Солидарный кредитор вправе уступить требование третьему лицу с согласия других кредиторов, если иное не предусмотрено соглашением между ними.**

*Комментарий*

1. Норма пункта 1 указывает на возможность запрета на уступку в силу закона. Если соответствующая специальная норма закона запрещает уступку, то такая норма является, безусловно, императивной, так как будет представлять собой прямой законодательный запрет.
2. Норма пункта 2 также представляет собой явно выраженный императивный законодательный запрет, который не может быть обойден договором об уступке. Указание же в этой норме на возможность легализации уступки прав, в которых личность кредитора имеет существенное значение, при наличии согласия должника означает, что такое согласие может быть дано заранее в договоре между должником и кредитором. Соответственно, в отношении договора между должником и кредитором, из которого, собственно, уступаемое право и возникло, эта норма о недопустимости уступки таких прав должна считаться диспозитивной.

В контексте нормы пункта 2 возникает важный вопрос о том, может ли такое предварительное согласие должника на уступку быть им отозвано до момента уступки. В целом проблема допустимости отзыва требуемого законом согласия третьего лица на совершение тех или иных сделок в ГК РФ в общем виде не решена. Статья 157.1 Кодекса о согласии на совершение сделок этот вопрос обходит вниманием. Как представляется, он должен решаться индивидуально и дифференцированно в различных ситуациях. Критерии выбора между отзывным и безотзывным характером согласия третьего лица на совершение сделки требуют дополнительного анализа. В то же время применительно к данному конкретному случаю, думается, можно прийти к выводу о том, что предварительное согласие должника на уступку не может быть отозвано в одностороннем порядке, если должник в договоре с кредитором не выговорил себе такую опцию.

3. Норма пункта 3 является исключением из общей нормы пункта 2 статьи 382 ГК РФ о последствиях нарушения запрета на уступку, устанавливая, что применительно к договору между предпринимателями уступка денежных требований в нарушение договорного запрета (или ограничения) является действительной, а права должника ограничены взысканием убытков. Является ли эта норма диспозитивной или императивной? Может ли в договоре цедента с должником быть установлено, что при нарушении договорного запрета уступки или ограничения на уступку должник вправе оспорить сделку на основании общего правила пункта 2 статьи 382 ГК РФ, доказав, что цессионарий знал или должен был знать о наличии такого запрета или ограничения (далее — усиленный договорный запрет на уступку)?

Телеологическое толкование здесь крайне неочевидно.

С одной стороны, можно прийти к выводу о том, что такого рода изменение правила, предусмотренного в данном пункте, допустимо. Веские политико-правовые причины ограничивать это проявление свободы договора найти не так просто. Интересы цессионария защищаются тем, что условием для оспаривания сделки



цессии является доказанность его знания о наличии такого *усиленного* договорного запрета. При этом, так как такое знание определяется на момент заключения договора об уступке, цессионарий будет защищен от оспаривания и в тех случаях, когда ему уступаются будущие требования к должнику, основанные на содержащих такой усиленный запрет договорах, которые еще не были заключены с должником в момент заключения соглашения об уступке.

При такой интерпретации получается, что смысл этой нормы состоит в установлении диспозитивного режима последствий нарушения договорного запрета (ограничений) на уступку, обратного тому диспозитивному правилу пункта 2 статьи 382 ГК РФ, которое в качестве общего правила таким последствием объявляет оспоримость сделки. Но при этом право не ограничивает возможность разворота данного правила по воле сторон и установления более сильной санкции за нарушение запрета (ограничения) на цессию, применимой против недобросовестного (то есть знающего о таком специфическом условии о последствиях нарушения запрета на уступку в договоре между должником и cedentом) цессионария.

Против этого подхода могут быть выдвинуты два возражения — догматическое и политико-правовое.

Догматическое возражение состоит в том, что согласно распространенным воззрениям недействительность сделки может устанавливаться законом и не может применяться как санкция в отсутствие соответствующей нормы закона и на основании лишь прямо согласованного условия договора.

Политико-правовым же аргументом в пользу императивности обсуждаемого правила о взыскании убытков как единственной санкции за нарушение запрета на цессию денежных требований из сугубо коммерческих договоров является довод о том, что цель этой нормы была в гарантировании максимально возможной ликвидности и оборотоспособности денежных требований из коммерческих договоров, в том числе и вопреки прямо выраженной воле сторон договора — ради стимулирования оборота денежных требований.

Эти возражения заслуживают внимания. В то же время можно привести следующие контрдоводы.

В отношении догматического аргумента следует заметить, что недействительность сделки может вытекать не только из нарушения конкретной, специальной нормы закона, но и из грубого нарушения принципа недопустимости злоупотребления правом (статья 10 ГК РФ). Есть множество примеров из практики ВАС РФ, которые подтверждают этот вывод<sup>33</sup>. Если третье лицо заключает с одной из сторон ранее заключенного договора сделку, зная о том, что это нарушит права другой стороны по этому ранее заключенному договору, то оно умышленно вторгается в чужие договорные отношения, провоцирует правона-

---

<sup>33</sup> Вывод о том, что сделка, при заключении которой имело место злоупотребление правом, может быть признана недействительной в соответствии со статьей 168 ГК РФ как сделка, противоречащая закону (в данном случае — императивной норме статьи 10 ГК РФ о недопустимости злоупотребления правом), прямо закреплен в пункте 9 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 № 127.

рушение и ведет себя недобросовестно. Право не должно поощрять такое недобросовестное поведение. И одной из возможных санкций вполне может быть оспаривание такой сделки третьего лица с контрагентом (в нашем случае — цессионария и изначального кредитора, которому под страхом оспаривания цессии было запрещено договором осуществлять уступку).

Что же касается политико-правового аргумента против противопоставимости усиленного запрета на уступку, то следует заметить, что оборот не должен стимулироваться за счет поправа базовых для рыночной экономики принципов священности обязательств, автономии воли сторон и запрета на недобросовестное поведение. Если стороны не просто ввели договорный запрет на цессию, но прямо предусмотрели, что его нарушение дает должнику право на оспаривание цессии, а при этом интерес цессионария в правовой определенности защищается его добросовестностью и незнанием о наличии такого формата ограничения уступки, нет достаточных оснований игнорировать волю сторон и поощрять недобросовестное вторжение цессионария в договорные отношения cedentа и должника. Если цессионарий знает, что, заключая с ним договор цессии, cedent нарушает свои обязательства перед должником, и видит, что интерес должника в сохранении своей относительной связи с конкретным кредитором выражен настолько сильно, что в договоре ему дается право на оспаривание цессии в нарушение договорного запрета на уступку, то поведение цессионария, согласившегося на приобретение права, является недобросовестным и не может защищаться правом. В силу пункта 4 статьи 1 ГК РФ лицо не может извлекать выгоду из своего недобросовестного поведения.

Причины, в силу которых для должника сохранение своей относительной связи с первоначальным кредитором было настолько принципиальным, чтобы прямо в договоре закрепить противопоставимость договорного запрета на уступку, могут быть различными. Среди них: а) ожидаемые должником трудности в доказывании убытков, возникших из-за появления нового кредитора, неквантифицируемости некоторых негативных последствий такой уступки (связанных, например, с тем, что кредитор, скажем некий коллектор, может оказаться склонным к использованию недобросовестных приемов истребования долгов); б) опасения должника в отношении невозможности взыскания таких убытков с cedentа в случае его банкротства; в) нежелание должника, находящегося в долгосрочных или многоэлементных деловых связях с кредитором, терять право на зачет своих встречных требований, основания для осуществления которого могут возникать после уступки.

