

Гражданское право: В 2 т.

Том II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Издательство БЕК, 2000. -704с.

Источник:

<http://www.lawlibrary.narod.ru/>

Предисловие

Глава 28. Понятие и виды обязательств

Глава 29. Исполнение и прекращение обязательств

Глава 30. Гражданско-правовой договор

Глава 31. Договор купли-продажи

Глава 32. Договоры поставки товаров, контрактации и энергоснабжения

Глава 33. Договоры мены, дарения, ренты

Глава 34. Договоры аренды, лизинга, ссуды

Глава 35. Договор найма жилого помещения и другие жилищные обязательства

Глава 36. Договор подряда

Глава 37. Договоры строительного подряда

и подряда на выполнение проектных

и изыскательских работ

Глава 38. Правоотношения по использованию исключительных прав и ноу-хау

Глава 39. Авторские договоры и договоры о передаче смежных прав

Глава 40. Патентно-лицензионные договоры

Глава 41. Договоры на выполнение научно-исследовательских,

опытно-конструкторских

и технологических работ, на передачу научно-технической продукции и ноу-хау

Глава 42. Договор коммерческой концессии

Предисловие

Второй том настоящего учебника гражданского права вместе с предшествующим ему первым томом является переработанным и дополненным изданием учебника гражданского права, подготовленного авторским коллективом кафедры гражданского права юридического факультета МГУ и впервые вышедшего в Издательстве БЕК в 1993 г. Он основан на тех же исходных положениях, которые освещены в предисловии к первому тому, и следует систематике курса гражданского права, которая закреплена в программе данного курса, разработанной и используемой в учебном процессе названным коллективом авторов.

Учебник, как и лежащая в его основе программа курса гражданского права, исходит из разделения всего материала данного курса на две основные части, соответствующие двум учебным годам, которые обычно отводятся на изучение этой дисциплины учебными планами юридических вузов. В первой части курса гражданского права освещены общие положения гражданского права, вещные права, исключительные права и неимущественные права личности, т. е., по существу, "статика" регулируемых гражданским правом отношений. Завершающая, вторая часть данного курса полностью отводится изучению обязательств, т. е., по сути, выражающему "динамику" гражданских правоотношений гражданскому обороту. Соответственно этому второй том учебника целиком посвящен обязательственному праву - важнейшей и наиболее объемной части (подотрасли) гражданского права.

Цельное и последовательное изучение обязательственного права в единстве его общей и особенной частей в течение полного учебного года (двух семестров), как показывает многолетний опыт преподавания гражданского права на юридическом факультете

МГУ и в ряде других юридических вузов, способствует лучшему усвоению этого наиболее значительного по объему и достаточно сложного цивилистического материала. Такой подход, как представляется, в большей мере отвечает задачам изучения и преподавания гражданского права как учебной дисциплины.

Он основан на необходимости различия системы курса гражданского права и системы гражданского права как самостоятельной правовой отрасли, которые строятся на разных исходных началах. Традиционное копирование в цивилистической учебной литературе систематики Гражданского кодекса берет свое начало в принципах изучения в средневековых итальянских университетах древнеримских источников, прежде всего Юстиниановой кодификации, как непререкаемого образца - "писаного разума" (*ratio scripta*). Оно имеет в своей основе идею преобладающего значения для юридического образования текста действующих в соответствующем правопорядке правовых норм, т. е. догмы права, "законоведения", а не правовых категорий, конструкций и понятий в их развитии, в том числе в различных правопорядках ("правоведения"). При этом научное освоение цивилистической материи неизбежно переводится в область имеющего сугубо прикладную направленность комментирования действующего законодательства, что представляется особенно неприемлемым в современных отечественных условиях, когда многие вновь принимаемые нормативные акты отличаются крайним юридическим несовершенством, а некоторые из закрепленных в них правил представляют собой лишь результат недоразумений и законодательных ошибок.

Изложенные соображения особенно важны для изучения обязательственного права. Ведь с переходом к рыночной организации хозяйства обедненный и упрощенный прежним правопорядком гражданско-правовой оборот бурно развивается и усложняется, непосредственно влияя на развитие институтов и норм прежде всего обязательственного права. Вместе с тем именно в этой сфере, где в наибольшей мере проявляется специфика частноправового регулирования с присущими ему началами свободы договоров и диспозитивности в осуществлении и защите субъективных прав и обязанностей, особенно необходимы четкие ориентиры в виде сложившихся, выработанных реальными потребностями и многолетней практикой нормального товарообмена цивилистических категорий и конструкций, используемых участниками гражданского оборота для самостоятельной организации своих взаимоотношений. Изучение данной подотрасли, приобретающей в рыночных условиях особое практическое значение, тем более не должно теперь прерываться истечением учебного года, по традиции искусственно разрывавшим рассмотрение ее общей и особенной частей или необходимостью "попутного" изучения исключительных прав, "завершаясь" освещением наследственного права, как это имело место в сложившейся ранее системе курса гражданского права.

Сказанное касается не только систематики, но и содержания изучения гражданского права. Современный университетский курс гражданского права призван дать прежде всего серьезные, фундаментальные знания основных достижений цивилистической науки, не отвергая, разумеется, в необходимой мере и прикладных аспектов, но не ставя только их во главу угла. Неприемлемость иного подхода, чреватого привитием знаний и навыков, неизбежно устаревающих с появлением очередного нового законодательного акта, теперь становится очевидной. Необходимость ориентации преподавания гражданского права на указанные цели обосновывалась во введении к первому тому настоящего учебника.

При изучении материала, помещенного в данный том учебника, целесообразно использовать "Практикум по гражданскому праву. Часть 2", вышедший в Издательстве БЕК в 1998 г. под общей редакцией профессора Н. И. Коваленко, также подготовленный авторским коллективом кафедры гражданского права юридического факультета МГУ в соответствии с новой программой курса гражданского права.

Рекомендуемая в конце каждой главы тома

Дополнительная литература содержит лишь основные научно-теоретические источники по соответствующей проблематике и может быть дополнена по усмотрению преподавателя или кафедры конкретного вуза.

Зав. кафедрой гражданского права
декан юридического факультета МГУ,
доктор юридических наук,
профессор Е.Л. Суханов

Раздел VII. Общие положения об обязательствах и договорах

Глава 28. Понятие и виды обязательств

§ 1. Понятие обязательственного права

1. Обязательственное право как подотрасль гражданского (частного) права

Обязательственное право представляет собой составную часть (подотрасль) гражданского (частного) права, нормы которой непосредственно регулируют имущественный или экономический оборот, преобразуя его в форму гражданско-правового оборота. Иначе говоря, речь идет о правовом оформлении товарно-денежного обмена, т. е. рыночных взаимосвязей в собственном смысле слова. Именно в нормах обязательственного права многочисленные и разнообразные товарно-денежные связи конкретных субъектов обмена, составляющие экономическое понятие рынка, получают правовое признание и закрепление.