При этом мы не предпрещаем окончательный вывод по этой сложной проблеме. Вопрос требует дополнительного анализа.

4. Пункт 4 вводит дополнительное условие допустимости уступки неденежных требований без согласия должника (такая уступка допускается только тогда, когда исполнение в пользу нового кредитора не становится значительно более обременительным для должника). В норме прямо не указана возможность согласовать в договоре между должником и cedentом допустимость такой уступки, но телеологическое толкование не оставляет сомнений в ее диспозитивности. Нет причин, в силу которых должник не может дать свое согласие на уступку заранее, включив

соответствующее условие о допустимости уступки неденежного требования прямо в договор.

В абзаце 2 закрепляется допустимость установления в договоре между должником и цедентом условия о запрете или ограничении уступки неденежного требования. Из системного толкования этой нормы вытекает, что в тех случаях, когда в силу абзаца 1 данного пункта уступка неденежного требования в принципе признается возможной (то есть не влечет значительного обременения для должника), такая уступка может быть запрещена или ограничена договором. Последствия нарушения таких запретов или ограничений должны, видимо, подчиняться общим правилам пункта 2 статьи 382 ГК РФ (оспоримость при доказанности факта, что цессионарий знал или должен был знать о наличии таких запретов или ограничений). Соответственно, возможность отступления сторон от этого режима последствий нарушения запретов или ограничений на уступку неденежных требований в полной мере следует тем выводам, которые мы сделали применительно к общей норме пункта 2 статьи 382 ГК РФ.

5. Норма пункта 5 является эксплицитно диспозитивной.

### Статья 388.1. Уступка будущего требования

1. **Требование по обязательству, которое возникнет в будущем (будущее требование), может быть уступлено, если уступка производится на основании сделки, связанной с осуществлением ее сторонами предпринимательской деятельности.**

Будущее требование, в том числе требование по обязательству из договора, который будет заключен в будущем, должно быть определено в соглашении об уступке способом, позволяющим идентифицировать это требование на момент его возникновения или перехода к цессионарию.

2. Если иное не установлено законом, будущее требование переходит к цессионарию с момента его возникновения. Соглашением сторон может быть предусмотрено, что будущее требование переходит позднее.

#### Комментарий

1. Норма абзаца 1 пункта 1 допускает уступку будущих требований, если соглашение о ней заключено между предпринимателями. Из самой формулировки закона *a contrario* вытекает подразумеваемый запрет на уступку будущих требований в ситуации, когда цедентом или цессионарием является лицо, не выступающее в качестве предпринимателя. Обоснованность такого ограничения свободы договора может вызывать *de lege ferenda* некоторые сомнения, но его, видимо, следует принять *de lege lata*.

Норма абзаца 2 пункта 1 конкретизирует порядок идентификации объекта уступки при уступке будущих прав, являющегося существенным условием договора. Соответственно, она по своей природе императивна. Последствием несоблюдения данного требования к описанию уступаемого права является признание договора об уступке будущих прав незаключенным.

2. Из текста пункта 2 комментируемой статьи, устанавливающей, что права при уступке будущих прав переходят к цессионарию с момента их возникновения или — при наличии указания в договоре — позднее, недвусмысленно *a contrario* вытекает, что момент перехода права при уступке будущих требований не может быть смещен договором на более раннее время. Соответственно, установление договором, например, того, что будущие права переходят к цессионарию в момент заключения договора уступки (то есть ранее их возникновения), будет считаться недействительным. Кроме того, такое проявление свободы договора в принципе будет противоречить природе вещей, так как нельзя передать то, чего еще нет.

В то же время эта норма не должна исключать возможность уступки условных прав, находящихся в состоянии подвешенности (то есть в период до того, как наступило отлагательное условие для их возникновения). Например, если в договоре между должником и cedentом установлено, что определенное право cedента возникнет в будущем при наступлении того или иного отлагательного условия, включая так называемые условия права (например, право на взыскание неустойки в случае, если должник нарушит договор), то cedent может уступить цессионарию это право не как будущее, еще не возникшее право, а как условное право (то есть право, находящееся в состоянии подвешенности). По сути, по немецкой правовой терминологии, в такой ситуации произойдет уступка «права ожидания наступления условия». В связи с этим моментом перехода к цессионарию такого условного права может быть и момент до возникновения этого права, но не ранее, чем стороны установили состояние подвешенности и ввели в свой договор отлагательно обусловленное право.

При приобретении условного права цессионарий принимает на себя риск того, что отлагательное условие не наступит и приобретенное право ожидания так и не преобразуется в конкретное субъективное право требовать уплаты неустойки. Ответственность cedента за уступку недействительного права в данном случае не наступит. В этом состоит принципиальное отличие уступки условного права от уступки будущего права. При уступке будущего права даже тогда, когда само основание для возникновения этого права еще не возникло (например, договор с должником еще не заключен), риск невозникновения подлежащего уступке права лежит на cedente. Если по прошествии установленного в договоре уступки срока подлежащее уступке право так и не возникло, то цессионарий вправе отказаться от договора, а также требовать возврата уплаченной цены и взыскания убытков. В случае же уступки условного права воля сторон направлена на то, чтобы перенести риск невозникновения права на цессионария. Тот факт, что при уступке условного права риск невозникновения права переносится на цессионария, в свою очередь, неминуемо скажется на цене уступки в форме значительного дисконта. Нет ни одной убедительной причины, в силу которых такое проявление автономии воли сторон может быть ограничено.

Правда, при этом возникает вопрос о том, как суду различить уступку будущего права и уступку условного права, если стороны прямо в договоре не указали на распределение риска невозникновения права, а просто установили, например, что уступается право на получение некоей задолженности, которая может образоваться в будущем по итогам исполнения договора между cedentом и должником. Име-

ли ли в данном случае стороны в виду уступку будущего права или уступку права ожидания наступления условия? Думается, что в подобных случаях логично предполагать, что воля сторон была направлена на уступку будущих прав (а следовательно, риск невозникновения условия лежит на cedente и переход прав к цессионарию возможен не ранее возникновения самих этих прав требования). Уступка же условного права (и вытекающий из этого перенос риска невозникновения условия на цессионария) является все-таки конструкцией куда менее распространенной и типичной. Соответственно, применение правил толкования договора (статья 431 ГК РФ) при прочих равных должно подталкивать суды к тому, чтобы такую модель уступки не презюмировать. Опровержение этой интерпретивной презумпции должно быть осуществлено стороной, ссылающейся на то, что воля сторон была направлена на уступку именно условного права.

### **Статья 389. Форма уступки требования**

- 1. Уступка требования, основанного на сделке, совершенной в простой письменной или нотариальной форме, должна быть совершена в соответствующей письменной форме.**
- 2. Соглашение об уступке требования по сделке, требующей государственной регистрации, должно быть зарегистрировано в порядке, установленном для регистрации этой сделки, если иное не установлено законом.**

#### *Комментарий*

Нормы этой статьи регулируют порядок заключения договора и в силу своей функциональной природы являются однозначно императивными.