Обязательственное право регламентирует рынок, рыночный товарооборот, т. е. перемещение, переход товаров от одних владельцев к другим. Таким образом, обязательственное право представляет собой подотрасль гражданского права, регуливающую экономический оборот (товарообмен), о. е. отношения по переходу от одних лиц к другим материальных и иных благ, имеющих экономическую форму товара.

Как часть гражданского права обязательственное право имеет предметом определенные имущественные отношения (п. 1 ст. 2 ГК). В отличие от освещавшихся в первой части курса норм о право-субъектности (статусе) участников гражданских правоотношений, об их вещных, исключительных и личных неимущественных правах, оформляющих состояние принадлежности материальных и нематериальных благ, т. е. в целом статику регулируемых гражданским правом отношений, изучаемые во второй части курса нормы обязательственного права оформляют процесс перехода имущественных благ от одних лиц к другим, т. е. динамику гражданско-правовых отношений. Можно сказать, что первая часть курса имеет дело с основой, "скелетом" гражданского права, тогда как во второй части изучается "плоть и кровь" гражданского права, его "кровеносная система", которая питает всю организацию складывающихся в обществе имущественных взаимосвязей.

Отношения товарного (экономического) обмена отличаются большим многообразием, требующим глубоко развитого и весьма тщательного гражданско-правового оформления. Так, надо иметь в виду, что его предметом могут быть не только вещи, но и другие виды объектов, имеющих товарную, но не обязательно вещественную (материальную) форму, - результаты работ и услуг как вещественного, так и неовещественного характера (например, по перевозке грузов), имущественные права (в частности, безналичные деньги и "бездокументарные ценные бумаги"), некоторые нематериальные блага (определенные результаты творческой деятельности, охраноспособная информация и т. п.), каждый из которых требует для себя различного правового режима и становится предметом товарообмена с учетом этой специфики. При этом речь может идти как о полном отчуждении имущества, так и о передаче его во временное пользование; о возмездном (причем не обязательно эквивалентном) или о безвозмездном переходе соответствующих благ; о нормальных имущественных взаимосвязях и о последствиях их нарушения, например причинении имущественного вреда (поскольку и он сам, и способы его компенсации имеют товарно-денежную

форму). Конкретные взаимосвязи отдельных участников имущественного оборота (товарообмена) могут оформляться ими по типичным для таких отношений моделям поведения или строиться на отличающихся от них, например комплексных, началах, сочетающих элементы различных типов взаимоотношений.

Более того, в зависимости от конкретных потребностей участников оборота даже однотипные экономические взаимосвязи могут приобретать различную юридическую форму. Так, экономические отношения купли-продажи могут выступать в форме обязательств, основанных на различных разновидностях договора купли-продажи - розничной торговле, поставке (оптовой торговле), контрактации сельхозпродукции, снабжении энергоресурсами, а экономические отношения коммерческого посредничества могут оформляться обязательствами из различных договоров - поручения, комиссии, агентского соглашения, доверительного управления. Все это приводит к появлению и развитию многочисленных институтов и субинститутов обязательственного права, их широкой дифференциации, призванной удовлетворить многообразные и постоянно развивающиеся потребности участников товарообмена. Не случайно поэтому нормы обязательственного права в чисто количественном отношении преобладают в гражданском законодательстве, в том числе и в Гражданском кодексе, а само обязательственное право составляет наибольшую по объему подотрасль гражданского права. На изучение обязательственного права в курсе гражданского права отводится столько же места, сколько и на изучение всех его остальных подотраслей и институтов, вместе взятых.

В обязательственном праве наиболее отчетливо проявляется специфика частноправового регулирования, предопределяемая необходимостью существования и развития рыночного оборота. Ведь оно является адекватной правовой формой этого оборота, его порождением, необходимым следствием. Поэтому здесь в наибольшей мере проявляется действие таких принципов частного права, как юридическое равенство товаровладельцев, их самостоятельность и инициатива (диспозитивность) в осуществлении принадлежащих им прав, свобода заключаемых договоров, исключение произвольного вмешательства публичной власти в частные дела. Взаимные права и обязанности участников оборота по преимуществу регламентируются правилами диспозитивного, а не императивного характера. В решающей мере они оформляются свободными соглашениями самих участников, отражающими результаты взаимного согласования их конкретных индивидуальных интересов. В этой сфере известную роль призваны также сыграть обычаи делового оборота, складывающиеся на почве нормальных и устойчивых товарно-денежных связей. Поэтому участники таких отношений получают широкие возможности для самостоятельной организации товарообмена, а само обязательственное право становится одним из основных правовых инструментов управления и организации рыночной экономики.

2. Система обязательственного права

Как совокупность гражданско-правовых норм, регулирующих имущественный оборот, обязательственное право составляет определенную систему гражданско-правовых институтов, отражающую как общие категории, служащие гражданско-правовому оформлению всякого товарообмена, так и его различные, конкретные гражданско-правовые формы. Соответственно этому оно подразделяется на Общую и Особенную части.

Общая часть обязательственного права складывается из общих для всех обязательств положений, охватывающих понятие и виды обязательств, основания их возникновения, способы исполнения и прекращения. В силу особой важности договора как главного, наиболее распространенного основания возникновения обязательственных отношений сюда же включаются и общие положения о договоре (его понятие и виды, порядок заключения, изменения и расторжения и т. п.).

Особенная часть обязательственного права состоит из институтов, охватывающих нормы об отдельных однотипных разновидностях (группах) обязательств. К ним относятся:

1. обязательства по передаче имущества в собственность или в иное вещное право:

купля-продажа во всех ее разновидностях (розничная купля-продажа, купля-продажа недвижимости, поставка, контрактация, снабжение энергоресурсами через присоединенную сеть), а также мена, дарение и рента;

2. обязательства по передаче имущества в пользование: аренда (имущественный наем), лизинг (финансовая аренда) и ссуда (безвозмездное пользование имуществом), а также наем жилых помещений во всех его разновидностях;

3. обязательства по производству работ: подряд и строительный подряд, а также подряд на выполнение проектных и изыскательских работ;

4. обязательства по использованию исключительных прав и ноу-хау (объектов "интеллектуальной" и "промышленной собственности"): выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, а также обязательства, возникающие на основе лицензионных договоров об использовании изобретений и других объектов "промышленной собственности", договоров о передаче "ноу-хау", авторских договоров и договоров коммерческой концессии (франчайзинга);

5. обязательства по оказанию услуг: возмездное оказание консультационных, информационных, обучающих и иных специальных услуг, перевозка и транспортная экспедиция, хранение, юридические услуги (поручение, комиссия и агентские отношения) и доверительное управление имуществом, а также различные финансовые услуги (страхование, заем и кредит, финансирование под уступку денежного требования (факторинг), банковские услуги по принятию вклада, открытию и ведению банковских счетов и осуществлению безналичных расчетов);

6. обязательства из многосторонних сделок: простое товарищество (совместная деятельность) и обязательства, возникающие на основе учредительного договора о создании юридического лица;

7. обязательства из односторонних действий: действия в чужом интересе без поручения, публичное обещание награды и публичный конкурс¹;

8. внедоговорные (правоохранительные) обязательства, возникающие в связи с причинением вреда или с неосновательным обогащением.

Нетрудно видеть, что в основе данной систематики лежит традиционное для пандектной системы гражданского права деление обязательств на договорные и внедоговорные, а договорных обязательств - на обязательства по передаче имущества в собственность или в пользование, на обязательства по производству работ и по оказанию услуг, дополненное обязательствами по реализации результатов творческой деятельности (не известными классическому частному праву). Однако в отличие от традиционной систематики, стремившейся предложить закрытый, исчерпывающий перечень (*numerus clausus*) обязательств, данная система не исключает появления новых разновидностей обязательств, а также существование смешанных (комплексных) договорных обязательств. Она призвана дать лишь примерный, общий перечень обязательств, показав их основные разновидности (типы и виды).

Законодательная регламентация обязательственного права в основном следует указанной систематике. Так, в первой части ГК обособлена в качестве самостоятельного раздела III "Общая часть обязательственного права", которая в свою очередь делится на подраздел 1 "Общие положения об обязательствах" и подраздел 2 "Общие положения о договоре". Следующий за ней раздел IV "Отдельные виды обязательств", включающий нормы обо всех названных выше разновидностях обязательств, охватывает Особенную часть обязательственного права. Он является самым большим по объему разделом ГК, составляя всю его вторую часть.

В соответствии с данной системой строится и изложение обязательственного права во второй части курса гражданского права. Вместе с тем, учитывая дидактическую направленность курса, подлежащий изучению материал Особенной части обязательственного права в отдельных случаях разделяется здесь несколько иначе.

Например, с точки зрения сложности подлежащего изучению материала и его важности для имущественного оборота целесообразным становится выделение раздела об обязательствах по оказанию финансовых услуг и, напротив, объединение в одном разделе изложения обязательств из односторонних и из алеаторных сделок.

1 По традиции вслед за названными обязательствами рассматриваются отношения,

возникающие в связи с организацией и проведением игр и пари, т. е. с заключением и исполнением алеаторных (рисковых) сделок, которые не всегда признаются законом (ст 1062-1063 ГК) и тем самым не всегда порождают гражданско-правовые обязательства

3. Основные тенденции развития обязательственного права

Обязательственное право характеризуется некоторыми общими направлениями своего развития. Прежде всего, господствующее место в нем занимает договорное право, регулирующее нормальные экономические отношения обмена. Внедоговорные (правоохранительные) обязательства, особенно деликтные, напротив, являются формой гражданско-правовой ответственности за имущественные правонарушения, составляющие в целом исключительные ситуации, и в этом качестве обособляются от обычных (договорных) обязательств.

Вместе с тем обе эти сферы обязательственного права характеризуются усилением правовой защиты интересов добросовестных участников гражданского оборота. В договорном праве этому, например, служат многие правила о порядке заключения договоров, специальные правила о защите интересов граждан-потребителей, антимонопольные ограничения и запрет недобросовестной конкуренции и т. д., а в деликтном праве - ответственность независимо от вины правонарушителя, возмещение морального вреда и др.

Договорное право как ведущая часть обязательственного права развивается в связи с развитием и усложнением самого оборота. Здесь прослеживается дифференциация обязательств в сфере предпринимательской деятельности и обычных, общегражданских обязательств, среди которых выделяются договорные обязательства с участием граждан-потребителей. Развитие отношений обмена усиливает многообразие и усложняет систему гражданско-правовых договорных обязательств, влечет ее все более тщательную внутреннюю дифференциацию (складывавшуюся на основе традиционных, классических типов и видов договоров), появление комплексных (смешанных) и нетипичных договорных взаимосвязей. Оно вызывает также определенное обособление обязательств по отраслям экономической (хозяйственной) деятельности (торговля, строительство, транспорт, жилищная сфера, страховое, банковское обслуживание и т. д.), где нормы о гражданско-правовых договорах и возникающих на их основе обязательствах нередко составляют "ядро" соответствующего комплексного законодательства (иногда неточно называемого "торговым", "транспортным", "банковским", "жилищным" и тому подобным "правом"). При этом можно говорить о все большей коммерциализации современного договорного права, усиливающимся влиянии предпринимательских (коммерческих) обязательств на весь гражданский оборот. Об этом свидетельствует и все более значительное воздействие на него правил о договорных обязательствах, оформляющих внешнеэкономический товарообмен, а также известное усиление роли торговых обычаев, в том числе обычаев международного коммерческого (предпринимательского) оборота.

Все это, однако, не ведет к расчленению или распаду единого в своей основе гражданского оборота. Напротив, в регламентации постоянно усложняющихся и видоизменяющихся отношений товарообмена усиливается роль единых общих норм обязательственного права, позволяющих, в частности, отвечать и на запросы новой практики оборота. Более того, выделяются единые для всех сфер гражданского оборота виды обязательств, например денежные обязательства, возникающие в деятельности всех его участников.

Ряд общих тенденций свойственен и законодательству об обязательствах, особенно договорных. Здесь в первую очередь следует назвать тенденцию унификации договорного права, главным образом в сфере профессионального предпринимательского оборота, реализующуюся в форме создания унифицированных общих институтов, единообразно регулирующих товарообмен независимо от национальной (государственной) принадлежности его участников. Такие институты закрепляются в ряде специальных международных конвенций, в единообразных

нормативных и рекомендательных актах, в унификации торговых обычаев, что призвано облегчить и усовершенствовать отличающийся наибольшим динамизмом международный коммерческий (предпринимательский) оборот.

Данное обстоятельство оказывает большое влияние и на развитие внутреннего (национального) договорного права, что позволяет говорить об усилении его интернационализации. Именно под ее влиянием в национальном законодательстве появляются правила о многих новых видах договоров, таких, например, как лизинг (финансовая аренда), факторинг (финансирование под уступку денежного требования), франчайзинг (коммерческая концессия) и др., о некоторых новых способах обеспечения надлежащего исполнения договорных обязательств (банковская гарантия), совершенствуются правила о порядке заключения договоров и т. д. Названные тенденции активно проявляются в развитии законодательства о договорах не только в России, но и в других странах-членах СНГ, содействуя формированию между ними "единого правового пространства" прежде всего в сфере товарообмена, т. е. гражданского оборота.