### **Статья 389.1. Права и обязанности cedenta и цессионария**

- 1. Взаимные права и обязанности cedenta и цессионария определяются настоящим Кодексом и договором между ними, на основании которого производится уступка.**
- 2. Требование переходит к цессионарию в момент заключения договора, на основании которого производится уступка, если законом или договором не предусмотрено иное.**
- 3. Если иное не предусмотрено договором, cedent обязан передать цессионарию все полученное от должника в счет уступленного требования.**

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 носит абсолютно необязательный характер и каких-либо норм, непосредственно регулирующих права и обязанности сторон договора, не содержит.
2. Норма пункта 2 о моменте перехода прав является прямо диспозитивной. В то же время эта диспозитивность должна пониматься ограничительно. В договоре уступки невозможно договориться о том, что право считается перешедшим к цессионарию ранее, чем заключен договор об уступке. Этот вывод вытекает из того, что такая ретроспективность применительно к распорядительному эффекту сделки

противоречит природе вещей и может в ряде случаев нарушить права кредиторов цедента. Аналогичный вывод в принципе применим, как нам кажется, и к любым иным вариантам ретроспективного распоряжения имущественными правами (в том числе правом собственности).

3. Норма пункта 3 комментируемой статьи эксплицитно диспозитивна.

### **Статья 390. Ответственность цедента**

1. Цедент отвечает перед цессионарием за недействительность переданного ему требования, но не отвечает за неисполнение этого требования должником, за исключением случая, если цедент принял на себя поручительство за должника перед цессионарием.

2. При уступке цедентом должны быть соблюдены следующие условия:

уступаемое требование существует в момент уступки, если только это требование не является будущим требованием;

цедент правомочен совершать уступку;

уступаемое требование ранее не было уступлено цедентом другому лицу;

цедент не совершал и не будет совершать никакие действия, которые могут служить основанием для возражений должника против уступленного требования.

Законом или договором могут быть предусмотрены и иные требования, предъявляемые к уступке.

3. При нарушении цедентом правил, предусмотренных пунктами 1 и 2 настоящей статьи, цессионарий вправе потребовать от цедента возврата всего переданного по соглашению об уступке, а также возмещения причиненных убытков.

4. В отношениях между несколькими лицами, которым одно и то же требование передавалось от одного цедента, требование признается перешедшим к лицу, в пользу которого передача была совершена ранее.

В случае исполнения должником другому цессионарию риск последствий такого исполнения несет цедент или цессионарий, которые знали или должны были знать об уступке требования, состоявшейся ранее.

### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 о пределах ответственности цедента не содержит прямой оговорки о ее природе. В ее тексте недвусмысленно установлена возможность отхода сторон от правила о том, что цедент не отвечает за исполнение должником своего обязательства, и даже предусмотрена форма такой девиации (посредством поручительства). Телеологическое толкование этой части нормы наводит на мысль, что стороны могут использовать и иные варианты девиации от данного правила в ча-

сти риска неисполнения должником обязательства. Например, стороны должны иметь право предусмотреть, например, что в случае банкротства должника цессионарий вправе потребовать возврата цены, уплаченной цеденту.

Что же касается ответственности цедента за действительность уступаемого права, то здесь норма не дает никакого текстуального намека о законности или незаконности отклонений условий договора от предусмотренного правила. Телеологическое толкование приводит к следующим выводам.

Если объектом уступки является ничтожное/несуществующее на момент цессии право, это означает отсутствие какого-либо распорядительного эффекта цессии. При этом действительность самого договора, на основании которого осуществляется уступка, не ставится под сомнение (кроме случая, когда и сам цессионарий был осведомлен о ничтожности приобретаемого права и речь может идти о притворной или мнимой сделке). Соответственно, цедент должен по требованию цессионария возместить ему убытки за нарушение договора и вернуть цену, полученную за уступку (если она была цессионарием уплачена). Исключение договором права цессионария на возмещение убытков, расторжение договора и возврат цены (если она была уплачена) в ситуации, когда цедент знал о ничтожности уступаемого права, равнозначно освобождению от ответственности за умышленное нарушение и не может быть признано законным в системном единстве с нормой пункта 4 статьи 401 ГК РФ, а также в силу простого соображения о том, что право не должно поощрять участников оборота на недобросовестное поведение.

В то же время допустимость исключения ответственности цедента в ситуации, когда цедент сможет доказать, что он не знал о ничтожности права, может быть, на наш взгляд, признана. Нет серьезных политико-правовых причин, в силу которых стороны, особенно выступающие в качестве предпринимателей, не могли бы перераспределять между собой риск выявления скрытых фатальных пороков в уступаемом праве. Этот вопрос имеет большое практическое значение в условиях, когда в нашем праве большое число сделок признается ничтожным и достаточно распространены переуступки, в рамках которых чаще всего и могут возникнуть ситуации добросовестного неведения о ничтожности уступаемого права как цедента, так и цессионария.

Правда, во имя системного единства нормативного материала признание этого проявления свободы договора и допустимости снятия в силу прямого указания в договоре ответственности с добросовестного цедента при обнаружении ничтожности уступленного права должно быть синхронизировано с признанием целесообразности ограничительного толкования нормы пункта 2 статьи 461 ГК РФ о запрете соглашений об освобождении от ответственности за эвикцию с выведением из-под сферы ее действия случаев добросовестного неведения продавца (см. комментарий к статье 461 ГК РФ).

В принципе те же выводы могут *mutatis mutandis* быть применены и к ситуации уступки оспоримого права (то есть права, вытекающего из оспоримой сделки), произошедшей до признания судом его недействительности. Если цедент знал или должен был знать о пороке в сделке или ином наличии оснований для ее оспаривания, то он не вправе ссылаться на условие об исключении ответственности

за уступку недействительного требования (так как исключение ответственности за умышленное нарушение незаконно). Если нет, то это условие, видимо, может быть признано законным как инструмент перераспределения рисков оспаривания как минимум применительно к сугубо коммерческому договору уступки.

2. Норма пункта 2 носит несколько странный по своему содержанию характер, так как смешивает в одном списке «подлежащих соблюдению цедентом условий», за нарушение которых цедент несет ответственность перед цессионарием, как условия действительности цессии (само существование уступаемого права, наличие этого права у цедента, наличие у цедента необходимых правомочий на его уступку), так и некоторые факты из прошлых взаимоотношений цедента с должником (факт того, что цедент не совершал ранее действий, способных стать основанием для выдвижения должником возражений против цессионария) и даже обязательства цедента (не совершать действия, способные стать основанием для возражений должника против требований цессионария). Эта норма прямо допускает установление дополнительных требований к уступке, но молчит о возможности усечения указанных в ней «условий».

Как представляется, ответ на этот вопрос с точки зрения телеологического и системного толкования должен быть дифференцированным в зависимости от конкретного исключаемого договором «условия», подлежащего соблюдению цедентом.

- a) В отношении возможности исключить ответственность цедента за уступку несуществующего права мы уже высказывались в комментарии к предыдущему пункту.
- b) Исключение договором ответственности за уступку права, в отношении которого у цедента не было распорядительной власти, требует углубленного анализа. Сама такая ситуация отсутствия у цедента распорядительной власти очень распространена на практике при переуступке права в случае признания недействительной одной из предыдущих сделок цессии. В таком случае после совершения последней по очереди сделки цессии выясняется, что цедент не имел этого права, так как либо сам приобрел его по недействительной сделке, либо недействительной признана еще более ранняя сделка цессии и выясняется, что в связи с этим автоматически рушится распорядительный эффект всех последующих договоров об уступке. Этот своего рода «эффект домино» действует в связи с тем, что наше право пока не признает принцип абстрактности распорядительных сделок, а также не знает защиты добросовестного приобретателя по модели статьи 302 ГК РФ в отношении оборота обязательственных прав. В таких условиях иногда цедент выговаривает условие договора о том, что в случае выявления недействительности одной из промежуточных сделок цессии и обнаружения в связи с этим отсутствия у него на момент уступки распорядительной власти (то есть отсутствия у него самого уступаемого права и правомочий его отчуждать) риск подобного развития событий ложится на цессионария. Насколько законны такие условия?