§ 2. Понятие обязательства

1. Обязательство как гражданское правоотношение

Обязательство в самом общем виде представляет собой взаимоотношение участников экономического оборота (товарообмена), урегулированное нормами обязательственного права, т. е. одну из разновидностей гражданских правоотношений. Следовательно, его содержание, как и содержание всякого правоотношения, составляют определенные права и обязанности его участников (субъектов) (подробнее о понятии и содержании гражданского правоотношения см. гл. 5 т. 1 настоящего учебника). Этим обязательство отличается от фактических (неюридических) отношений, в том числе от "моральных", политических и тому подобных "обязательств", не пользующихся признанием со стороны государства (публичной власти) и не содержащих в силу этого прав и обязанностей. Так, закон не придает значения данному близким людям "обязательству" не участвовать в азартных играх, так же, впрочем, как и "обязанности" выплатить карточный "долг".

Вместе с тем обязательства как гражданские правоотношения необходимо отличать от правоотношений, относящихся к другим правовым отраслям (главным образом публичного права)¹. В частности, обязанность по уплате налогов является хотя и имущественной, но публично-правовой, а не частноправовой. Поэтому к налоговым отношениям, хотя бы и рассматриваемым в качестве "налоговых обязательств", в принципе неприменимы нормы обязательственного и в целом гражданского (частного) права (п. 3 ст. 2 ГК), например о законных процентах по денежным обязательствам, о способах обеспечения надлежащего исполнения обязательств, о перемене лиц в обязательствах и др. Сказанное следует иметь в виду и при оценке встречающихся иногда предложений использовать категорию "обязательство" в управленческих, финансовых, внутрихозяйственных (внутрифирменных) и иных отношениях, находящихся за пределами предмета гражданского права.

К семейно-правовым отношениям, в том числе алиментным или складывающимся на основе брачного договора, нормы обязательственного права могут применяться subsidiarily, если это не противоречит существу семейно-правового регулирования (ст. 4 СК). Что касается отношений, складывающихся на основе трудового договора, то их квалификация зависит от признания или отрицания частноправовой природы трудового права (см., например: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 23-24).

Все они связаны с попытками обосновать применение в данных областях в том или ином виде богатого и тщательно отработанного инструментария обязательственного права, созданного для нужд гражданского оборота, т. е. для частноправовой сферы, а потому в той или иной мере игнорируют отраслевое различие правоотношений, особенности частноправового и публично-правового регулирования¹.

Обязательство является лишь одной из разновидностей гражданских правоотношений. Поскольку обязательства оформляют процесс товарообмена, они относятся к группе имущественных правоотношений. В этом качестве они отличаются от гражданских правоотношений неимущественного характера, которые поэтому не могут приобретать форму обязательств². Невозможно, например, существование обязательства по защите чести и достоинства личности или по выдаче патента на изобретение (хотя передача патентообладателем прав на использование своего изобретения другим лицам происходит в форме договорного обязательства, ибо такие права имеют имущественную природу). Иное дело, что обязательства, как и сам товарообмен, в отдельных случаях могут носить неэквивалентный или вообще безвозмездный характер, что не изменяет их имущественную природу. Обязательство может быть направлено и на удовлетворение неимущественного интереса управомоченного лица или иметь предметом совершение обязанным лицом действий неимущественного характера, если при этом не теряется связь с имущественным обменом (например, в виде получения контрагентом за совершение таких действий денежного или иного имущественного эквивалента), чем сохраняется имущественная природа обязательства. Таковы, в частности, возмездные обязательства по предоставлению культурно-зрелищных, медицинских, ветеринарных услуг, а также услуг по обучению и туристическому обслуживанию.

1 Что касается искусственного конструирования так называемых хозяйственных (т. е. "частно-публичных") обязательств (см., например: Татук И. А., Ефеи В. П., Абова Т. Е. Хозяйственные обязательства. М., 1970), то оно имеет те же пороки, что и составляющая их базу "хозяйственно-правовая концепция" в целом (подробнее об этом см. гл. 1 т. 1 настоящего учебника).

2 Интересные соображения в пользу признания обязательств с сугубо неимущественным содержанием высказывались И. А. Покровским (см.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г.). М., 1998. С. 134-143). В дальнейшем они были также поддержаны И. Б. Новицким и Л. А. Лунцем (Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 57-59), но пока не стали общепризнанными и не получили законодательного закрепления.

Обязательство может быть направлено на организацию отношений товарообмена, т. е. содержать некоторые условия будущего перехода имущественных благ. Таковы, например, обязательства участников предварительного договора, которые обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором (п. 1 ст. 429 ГК), а также обязательства участников договоров полного и простого товарищества. Но такие предварительные обязательства, в том числе и с организационным содержанием, всегда прямо обслуживают имущественный (товарный) оборот, неотделимы от него и не имеют самостоятельного значения. Поэтому их существование не колеблет положения об имущественном характере обязательственных отношений¹.

Обязательства отличаются и от других имущественных гражданских правоотношений - вещных и исключительных. Эти гражданские правоотношения, оформляющие принадлежность (при-своенность) материальных и нематериальных благ, по своей юридической природе, как известно, являются абсолютными, поскольку в них конкретным управомоченным лицам противостоит неопределенный круг обязанных лиц ("все третьи лица"), которые должны воздерживаться от неправомерных посягательств на чужое имущество и не препятствовать управомоченным лицам осуществлять их права ("обязанности пассивного типа").

Обязательства оформляют конкретные акты экономического обмена, возникающие между вполне определенными участниками. Поэтому они представляют собой типичные относительные правоотношения, характеризующиеся четким субъектным составом. В силу этого обязательство юридически связывает только конкретное обязанное лицо. Если, например, последнее в нарушение своей обязанности

производит исполнение не своему контрагенту-управомоченному, а иному (третьему) лицу, то сам управомоченный обычно не вправе потребовать что-либо от этого третьего лица, ибо обязательство не может создать обязанности для тех, кто в нем не участвовал (п. 3 ст. 308 ГК).

В литературе выдвигалась идея об особом, самостоятельном характере организационных гражданско-правовых отношений, в том числе существующих "в форме соответствующих организационных обязательств" (Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения //СГиП. 1966. № 10. С. 50-57). Однако эта идея, во многом основанная на особенностях прежнего правопорядка, оформлявшего плано-регулируемую экономику, была подвергнута убедительной критике (подробнее об этом см.: Советское гражданское право. Ч. 1 Л., 1982. С. 11,321) и не получила большого распространения.

Но он сможет взыскать убытки со своего контрагента.

В абсолютных правоотношениях существо субъективного права, как известно, сводится к праву на собственное поведение (по отношению к неопределенному кругу обязанных лиц), тогда как в относительных правоотношениях оно становится правом требования конкретного поведения от обязанных лиц. Поэтому предмет обязательств составляют вполне определенные действия по передаче имущества, производству работ, оказанию услуг (выступающие в форме "обязанностей активного типа") либо воздержание от конкретных действий (например, обязанность не разглашать сущность полученного по договору секрета производства (ноу-хау) без согласия первоначального обладателя такой информации), а не общая обязанность не препятствовать кому-то в осуществлении его права, как в абсолютных правоотношениях.

Вместе с тем предметом вещных правоотношений могут быть только вещи, причем индивидуально определенные, а предметом отношений "интеллектуальной" и "промышленной собственности" - выраженные в объективной форме конкретные нематериальные объекты, тогда как предметом обязательства является поведение обязанных лиц, связанное с передачей самых различных объектов имущественного оборота, в том числе вещей, определенных не только индивидуальными, но и родовыми признаками, с производством работ, оказанием услуг материального и нематериального характера и т. д., по поводу которых не может возникнуть вещных или исключительных прав.

Обязательства тесно связаны с вещными и исключительными (абсолютными) правоотношениями. Ведь обладание имуществом (товаром) на соответствующем юридическом титуле, прежде всего - на праве собственности, с одной стороны, составляет необходимую предпосылку товарообмена, а с другой - становится его обычным результатом, закрепляя соответствующий имущественный объект за новым владельцем. Иначе говоря, абсолютные правоотношения закрепляют предпосылки и результаты товарообмена (т. е. относительных, обязательственных правоотношений), что позволяет говорить об их взаимозависимости, а иногда даже о производности обязательственных прав от вещных и исключительных¹.

¹ Встречающееся в литературе утверждение о производности отношений оборота (обмена) от отношений собственности (присвоения) представляется небесспорным, ибо сами классические отношения "товарной" собственности появляются как следствие формирования отношений товарообмена (см об этом гл. 15 т. 1 настоящего учебника).

Обязательства имеют черты общности с корпоративными (членскими) правоотношениями, тоже являющимися относительными и имущественными¹. В п. 2 ст. 48 ГК не вполне точно говорится даже об обязательственной природе всех отношений участников корпорации со "своей" организацией. Некоторые из отношений, складывающихся, например, между участником полного товарищества или общества с ограниченной ответственностью и товариществом или обществом в целом на основе учредительного договора (в частности, обязанности по внесению имущественного

вклада или по воздержанию от конкуренции с этим юридическим лицом), безусловно, имеют обязательственную природу. Вместе с тем отношения по управлению такой организацией (участие в формировании и работе общего собрания и других органов управления, контроль за их деятельностью и т. п.) являются корпоративными, а не обязательственными. Они оформляют не непосредственный товарообмен между участниками, а организацию управления и использования корпоративного имущества. Обязательства же являются юридической (гражданско-правовой) формой конкретных актов товарообмена, из которых складывается имущественный (гражданский) оборот.

2. Содержание и определение обязательства

Содержание обязательственного, как и всякого другого, правоотношения составляют права и обязанности его сторон (участников). Управомоченная сторона (субъект) обязательства именуется кредитором или верителем (от лат. *credo* - верю), поскольку предполагается, что она верит исполнителю другой стороны - своего контрагента, называемого здесь должником, т. е. лицом, обязанным к выполнению долга, или дебитором (от лат. *debitor* - должник). Соответственно этому субъективная обязанность должника по совершению определенных действий (или воздержанию от каких-либо действий) в обязательственном правоотношении называется долгом, а субъективное право - правом требования. Долг как субъективная обязанность составляет существо, специфику обязательственного правоотношения, но не исчерпывает его. Неправильно поэтому встречающееся иногда именование данной субъективной обязанности (долга) или даже оформляющего ее документа (например, долговой расписки) обязательством (долговым обязательством и т. п.).

1 Не случайно в литературе их иногда вообще относят к числу неимущественных, с чем, конечно, нельзя согласиться (подробнее о корпоративных правоотношениях см. гл. 5 и 7т 1 настоящего учебника).

Поскольку товарообмен предполагает вполне конкретные действия участников (по передаче имущества в собственность или в пользование, по производству работ, по оказанию услуг и т. д.), они и становятся предметом обязательства. Из содержания таких действий должно быть определено ясно, что именно обязан сделать конкретный должник. Сами же эти действия, составляющие содержание имущественного оборота (товарообмена), всегда так или иначе преследуют имущественные цели, выражают тот или иной имущественный интерес.

В развитом товарообмене предметом обязательства может быть и воздержание от конкретных действий. Например, сторонами договора комиссии может быть установлено обязательство услугодателя-получателя-комитента не заключать комиссионных сделок по реализации на данной территории таких же товаров с другими услугодателями-комиссионерами (п. 2 ст. 990 ГК), а на участника подрядного договора специальным соглашением может быть возложена обязанность неразглашения полученной от контрагента информации о новых решениях и технических знаниях (ст. 727 ГК). Наиболее широко обязательства в виде воздержания от действий применяются при создании и использовании объектов исключительных прав ("интеллектуальной" и "промышленной собственности").

Хотя предмет обязательства в большинстве случаев не сводится только к воздержанию от действий, указание на такую возможность необходимо, ибо в его отсутствие создается ошибочное представление о том, что данный предмет может составлять только совершение активных действий, а не пассивное поведение¹. В отличие от активных действий, всегда совершаемых должником в отношении кредитора, воздержание от каких-либо действий перед контрагентом фактически означает запрет совершения таких действий по отношению к иным (третьим) лицам (например, обязанность неразглашения каких-либо сведений; недопустимость передачи произведения для использования иным издателям; воздержание от конкуренции, представляющее собой недопустимость совершения аналогичных сделок с иными контрагентами, и т. д.).

1 Такое мнение высказано, например, Н. Д. Егоровым (см.: Гражданское право. Учебник /Под ред. Ю. К Толстого, А. П. Сергеева. Ч. 1. М., 1996. С. 418), основывающимся на мнении О. С. Иоффе о том, что "в реальной жизни не существует обязательств, обращенных лишь к пассивному поведению должника" (Иоффе О. С. Обязательственное право М., 1975. С. 6-8). Представляется, что данная позиция основывается на особенностях весьма обедненного ранее отечественного оборота. Между тем еще в дореволюционной цивилистике приводились случаи "обязательств с отрицательным содержанием" (например, договор о воздержании от конкуренции - см.: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г). М., 1995. С. 266), которые известны развитым правовым порядкам (см., например, § 241 Германского гражданского уложения).

Таким образом, обязательство представляет собой оформляющее акт товарообмена относительное гражданское правоотношение, в котором один участник (должник) обязан совершить в пользу другого участника (кредитора) определенное действие имущественного характера либо воздержаться от такого действия, а кредитор вправе требовать от должника исполнения его обязанности.

Аналогичное по сути определение обязательства закреплено и в п. 1 ст. 307 ГК, с тем лишь отличием, что законодатель не использует в нем сугубо научные категории правоотношения и товарного обмена, а также иллюстрирует возможный предмет обязательства примерным перечнем действий.