Ответ здесь достаточно очевиден, когда цедент знал или должен был знать о том, что он сам не имеет распорядительной власти и одна из предыдущих сделок цессии недействительна или имеет пороки, которые способны привести к признанию ее недействительной. В таких случаях условие об исключении ответственности цедента за уступку не принадлежащего ему права не должно иметь юридической



силы (в силу пункта 4 статьи 401 ГК РФ). Но как быть, когда сам cedent не знает и не должен знать об этом, и мы имеем добросовестную с обеих сторон попытку перенести соответствующий риск с cedenta на цессионария? Думается, что серьезных аргументов против допущения такого проявления свободы договора не существует (как минимум в отношениях между предпринимателями).

- в) В отношении исключения договором ответственности cedenta за уступку права, которое ранее было им уступлено другому цессионарию, ответ очевиден: такое условие незаконно, так как освобождает от ответственности за умышленное нарушение (трудно себе представить ситуацию, когда cedent осуществит двойную уступку, не ведая об этом).
  - г) Следует проанализировать вопрос о еще одном упомянутом в комментируемой норме условии цессии: о том, что cedent своим поведением ранее не способствовал возникновению оснований для эффективных возражений должника против требований цессионария. У нас нет сомнений в том, что эта норма должна считаться диспозитивной, если соответствующие действия cedenta в период до заключения договора уступки были раскрыты цессионарию при заключении этого договора. В такой ситуации цессионарий может вполне учесть риск выдвигания должником соответствующих возражений в цене уступаемого права. Поэтому если стороны прямо договорились, что при выдвигании должником определенных возражений, основанных на этих ранее совершенных cedентом действиях или бездействии, cedent за это не несет ответственности, то мы не видим повода запрещать такое условие.
  - д) В отношении же указания на то, что cedent своим поведением уже после уступки не должен создавать оснований для таких возражений, следует заметить следующее. Такого рода обязательства рассчитаны в первую очередь на период между заключением договора и получением должником надлежащего уведомления об уступке. После получения должником уведомления возникающие из отношений с cedентом возражения должника уже противопоставляться цессионарию не могут. А вот в период между заключением договора уступки и получением должником уведомления для цессионария появляется высокий риск закладывания в рамках отношений должника с cedентом оснований для возражений должника, которые тот впоследствии выдвинет уже против цессионария. Опасность состоит в том, что возможность таких возражений не может быть учтена цессионарием при определении договорной цены, так как он опирается на информацию, имеющуюся на момент заключения договора. Отсюда и установление в данной норме этого обязательства cedenta. Как представляется, норма с точки зрения ее имплицитной природы должна считаться императивной. Согласование в договоре иного ставит цессионария в положение абсолютной зависимости от произвола cedenta, поведение которого после заключения договора, но до получения должником уведомления может абсолютно обесценить или обессилить приобретаемое цессионарием право. Это настолько аномально и грубо нарушает баланс интересов сторон, что, видимо, здесь следует увидеть подразумеваемую императивность.
3. Норма пункта 3, которая дает цессионарию право требовать возврата предоставленного в обмен на уступку имущества и взыскания убытков при нарушении cedентом указанных в пунктах 1 и 2 условий, не содержит прямого указания на ее

природу. В целом она должна, на наш взгляд, считаться частично диспозитивной. Стороны, например, должны иметь возможность предусмотреть, что вместо полного возмещения убытков цессионарий вправе претендовать лишь на возмещение реального ущерба (статья 15 ГК РФ), или установить предел размера ответственности (ст. 400 ГК РФ). Но очевидно, что эта диспозитивность не простирается настолько далеко, чтобы стороны могли полностью исключить право на взыскание убытков и возврат уплаченной цены там, где в силу отмеченного выше закон (пункт 4 статьи 401 ГК РФ) императивно предписывает запрет на исключение ответственности (в первую очередь случаи умышленного нарушения цедентом указанных в пункте 1 и 2 условий и обязательств).

4. Норма пункта 4 регулирует проблему двойной уступки. Нам достаточно трудно абстрактно представить, в каком договоре (между должником и цедентом или цедентом и цессионарием) у сторон может возникнуть интерес в отступлении от указанных норм и какова будет суть этих отступлений. При появлении таких реальных ситуаций в судебной практике вопрос может быть прояснен. В то же время, думается, есть основания считать эту норму императивной как минимум в том смысле, что она запрещает отступления от нее в договоре уступки, способные ухудшить положение лица, в нем не участвующего.

## § 2. Перевод долга

**Статья 391. Условие и форма перевода долга**  
(в ред. Федерального закона от 21.12.2013 № 367-ФЗ)

1. **Перевод долга с должника на другое лицо может быть произведен по соглашению между первоначальным должником и новым должником.**

**В обязательствах, связанных с осуществлением их сторонами предпринимательской деятельности, перевод долга может быть произведен по соглашению между кредитором и новым должником, согласно которому новый должник принимает на себя обязательство первоначального должника.**

2. **Перевод должником своего долга на другое лицо допускается с согласия кредитора и при отсутствии такого согласия является ничтожным.**

**Если кредитор дает предварительное согласие на перевод долга, этот перевод считается состоявшимся в момент получения кредитором уведомления о переводе долга.**

3. **При переводе долга по обязательству, связанному с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, в случае, предусмотренном абзацем вторым пункта 1 настоящей статьи, первоначальный должник и новый должник несут солидарную ответственность перед кредитором, если соглашением о переводе долга не предусмотрена субсидиарная ответственность первоначального должника либо первоначальный должник не освобожден от исполнения обязательства. Первоначальный должник вправе отказаться от освобождения от исполнения обязательства.**

**К новому должнику, исполнившему обязательство, связанное с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, переходят права кредитора по этому обязательству, если иное не предусмотрено соглашением между первоначальным должником и новым должником или не вытекает из существа их отношений.**

- 4. К форме перевода долга соответственно применяются правила, содержащиеся в статье 389 настоящего Кодекса.**

*Комментарий*

1. Нормы пункта 1 комментируемой статьи определяют стороны соглашения о переводе долга. По общему правилу перевод долга осуществляется по соглашению между старым и новым должниками (при согласии кредитора). Из системного толкования этой нормы следует, что по общему правилу в этом случае происходит выбытие старого должника из обязательства. Закон ничего не говорит о возмездности перевода долга и соотношении безвозмездного перевода долга и признанного в статье 575 ГК РФ запрета на дарение между коммерческими организациями. Как бы мы ни относились к этому странному запрету, *de lege lata* требуется какое-либо согласование этих норм. Если взамен на перевод на себя долга новый должник получает от старого должника некую компенсацию, проблема не возникает. Если в соглашении о переводе на такую компенсацию или иное встречное предоставление не указано, но и нет прямого указания на безвозмездность, возмездный характер перевода долга должен презюмироваться (пункт 3 статьи 423 ГК РФ), а размер компенсации определяться по правилам пункта 3 статьи 424 ГК РФ. Но как быть в случае, когда в соглашении о переводе долга, заключенном между двумя коммерческими организациями, прямо указано на его безвозмездность? На первый взгляд возможным решением является признание того факта, что такой перевод долга противоречит статье 575 ГК и может быть признан недействительным, если будет установлено, что воля сторон была направлена именно на одарение старого должника и у нового должника не было никакой, пусть и косвенной, выгоды от освобождения старого должника от долга. В то же время это решение может серьезно ударить по интересам кредитора. Ведь, получив уведомление о переводе долга, он будет исходить из того, что у него теперь новый должник. Кредитор в большинстве случаев не может проверить, имелась ли у нового должника некая выгода от освобождения старого должника от долга. Признание недействительным перевода долга *ex post* может подорвать разумные ожидания кредитора и в целом дестабилизировать оборот.