Существо обязательства сводится к обязанию конкретных лиц к определенному поведению в рамках имущественного (гражданского) оборота, т. е. к тем или иным формам товарообмена. Для него характерно "состояние связанности одного лица в отношении другого"¹. Действительно, обязательственное правоотношение как бы "обязывает", сплетает своих участников определенными узами (на чем, в частности, был основан отмечавшийся историками отечественного права старинный обряд связывания рук договаривающихся сторон и наименование самого договора "суплет-кой"). Такой подход к сущности обязательства, характерный для континентальной правовой системы, проистекает из представлений римского частного права об обязательстве как об определенных "правовых оковах" (*vinculum juris*), в силу которых лицо принуждается к исполнению какого-либо дела.

Традиционно поэтому принято считать, что субъективное обязательственное право есть "право на действие другого лица"², которое дает возможность господства над поведением должника, а в древности - даже и над самим должником (тогда как вещное право, прежде всего право собственности, позволяет осуществлять лишь господство над вещью). В современных условиях обязанность должника к определенному поведению (действию или, реже, к воздержанию от действия) означает, что кредитор вправе требовать от него исполнения под угрозой применения мер гражданско-правовой (имущественной) ответственности (ст. 396 ГК).

1 Новицкий И Б, Лунц Л А Указ соч С 66

2 Мейер Д И Русское гражданское право Ч 2 (по изданию 1902 г) М, 1997 С 106
Подробнее об истории развития обязательств см Покровский И А Указ соч С 236-244

3. Основания возникновения обязательств

Как и другие правоотношения, обязательства возникают из различных юридических фактов, называемых в обязательственном праве основаниями возникновения обязательств (п. 2 ст. 307 ГК). Следует подчеркнуть, что при отсутствии какого-либо из оснований, прямо предусмотренных ГК, обязательственных правоотношений не возникает, ибо отнюдь не все появляющиеся в реальной жизни факты или ситуации имеют юридическое и тем более обязательно-правовое значение. Так, создание объекта "интеллектуальной собственности" или приобретение права собственности на

имущество по давности владения (ср. пп. 4 и 5 п. 1 ст. 8 ГК) сами по себе не влекут появления каких-либо обязательств, будучи основаниями возникновения лишь определенного исключительного или вещного права. Поэтому для квалификации правоотношения в качестве обязательственного прежде всего необходимо установить основание его возникновения.

Наиболее распространенное основание возникновения обязательств составляет договор собственников вещей либо иных законных владельцев имущества (а в современном обороте - также и обладателей авторских, патентных и иных исключительных прав). Он представляет собой обычное, чаще всего встречающееся основание нормального товарообмена, а договорные обязательства - основную разновидность обязательств. При этом речь идет не только о договорах по передаче вещей, производству работ или оказанию услуг, но и о договорах об уступке (передаче) различных имущественных прав, в том числе исключительных и корпоративных.

Обязательства возникают и из иных, односторонних сделок. Например, содержащийся в завещании завещательный отказ после открытия наследства порождает обязательство между наследниками и отказополучателем (ст. 538 ГК 1964 г.).

Важно иметь в виду, что обязательственные правоотношения возникают и из сделок, не предусмотренных законом, но не противоречащих ему и порождающих гражданские права и обязанности в силу общих начал и смысла гражданского законодательства (п. 1 ст. 8 ГК). В связи с постоянным развитием и усложнением товарного оборота развитое законодательство не может содержать и не содержит исчерпывающего перечня допускаемых сделок, в том числе договоров (или их видов), учитывая общий принцип договорной свободы. Важно лишь, чтобы конкретные сделки участников оборота не противоречили законодательным запретам и предписаниям, а также соответствовали принципам и существу частноправового регулирования.

В ряде случаев основаниями возникновения обязательств становятся акты публичной власти. К их числу относятся, во-первых, административные акты государственных органов и органов местного самоуправления ненормативного (индивидуального) характера, если они прямо названы в этом качестве законом (пп. 2 п. 1 ст. 8 ГК).

Например, решение компетентного органа публичной власти об изъятии у частного собственника земельного участка для государственных нужд порождает обязательство по выкупу такого участка государством или его продаже с публичных торгов (п. 1 ст. 239 ГК), а решение о реквизиции вещи у частного собственника порождает обязательство по оплате ее стоимости (п. 1 ст. 242 ГК). Принятие государственным органом или органом местного самоуправления акта, не соответствующего закону или иному правовому акту, может стать основанием возникновения деликтного обязательства (ст. 16, 1069 ГК).

В прежнем правопорядке государство в лице своих органов непосредственно и широко вмешивалось в оборот, предписывая своими административными (плановыми) актами заключение большинства конкретных сделок между государственными юридическими лицами, а также распределяя некоторые виды дефицитного имущества, в частности жилья (путем выдачи ордеров на право заключения договоров жилищного найма). В настоящее время такие основания возникновения обязательств остались лишь как редкое исключение, главным образом в форме заказов на поставку и подрядные работы для государственных нужд (ср. п. 1 ст. 527 и ст. 765 ГК), а также ордеров на право заключения договоров социального найма жилья (п. 3 ст. 672 ГК).

Во-вторых, речь идет о судебных решениях, которые также могут порождать обязательства (пп. 3 п. 1 ст. 8 ГК). Так, решение суда об изъятии у частного собственника бесхозяйственно содержимых культурных ценностей порождает обязательство государства по их выкупу или продаже с публичных торгов (ст. 240 ГК), а решение суда по поводу разногласий, возникших при заключении договора, в соответствии со ст. 446 ГК определяет условия такого договора, т. е. становится основанием возникновения соответствующего договорного обязательства.

Обязательства возникают и в связи с совершением неправомерных действий по причинению вреда другому лицу или неосновательному обогащению за счет другого лица. Существо этих обязательств составляет обязанность компенсации причиненного вреда или возврата неосновательно приобретенного имущества, которая всегда носит

имущественный характер, включая и случаи возмещения морального вреда. Такие обязательства могут возникать в результате действий как граждан и юридических лиц, так и органов публичной власти, в том числе при принятии ими индивидуальных или нормативных актов, не соответствующих закону или иным правовым актам. Иногда обязательства возникают и вследствие таких юридических фактов, как юридические поступки, называемые законом "иными действиями граждан и юридических лиц" (пп. 8 п. 1 ст. 8 ГК), т. е. не являющихся сделками. Таковы, например, находка или обнаружение клада, порождающие обязательства соответственно по возврату найденной вещи (ст. 227 ГК) или по передаче клада либо его части собственнику имущества, где был обнаружен клад (п. 1 ст. 233 ГК), а также действия по предотвращению вреда личности или имуществу гражданина, порождающие обязательство по возмещению понесенных при этом расходов (п. 1 ст. 984 ГК), а в отдельных случаях - и по дополнительному вознаграждению (ст. 985 ГК). Наконец, основаниями возникновения обязательства могут стать не зависящие от воли людей юридические факты - события (пп. 9 п. 1 ст. 8 ГК), например открытие навигации, влекущее начало исполнения обязательств по речной перевозке, или наступление стихийного бедствия, являющегося страховым случаем по условиям договора страхования, при котором возникает обязанность по выплате страховой суммы. Юридические поступки и события не являются распространенными основаниями возникновения обязательств.