Возможны два варианта решения этой проблемы. Во-первых, потенциальным решением является признание предлагаемого некоторыми авторами абстрактного характера перевода долга как такового, действительность которого не зависит от действительности соглашения о переводе долга. При таком варианте само соглашение о безвозмездном переводе долга может быть недействительным, но это не приводит автоматически к тому, что признается недействительным и сам факт замены должника (в случае если воля лиц на такую замену ясным образом выражена и отсутствуют очевидные пороки воли). В результате недействительность безвозмездного соглашения приводит к отпадению правового основания для состоявшегося и сохраняющего свой правовой эффект перевода долга, старый должник оказывается неосновательно обогатившимся и новый должник получает право на кондикционный иск к старому должнику по правилам главы 60 ГК РФ. Во-вторых,

возможно признавать недействительность не всего соглашения безвозмездного перевода долга, а лишь условия о его безвозмездности (статья 180 ГК РФ), что открывает новому должнику доступ к иску к старому должнику без введения принципа абстрактности. Окончательное решение этой проблемы требует серьезного дополнительного анализа.

Согласно абзацу 2 пункта 1 комментируемой статьи применительно к договорам, сторонами которых являются предприниматели, перевод долга признается возможным и по соглашению между новым должником и кредитором без участия изначального должника и без его согласия. Эта опция была введена в ГК РФ по примеру соответствующих норм Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (статья 9.2.1). Являются ли эти нормы российского ГК императивными и исключают ли соглашение об ином порядке перевода долга? Ответ на этот вопрос, видимо, состоит в признании таких норм диспозитивными как минимум в отношении некоторых форм девиации воли сторон от указанных правил.

Например, в договоре между должником, не являющимся предпринимателем, и кредитором может быть предусмотрено, что кредитор вправе перевести долг должника без его согласия на нового должника. По сути, такое условие договора будет представлять собой заранее данное согласие должника на такой перевод. С учетом того, что такой перевод, как правило, существенно интересы старого должника не ущемляет, тот факт, что это согласие выражается заранее и абстрактным образом в договоре с кредитором, а не в форме участия должника в соглашении о переводе долга, никак не может вызывать каких-либо серьезных беспокойств.

Можно ли в договоре между предпринимателями запретить кредитору переводить долг должника без согласия последнего? Договор между кредитором и изначальным должником вполне может запретить перевод без согласия должника его долга на новое лицо, когда такой перевод так или иначе вторгается в режим его обязательства (навязывает должнику солидаритет с новым должником, переводит режим долга должника в формат субсидиарной ответственности, а также полностью прекращает его обязательство). Перевод долга на нового должника согласно пункту 3 комментируемой статьи по общему правилу навязывает изначальному должнику трансформацию его обязательства в солидарное с участием неизвестного ему третьего лица и последующий переход к этому новому должнику, погасившему долг, прав кредитора. С учетом описанного последствия перевод долга без согласия должника в таком его формате близок, а по сути идентичен уступке изначальным кредитором права третьему лицу. Поэтому, с точки зрения системной согласованности и принципа справедливости «равному — равное», которые противятся дифференцированному регулированию содержательно идентичных, но формально разноименных правовых конструкций, следует считать, что в случае с неденежным обязательством такой запрет на перевод долга (как и при запрете на уступку) будет иметь юридическую силу и влечь оспаривание перевода долга. В ситуации же с денежными обязательствами из сугубо коммерческого договора договорный запрет на перевод долга будет означать, что при его нарушении кредитором последний будет отвечать за убытки старого должника (если таковые будут доказаны). Для отмеченных выводов достаточно применения норм пункта 2 статьи 382 и пункта 3 статьи 388 ГК РФ о последствиях нарушения договорного запрета на уступку по аналогии закона. Кроме того, в случае принятия нашим правом идеи о

допустимости установления в договоре оспоримости уступки денежных требований из сугубо коммерческих договоров, совершенной в нарушение «усиленного» договорного запрета, прямо предписывающего оспоримость цессии (см. комментарий к пункту 3 статьи 388 ГК РФ), аналогичный режим следует применять и в отношении перевода без согласия должника и денежного долга.

Кроме того, такой перевод долга, видимо, должен подпадать под упомянутые правила пункта 2 статьи 382 и пункта 3 статьи 388 ГК РФ о последствиях нарушения запрета на уступку и тогда, когда в договоре имеется не прямой запрет на перевод долга, а стандартное условие о запрете уступки без согласия должника. Как уже было отмечено, перевод долга по соглашению между новым должником и кредитором, согласно которому при исполнении обязательства новым должником происходит суброгация, в целом ничем не отличается от уступки права. Такая изолированная форма нарушения условия договора о запрете уступки (по сути, обход этого запрета) должна подводиться под правила о последствиях нарушения договорного запрета на уступку. Иначе договорные запреты на уступку, признаваемые новым ГК РФ в качестве основания для оспаривания не согласованной должником уступки, будут элементарно обходиться кредитором за счет использования указанной в комментируемой статье схемы перевода долга без участия старого должника с последующей суброгацией.

Нормы пункта 1 этой статьи умалчивают о возможности уступки будущих долгов или уступки части долга. В то же время представляется, что эти проявления автономии воли сторон должны быть признаны в системном единстве с нормами ГК РФ о допустимости уступки будущих прав и части права. В то же время детали регулирования таких специфических случаев перевода долга в ГК не содержатся и должны выводиться в судебной практике. Как представляется, некоторые нормы об уступке части права или будущих прав могут здесь применяться по аналогии закона (что особенно очевидно в случае перевода долга по соглашению кредитора и нового должника с последующей суброгацией).

2. Единственная возможность отступления от правила, содержащегося в абзаце 1 пункта 2 (о необходимости согласия кредитора на перевод долга и ничтожности перевода долга без такого согласия), прямо предусмотрена в абзаце 2. Здесь указана возможность предоставления кредитором своего предварительного согласия на перевод долга. В связи с этим возникает сложный вопрос о требованиях к такому предварительному согласию. Первый подход предполагает, что такое предварительное согласие может выражаться в том числе и в форме условия договора о неограниченном праве изначального должника перевести свой долг на любое третье лицо. Второй подход исходит из того, что такое предварительное согласие должно так или иначе идентифицировать субъектов, на которых кредитор соглашается допустить перевод долга заранее. Вопрос этот не из простых и требует дополнительного анализа, так как очевидно, что заранее данное абстрактное согласие на перевод долга может привести к тому, что должником кредитора окажется абсолютно неплатежеспособное лицо. На настоящий момент для нас очевидно лишь то, что такое абстрактное согласие не может быть включено в договор в отношении обязательства, кредитором по которому является потребитель. Допустимость этого варианта предварительного согласия в остальных случаях должна определяться в судебной практике.

Тем не менее остается открытым вопрос о возможности изменения правила абзаца 2 о моменте, с которого перевод считается состоявшимся, в случае если кредитор дает свое согласие на перевод заранее. Как представляется, данная норма также является диспозитивной в части допущения того, что соглашением о переводе долга между новым и старым должником будет установлен более поздний момент перевода долга, чем момент получения кредитором уведомления о таком переводе. Это условие может быть противопоставлено кредитору, если, конечно, в самом уведомлении на этот более поздний момент будет также прямо указано. Такая транспарентная отсрочка перевода долга никак не ущемляет интересы кредитора. Эта конструкция может быть востребована в тех случаях, когда речь идет о соглашении о переводе будущих долгов и кредитору заранее направляется уведомление о том, что определенные будущие долги, еще не возникшие к моменту такого уведомления, после их возникновения будут сразу же, «через логическую секунду», автоматически переводиться на нового должника. В такой ситуации перевод долга никак не может состояться ни в момент заключения соглашения о переводе долга, ни в момент получения кредитором такого уведомления, так как к этим моментам сам долг еще не возник.

Относительно того, могут ли стороны соглашения о переводе долга, заключаемого между старым и новым должником, в принципе исключить необходимость уведомления кредитора, телеологическое толкование со всей очевидностью приводит к выводу о недопустимости этого проявления автономии воли. В данной части норма абзаца 2 пункта 2 должна считаться императивной, так как иначе это существенно затронуло бы интересы кредитора как стороны, не участвующей в таком соглашении.

Что же касается правила о том, что перевод долга без согласия кредитора является ничтожным, то оно со всей очевидностью является императивным. Новый и старый должники в своем соглашении о переводе долга не могут изменить это правило, так как оно защищает интересы кредитора как стороны, непосредственно не участвующей в этом соглашении.

Также следует обратить внимание на еще один важный вопрос: может ли кредитор, давший свое предварительное согласие на перевод долга, отозвать его до момента получения уведомления о таком переводе? Как уже отмечалось в комментарии к статье 388, вопрос об отзывном или безотзывном характере согласия третьего лица на совершение сделки в нашем законе в общем виде не решен и должен решаться дифференцированно. В данном конкретном случае, как нам представляется, в отношении предварительного согласия кредитора на перевод долга следует установить режим безотзывности. Если такое согласие включено в договор кредитора и изначального должника и здесь не указано на право кредитора отозвать свое согласие в одностороннем порядке, следует считать, что кредитор дал бесповоротное согласие. Его отзыв будет влечь несанкционированное одностороннее изменение условий договора, которое по общему правилу не допускается. В принципе такой же диспозитивный режим безотзывности должен, видимо, действовать и тогда, когда согласие не выражено прямо в договоре, а представлено отдельным волеизъявлением.

3. Норма пункта 3 предусматривает последствия перевода долга, возникшего из сугубо коммерческого договора, на основании соглашения между новым должником

и кредитором без согласия первоначального должника. Как уже отмечалось в комментарии к пункту 1, здесь законодатель устанавливает возможность трансформации изначального обязательства должника в солидарный формат путем вступления в обязательство третьего лица (нового должника). Одновременно норма предусматривает право сторон соглашения о переводе долга (кредитора и нового должника) установить иной режим перевода долга, а именно субсидиарную ответственность старого должника по возникшему у нового должника долгу или полное освобождение изначального должника от обязательства.

С точки зрения точности терминологии, как представляется, полноценным *переводом* долга здесь будет только случай с полным выбытием старого должника из обязательства. В ситуации же, когда старый должник остается в обязательственной связи с кредитором (вариант солидаритета или вариант субсидиарной ответственности), логичнее говорить не о переводе долга, а о вступлении нового должника в долг перед кредитором или трансформации природы обязательства изначального должника из основного в субсидиарное. Подведение такой формы вступления в долг третьего лица (с возникновением солидаритета или перевода обязательства изначального должника в формат субсидиарного) под понятие перевода долга было, видимо, воспринято разработчиками непосредственно из Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (статья 9.2.5)<sup>34</sup>.

Можно ли себе представить какие-либо иные варианты оформления такого перевода долга в широком смысле, кроме указанных выше? Наверное, да. Например, в соглашении о переводе долга стороны могут установить, что новый должник принимает на себя субсидиарную ответственность по долгу изначального должника.

Тут надо отметить, что перевод долга по соглашению между новым должником и кредитором с условием о полном освобождении старого должника от обязательства по сути будет равнозначен дарению, которое согласно статье 575 ГК РФ в отношениях между предпринимателями прямо запрещается. Возникает ли здесь конфликт? В абзаце 2 комментируемого пункта указывается, что к новому должнику, исполнившему переведенное на него обязательство, связанное с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, переходят права кредитора (то есть предусматривается суброгация). Из текста не вполне понятно, относится ли это правило только к тому варианту перевода долга, при котором на должнике сохраняется обязательство перед кредитором (варианты солидаритета или трансформации обязательства старого должника в субсидиарное), либо оно распространяется и на указанный в абзаце 1 случай освобождения старого должника от обязательства перед кредитором. С точки зрения буквы закона такого сужения сферы охвата данного правила о суброгации не наблюдается. В то же время, на наш взгляд, выведение случая с освобождением старого должника от обязательства из-под действия режима суброгации все-таки со всей очевидностью вытекает из телеологического толкования. Вариант, при котором старый должник освобождается от своего долга перед кредитором, а потом снова становится обязанным, только

<sup>34</sup> Интересно, что недавно опубликованный в Европе Проект общей системы координат европейского частного права (DCFR) использует в отношении случая полного выбытия изначального должника из обязательственной связи с кредитором понятие «полная замена должника», в отношении случая с переводом долга изначального должника в субсидиарный формат — понятие «частичная замена должника», а в отношении случая с возникновением солидаритета — понятие «присоединение нового должника» (статья III.-5:202).

теперь уже перед новым должником, осуществившим исполнение в пользу кредитора, выглядит достаточно экзотичным. Кроме того, этот вариант не вписывается в логику суброгации, ведь в случае последней к некоему лицу переходят права кредитора по исполненному им обязательству, в то время как в случае выбытия старого должника из обязательства его обязательственная связь с кредитором прекращается, и, соответственно, к новому должнику с точки зрения формальной логики никак не могут перейти *права кредитора* в отношении старого должника. Так что приходится признать, что перевод долга по соглашению между новым должником и кредитором с условием об освобождении старого должника от обязательства действительно приводит к бесповоротному и безвозмездному освобождению старого должника от долга, что неминуемо сталкивает нас с проблемой толкования статьи 575 ГК РФ о запрете дарения.