§ 3. Виды обязательств

1. Система обязательств

В соответствии со сложившейся системой обязательственного права обязательства разделяются по различным группам (видам), т. е. систематизируются. В основе их общепринятой систематизации, закреплённой ещё в Институциях Гая, лежит деление большинства обязательств по основаниям возникновения на две большие группы: договорные и внедоговорные. Так, обязательства, которые порождают акты публичной власти, существуют затем как договорные (например, при выдаче ордера, становящегося основанием заключения договора социального найма жилого помещения), либо как внедоговорные (деликтные). Однако такое деление не является всеохватывающим. В частности, за его рамками остаются обязательства, возникающие из односторонних сделок и из юридических поступков и событий.

Попытки сохранения традиционной двучленной основы систематизации за счёт расширения категории внедоговорных (правоохранительных) обязательств путём включения в них некоторых других обязательств, возникающих не из договоров, например обязательств из односторонних сделок (но не всех иных "недоговорных" обязательств)¹, представляются неудачными. С одной стороны, они искусственно разделяют однородные по сути обязательства из различных сделок (действий), а с другой - объединяют в одну группу обязательства из правомерных действий (сделок) и из правонарушений. Логичнее поэтому разделять все обязательства на регулятивные (договорные и иные обязательства правомерной направленности) и охранительные (из причинения вреда и из неосновательного обогащения, по сути представляющие собой разновидности гражданско-правовой ответственности).

По основаниям возникновения деление обязательств производится на три группы (ср. п. 2 ст. 307 ГК):

- обязательства из договоров и иных сделок;
- обязательства из неправомерных действий;
- обязательства из иных юридических фактов.

В свою очередь, разделяется и каждая из трёх названных групп обязательств:

* обязательства из сделок - на договорные обязательства и на обязательства из односторонних сделок;

* правоохранительные (внедоговорные) обязательства - на обязательства из деликтов и из неосновательного обогащения;

* иные обязательства - на обязательства, возникающие из юридических поступков и из событий.

Договорные обязательства как наиболее распространенный вид обязательств подвергаются еще более детальной систематизации. Они разделяются на типы:

- обязательства по передаче имущества в собственность;
- обязательства по передаче имущества в пользование;
- обязательства по производству работ;
- обязательства по реализации результатов творческой деятельности;
- обязательства по оказанию услуг;
- обязательства из многосторонних сделок.

1См., например Гражданское право. Ч. 1. Учебник/Под ред. Ю. К. Толстого, А.Л. Сергеева. С 419-420.

В свою очередь, типы договорных обязательств делятся на виды, например обязательства по передаче имущества в собственность состоят из таких видов, как купля-продажа, мена, дарение и рента. Виды этих обязательств дифференцируются на подвиды, или разновидности, например обязательства купли-продажи подразделяются на обязательства из розничной купли-продажи, поставки, контрактации, энергоснабжения и продажи недвижимости, которые сами могут иметь отдельные разновидности (например, среди обязательств по продаже недвижимости выделяются обязательства по продаже предприятий как единых имущественных комплексов). Важную роль играет деление договорных обязательств в зависимости от особенностей гражданско-правового статуса участвующих в них лиц. С этой точки зрения в первую очередь обособляются обязательства, связанные с осуществлением их сторонами предпринимательской деятельности. Речь идет об обязательствах, субъектами которых являются предприниматели - профессиональные участники имущественного оборота. Учитывая их профессионализм, закон устанавливает для них некоторые особые правила (в том числе допускающие максимальную свободу в формировании и изменении договорных обязательств, предусматривающие повышенные требования в вопросах ответственности и т. д.) (см., например, ст. 310, 315, п. 2 ст. 322, п. 1 ст. 359, п. 3 ст. 401, п. 3 ст. 428 ГК и др.). Совокупность таких специальных положений закона позволяет говорить о формировании на их основе особого, предпринимательского оборота, являющегося вместе с тем составной частью единого гражданского оборота (абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК)¹.

Наряду с этим выделяются обязательства с участием граждан-потребителей, в которых последние как экономически более слабая сторона пользуются особой, повышенной правовой защитой. В этих обязательствах закон в ряде случаев намеренно отступает от основополагающего частноправового принципа юридического равенства сторон, предоставляя гражданам-потребителям дополнительные возможности защиты своих прав и интересов, например путем установления повышенной, в том числе безвиновной, ответственности услугодателей (предпринимателей) перед потребителями или введения "конкуренции исков" по возмещению причиненного им вреда.

¹ Как известно, в некоторых правопорядках на этой основе в рамках частного права обособляется особое торговое, или коммерческое, право, которое традиционно отсутствует в отечественной правовой системе (подробнее об этом см. гл. 1т. 1 настоящего учебника).

Менее тщательно систематизируются внедоговорные (правоохранительные) обязательства. Среди них выделяется два типа - деликтные обязательства и обязательства из неосновательного обогащения, внутри которых имеются отдельные виды (например, обязательства из причинения вреда жизни и здоровью и обязательства

из причинения вреда имуществу), а иногда и подвиды.

Данная классификация, и прежде всего вытекающее из нее различие договорных и внедоговорных обязательств, имеет большое практическое значение. Если содержание первых в основном определяется волей сторон либо диспозитивными правилами законодательства, то вторые формируются главным образом на основе императивных предписаний закона. В них по-разному решаются многие важные вопросы, например о характере и размере возмещаемых убытков, о формах вины правонарушителя и о значении вины потерпевшего и др. На этом основано и различие ("конкуренция") договорных и деликтных исков о возмещении убытков, которые могут быть предъявлены к правонарушителю. Отечественное гражданское право, как и континентальное право в целом, в отличие от англо-американского правопорядка обычно не допускает конкуренции исков. Оно исходит из того, что по одному основанию к одному ответчику можно предъявить лишь один иск - договорный или внедоговорной¹.

2. Отдельные виды обязательств

Обязательства различаются также по своим юридическим особенностям - содержанию и соотношению прав и обязанностей, определенности или характеру предмета исполнения, количеству участвующих субъектов или участию иных лиц и т. п. Такие различия не составляют основы единой классификации всех обязательств, но позволяют выявить и учесть их конкретную юридическую специфику.

В развитом обороте относительно редко встречаются простейшие обязательства, в которых участвует только один должник, имеющий только обязанности, и только один кредитор, имеющий только права требования. Примерами таких односторонних обязательств являются заем и деликтные обязательства.