Если оставить за скобками вопрос об оправданности самого этого несколько странного и не вполне уместного запрета на дарение и анализировать ситуацию *de lege lata*, с точки зрения системного единства законодательного материала трудно признать допустимым вариант безвозмездного освобождения должника-коммерсанта от долга за счет вступления в него другого коммерсанта. Безусловно, такая форма освобождения изначального должника от долга может казаться отличной от классического договора дарения, так как здесь нет договора между дарителем (в данном случае новым должником) и одаряемым (старым должником). В то же время указание в этом абзаце на то, что старый должник может отказаться от освобождения себя от обязательства, по сути, объявляет, что его молчание равнозначно согласию на прекращение своего долга. Это, в свою очередь, позволяет говорить о том, что закон предусматривает равнозначность молчания старого должника согласию на прекращение его обязательства. Иначе говоря, такого рода освобождение должника от обязательства по соглашению между кредитором и новым должником при молчаливом согласии старого должника мыслимо представить и как трехстороннее соглашение об освобождении должника от долга, которое в силу пункта 2 статьи 438 ГК РФ заключается старым должником путем акцепта молчанием. В любом случае различия между этими конструкциями становятся трудноразличимыми. Соответственно, могут возникать вопросы о последовательности такого режима, в рамках которого закон признает запрет на дарение (в том числе в силу пункта 1 статьи 572 ГК РФ в форме освобождения от долга) и одновременно прямо допускает тот же самый по сути результат в ситуации, когда согласие одаряемого выражается в форме молчания. Означает ли это, что данная норма ГК РФ фактически легализует один из вариантов обхода законодательного запрета на дарение?

Очевидно, что такого рода вариант перевода долга должен допускаться тогда, когда в освобождении изначального должника-коммерсанта от его обязательства у сторон соглашения о переводе долга не было цели одарить и принять дар, и новый должник получал некую косвенную выгоду от освобождения изначального должника от долга (например, когда новым должником является материнская компания, заменяющая дочернее общество в долге перед кредитором). В остальных же случаях следует считать, что условие об освобождении старого должника — коммерческую организацию от обязательства с его переводом на нового должника, также представляющего собой коммерческую организацию, является недействительным и новый должник получит право на суброгацию. Признавать все соглашение о переводе долга и сам эффект замены должника в такой ситуации вряд ли оправданно, так как это может сильно ударить по интересам кредитора.



Нельзя не отметить и еще один вопрос, который вытекает из норм абзацев 1 и 2 комментируемого пункта. Абзац 1, с одной стороны, говорит о возникновении солидарного участия старого и нового должников в обязательстве, что по общему правилу должно было означать в силу пункта 2 статьи 325 ГК РФ не суброгацию прав от кредитора к исполнившему обязательство новому должнику, а возникновение у последнего регрессного требования к старому должнику (то есть, по сути, прекращение обязательства старого должника и возникновение нового обязательства между старым и новым должником с новым сроком исковой давности). С другой стороны, в абзаце 2 написано, что к исполнившему обязательство новому должнику *переходят права кредитора по этому обязательству*, то есть предписывается сохранение обязательства, изначально возникшего у старого должника, и суброгация. Видимо, данное противоречие следует примирять, считая, что в силу прямого указания в этой специальной норме закона к отношениям по солидаритету в рамках перевода долга правило пункта 2 статьи 325 ГК РФ о регрессном характере требования нового должника к старому не применяется.

При этом норма абзаца 2 допускает исключение суброгации в случае, когда на это указано в соглашении между новым и старым должником. С учетом того, что сам этот пункт говорит о последствиях перевода долга по соглашению между кредитором и новым должником (то есть соглашению, в котором старый должник не участвует), речь здесь идет о некоем отдельном соглашении между старым и новым должником, в котором стороны исключают суброгацию. Допустимость такого соглашения об исключении суброгации применительно к ситуации, когда старым и новым должниками являются коммерческие организации, может быть *de lege lata* также поставлена под сомнение с точки зрения запрета на дарение. Возможным решением является подход, согласно которому при отсутствии какой-либо встречной выгоды (возможно и косвенной) у нового должника от отказа от права на суброгацию и обнаружении направленности такого соглашения именно на одарение старого должника суды должны считать, что соглашение старого и нового должника об исключении суброгации является недействительным.

Наконец, следует обратить внимание на еще один нюанс. Как уже отмечалось выше, абзац 2 предусматривает суброгацию в качестве последствия исполнения новым должником обязательства старого должника, не ограничивая ее только случаем вступления нового должника в долг по модели солидаритета. Мы уже говорили, что из телеологического толкования этой нормы вытекает, что суброгация все-таки должна исключаться в случае перевода долга, предполагающего освобождение старого должника от обязательства. Но исключается ли она тогда, когда в соглашении между новым должником и кредитором предусмотрено, что изначальный должник не выбывает из обязательственной связи с кредитором, но его обязательство трансформируется в субсидиарное по отношению к обязательству нового должника? Аналогичный вопрос можно задать и когда такое соглашение лишь возлагает на нового должника субсидиарное обязательство по отношению к сохраняемому на старом должнике основному долгу. Как нам представляется, в первом случае суброгация вполне возможна. Если новый должник исполнил обязательство и требование к старому (теперь уже субсидиарному) должнику так и не было кредитором предъявлено, то ничто не препятствует суброгации. По сути, никакого принципиального отличия от модели солидаритета при погашении долга новым должником здесь не наблюдается. Тот же вывод о приемлемости суброга-

ции справедлив и во втором случае — с превращением в субсидиарного должника лица, на которого долг переводится. Если старый (основной) должник не исполнил обязательство и долг погашен субсидиарным должником, последний должен иметь предусмотренное этим абзацем право на суброгацию.

4. Норма пункта 4 о применении к переводу долга норм о форме уступки прав является императивной, так как определяет не права и обязанности сторон, а форму договора.

### **Статья 392. Возражения нового должника против требования кредитора**

**Новый должник вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на отношениях между кредитором и первоначальным должником, но не вправе осуществлять в отношении кредитора право на зачет встречного требования, принадлежащего первоначальному должнику.**

(в ред. Федерального закона от 21.12.2013 № 367-ФЗ)

#### *Комментарий*

Норма этой статьи не содержит прямого указания на ее природу. В то же время телеологическое толкование не оставляет сомнений в ее диспозитивности в той ситуации, когда перевод долга осуществляется на основании трехстороннего договора. Например, в соглашении о переводе долга, заключенном между кредитором, изначальным и новым должником, стороны могут договориться об отсутствии у нового должника права заявлять кредитору возражения, имевшиеся у прежнего должника, или предусмотреть право нового должника заявить зачет с опорой на встречные требования прежнего должника к кредитору. Очевидных политико-правовых резюнов ограничения этих проявлений свободы договора мы не наблюдаем.

Несколько к иному выводу можно прийти в ситуации, если перевод долга осуществляется на основании договора, в котором не участвует изначальный должник. Условия такого соглашения могут быть признаны недопустимыми в той части, в которой они отступают от содержания комментируемой нормы в ущерб интересам изначального должника (если по условиям соглашения между новым должником и кредитором старый должник не выбывает из обязательства). Например, если в двустороннем соглашении нового должника и кредитора будет установлено, что новый должник получает право заявить зачет встречного требования, принадлежащего изначальному должнику (вопреки тому, что установлено в комментируемой статье), то это условие следует признать противоречащим закону. Соответственно, в этом контексте норма должна быть признана императивной. В то же время если такое двустороннее соглашение отклонится от нормы рассматриваемой статьи не в ущерб интересам изначального должника (например, новому должнику будет запрещено ссылаться на право приостановить встречное исполнение с опорой на наличие неисполненного встречного обязательства кредитора перед первоначальным должником), то это проявление свободы договора должно быть признано и последняя форма девиации договора от предписанной нормы должна считаться диспозитивной.

Из сказанного выше вытекает достаточно высокая (хотя и не безграничная) степень автономии воли сторон в блокировании перехода к новому должнику возражений изначального должника. Но, видимо, следует признать, что эта автономия не распространяется на те возражения, которые по своей природе не могут быть исключены по воле сторон в принципе (например, возражение об исковой давности).

**Статья 392.1. Права кредитора в отношении нового должника  
(введена Федеральным законом от 21.12.2013 № 367-ФЗ)**

- 1. Кредитор может осуществлять в отношении нового должника все права по обязательству, если иное не предусмотрено законом, договором или не вытекает из существа обязательства.**
- 2. Если при переводе долга первоначальный должник освобожден от обязательства, обеспечение исполнения обязательства, предоставленное третьим лицом, прекращается, за исключением случая, когда такое лицо согласилось отвечать за нового должника.**
- 3. Освобождение первоначального должника от обязательства распространяется на всякое предоставленное им обеспечение, если только имущество, являющееся предметом обеспечения, не передано им новому должнику.**

*Комментарий*

1. Норма пункта 1 является эксплицитно диспозитивной.
2. Норма пункта 2 о прекращении обеспечений, предоставленных третьим лицом, при переводе долга, сопровождающемся освобождением старого должника от обязательства, не может быть изменена сторонами соглашения о переводе долга, так как это напрямую затрагивало бы права залогодателя или поручителя, в этих соглашениях не участвующих. Единственный возможный вариант сохранения таких обеспечений, предусмотренный данной нормой, — это прямое согласие стороны, предоставившей обеспечение. Может ли это согласие быть дано предварительно, в том числе в самом договоре залога или поручительства, и при этом выдаваться без указания конкретных лиц, перевод долга на которых не прекращает обеспечений (то есть в абстрактной форме)? Применительно к поручительству пункт 2 статьи 367 ГК РФ говорит о необходимости получения согласия поручителя на перевод долга, не конкретизируя вопрос о возможности предварительного согласия. Судебная практика ВАС РФ и ВС РФ, имевшаяся к моменту написания настоящего комментария, по данному вопросу однозначного ответа не дает<sup>35</sup>. В то же время

---

<sup>35</sup> В силу пункта 17 постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» такое согласие поручителя отвечать за нового должника «должно быть явно выраженным, а также содержать критерии, позволяющие с высокой степенью определенности установить круг лиц, при переводе долга на которых поручительство сохраняет силу». В то же время в практике ВС РФ допускается установление в договоре поручительства абстрактного согласия отвечать перед «любым новым должником» в случае перевода долга. По данному вопросу см.: вопрос № 22 Обзора законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2006 г. (утв. постановлением Президиума ВС РФ от 29.11.2006); вопрос № 1 Обзора законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2008 г. (утв. постановлением Президиума ВС РФ от 28.05.2008 в ред. от 10.10.2012).

новая редакция статьи 355 ГК РФ в отношении залога прямо указывает на то, что его сохранение при переводе долга может быть выговорено в самом договоре залога, что, с одной стороны, однозначно закрепляет допустимость предварительного согласования сохранения залога, а с другой — как минимум намекает на то, что такое согласие может быть и абстрактным.

В этих условиях очевидно, что такое согласие может быть дано заранее, в том числе и в форме условия договора залога или поручительства о том, что залогодатель или поручитель согласны на замену должника. Однако проблема абстрактного согласия на сохранение обеспечений при переводе долга на любого нового должника требует серьезного дополнительного изучения. Как нам представляется, с точки зрения системной логики ее решение должно быть синхронизировано с решением аналогичной проблемы с предварительным согласием кредитора на перевод долга.

3. Норма пункта 3 о том, что перевод долга с полным выходом старого должника из обязательства прекращает и все обеспечения, предоставленные старым должником в пользу кредитора по этому долгу, не содержит прямого указания на ее природу. В то же время, думается, нет причин считать ее императивной. Если в соглашении о переводе долга участвуют кредитор и сам изначальный должник, они, безусловно, могут определить судьбу предоставленных им обеспечений так, как посчитают нужным. В то же время, если соглашение о переводе долга заключается новым должником и кредитором, оно не может по-иному определить судьбу предоставленных старым должником обеспечений в ущерб интересам старого должника как стороны, не участвующей в этом соглашении.

### **Статья 392.2. Переход долга в силу закона (введена Федеральным законом от 21.12.2013 № 367-ФЗ)**

1. **Долг может перейти с должника на другое лицо по основаниям, предусмотренным законом.**
2. **Для перехода долга в силу закона не требуется согласие кредитора, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства.**

#### *Комментарий*

1. Норма пункта 1 не регулирует права и обязанности сторон договора. Оснований для телеологического выведения ее диспозитивной природы нет.
2. Норма пункта 2 разрешает вывести иное из закона или существа обязательства. Это ставит вопрос о допустимости согласования иного в договоре между кредитором и старым должником. Могут ли стороны такого договора установить, что согласие кредитора будет необходимым условием для эффективной замены должника, или вовсе запретить такой переход долга даже тогда, когда такая замена должника происходит в силу закона? Дать универсальный ответ, видимо, достаточно проблематично. Ключевое значение имеет то, на каком основании осуществляется переход долга. Если, например, речь идет о реорганизации, то вряд ли кредитор может заблокировать переход долга к организации-правопреемнику и оставить его на организации-правопреемнике вопреки разделительному балансу

или передаточному акту в силу того, что закон защищает его интересы иным путем (право на досрочное истребование долга), а также потому, что в ряде случаев при реорганизации прежний должник попросту прекращает свое существование. Аналогичным образом вряд ли кредитор может заблокировать переход долга к наследнику должника. Оставить долг на изначальном должнике невозможно объективно в силу его смерти, а освободить наследника от долга кредитор может за счет института прощения долга.

В то же время, видимо, могут быть ситуации, когда такое условие договора может быть признано законным. Например, статья 617 ГК РФ устанавливает правило о переходе прав и обязанностей по ранее заключенным договорам аренды к новому собственнику объекта аренды (так называемый принцип следования). То есть мы имеем случай перехода обязательств в силу закона. В то же время стороны договора аренды могут договориться о том, что при продаже арендодателем здания к новому собственнику права и обязанности арендодателя вопреки статье 617 ГК РФ не переходят или переходят только при согласии арендатора<sup>36</sup>. По сути, таким условием стороны говорят о том, что аренда при продаже здания прекращается, но арендодатель будет обязан возместить арендатору убытки, возникшие в связи с невозможностью исполнения арендодателем своих обязательств по договору. Допущение такого условия вполне логично, так как сам принцип следования закреплен в законе в первую очередь в интересах арендатора как кредитора. Если у последнего в реальности нет такого интереса (так как личность его контрагента, его репутация и способность исполнять свои обязательства по договору имеет для арендатора в данном конкретном случае большое значение), то это и будет отражено в договоре в условии об исключении принципа следования.

Таким образом, логично признать комментируемую норму императивной, но с ограниченной сферой императивности. Применительно к некоторым ситуациям норма может быть признана диспозитивной. Вопрос о выведении общих критериев такой дифференциации требует дополнительной проработки.

### **Статья 392.3. Передача договора (введена Федеральным законом от 21.12.2013 № 367-ФЗ)**

**В случае одновременной передачи стороной всех прав и обязанностей по договору другому лицу (передача договора) к сделке по передаче соответственно применяются правила об уступке требования и о переводе долга.**

#### *Комментарий*

Данная норма не определяет права и обязанности сторон договора, а предусматривает принцип регулирования соглашений о передаче договора.

---

<sup>36</sup> О диспозитивности принципа следования в аренде см. комментарий к ст. 617 ГК РФ.