¹ При этом договорному требованию, как основанному на специальном, а не общем правомочии, отдается предпочтение (*lex specialis derogat lex generalis*) (подробнее о "конкуренции исков" см. также т. 1 настоящего учебника, с. 435 и 613).

Чаще каждый из участников обязательства имеет как права, так и обязанности, выступая одновременно в роли и должника, и кредитора (п. 2 ст. 308 ГК). Пример такого взаимного (двустороннего) обязательства представляет купля-продажа, в которой и продавец и покупатель обладают и правами и обязанностями по отношению друг к другу. Взаимные обязательства по общему правилу должны исполняться одновременно, если иное прямо не предусмотрено законом или договором. По условиям конкретного договора взаимные обязательства могут подлежать и встречному исполнению, которое должно производиться одной из сторон лишь после того, как другая сторона исполнила свое обязательство, т. е. последовательно, а не одновременно (ст. 328 ГК). Такие взаимные договорные обязательства иногда называют встречными.

Если стороны связаны только одной обязанностью и одним правом (как, например, в обязательстве займа или деликтном), обязательство считается простым, а если связей больше, чем одна (например, в купле-продаже), - сложным. Сложные обязательства подлежат юридической квалификации исходя из всей совокупности взаимных прав и обязанностей, а не из отдельных, хотя и важных взаимосвязей. Так, в едином сложном обязательстве транспортной экспедиции (п. 1 ст. 801 ГК) можно обнаружить элементы простых обязательств поручения и хранения, что не ведет к признанию его разновидностью или совокупностью данных обязательств.

Вместе с тем договорные обязательства могут быть не только сложными, но и смешанными (комплексными), состоящими из нескольких различных договорных обязательств. Например, стороны договора оптовой купли-продажи (поставки) могут одновременно установить в нем обязательства и по перевозке, и по хранению, и по страхованию соответствующих товаров. В таком случае к их отношениям в соответствующих частях будут применяться правила о договорных обязательствах, элементы которых содержатся в смешанном обязательстве (п. 3 ст. 421 ГК)¹.

С точки зрения определенности предмета исполнения выделяются альтернативные и факультативные обязательства.

1 Смешанные (комплексные) обязательства иногда становятся основой для постепенного формирования единых (сложных) обязательств. Так, обязательство по перевозке груза в дореволюционном русском праве рассматривалось как совокупность обязательств подряда, найма, хранения, поручения и личного найма, т. е. как смешанное (см., например: Шершеневт Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). М., 1994. С. 212). В современном же праве единая природа этого обязательства не вызывает сомнений.

Здесь дело касается ситуаций, когда предметом обязательства становится совершение должником не одного, а нескольких конкретных действий. В альтернативном обязательстве (от лат. *alternare* - чередоваться, меняться) должник обязан совершить для кредитора одно из нескольких действий, предусмотренных законом или договором, например передать вещь или уплатить денежную сумму. Так, согласно п. 2 ст. 26 Федерального закона об обществах с ограниченной ответственностью выходящему из общества участнику общество должно либо выплатить действительную стоимость его доли, либо выдать в натуре имущество такой же стоимости. При этом альтернативное обязательство, несмотря на имеющуюся в нем множественность предмета, - единое обязательство "с содержанием определенным, но еще не определенным"¹. Предмет обязательства здесь окончательно определяет сторона, уполномоченная выбрать исполнение.

Право выбора исполнения в альтернативном обязательстве принадлежит должнику, если иное не вытекает из закона или условий обязательства (ст. 320 ГК). Так, при выходе участника из общества с ограниченной ответственностью выбор характера компенсации за принадлежащую ему долю в имуществе осуществляет общество как должник по обязательству. Если же должник не осуществит выбор, кредитор не вправе делать это вместо него, а может заявить лишь такое же альтернативное требование (иск). Если, например, общество с ограниченной ответственностью в указанной ситуации не сделает выбор, бывший участник вправе предъявить к нему иск, указав, что он требует либо выплаты соответствующей суммы, либо выдачи имущества в натуре. Право выбора исполнения в альтернативном обязательстве закон может предоставить и кредитору. Например, при продаже вещи ненадлежащего качества уже покупатель-кредитор на основании п. 1 ст. 475 ГК вправе по своему выбору требовать от продавца либо уценки товара, либо устранения имеющихся недостатков, либо возмещения своих расходов на их устранение.

В факультативном обязательстве (от лат. *facultas* - способность, возможность, т. е. необязательность) должник обязан совершить в пользу кредитора конкретное действие, но вправе заменить это исполнение иным, заранее предусмотренным предметом. Так, подрядчик, выполнивший работу с недостатками, обязан их устранить, но вправе вместо этого заново выполнить данную работу безвозмездно с возмещением заказчику убытков от просрочки исполнения (п. 2 ст. 723 ГК).

1 Новицкий И Б, Лунц Л А Указ соч С 122

Следовательно, предмет исполнения здесь вполне определен, однако должник по своему усмотрению (выбору) может заменить его другим.

От альтернативного обязательства такое обязательство отличается прежде всего полной определенностью, безальтернативностью предмета исполнения, которой только и может потребовать кредитор. Последний не вправе требовать замены исполнения, а при невозможности исполнения (например, при случайной гибели результата работы подрядчика) факультативное обязательство прекращается, тогда как в альтернативном обязательстве отпадение одной из нескольких возможностей лишь сужает его предмет и не влияет на право кредитора требовать исполнения оставшихся возможностей. Обязательства подразделяются также на основные (главные) и дополнительные (зависимые, или акцессорные - от лат. *accessorius* - дополнительный, приходящий).

Дополнительные обязательства обычно обеспечивают надлежащее исполнение главных обязательств, например обязательства по выплате неустойки или по залогу имущества обеспечивают своевременный и полный возврат банковского кредита. Поскольку они целиком зависят от главных обязательств и теряют смысл в их отсутствие, закон говорит, что недействительность акцессорного обязательства не влечет недействительности основного обязательства, но недействительность главного обязательства ведет к недействительности зависимого обязательства, если иное прямо не предусмотрено законом (п. 2 и 3 ст. 329 ГК). Прекращение основного обязательства во всех случаях ведет к прекращению дополнительного обязательства. По предмету исполнения обособляются денежные обязательства, играющие особую роль в имущественном обороте¹. Предметом денежных обязательств являются действия по уплате денег (наличных или безналичных). Они представляют собой группу достаточно разнородных (простых и сложных) обязательств, возникающих как из любых возмездных договоров (по оплате товаров, работ, услуг и т. д.), так и из неправомерных действий (уплата сумм по возмещению причиненного вреда или возврат неосновательно полученных денежных сумм). Денежные обязательства могут входить в состав смешанных обязательств, а также являться как главными, так и дополнительными обязательствами.

¹ См Лунц Л А Деньги и денежные обязательства в гражданском праве М, 1999

При этом в соответствии с правилами ст. 317 ГК такие обязательства должны быть выражены и оплачены в рублях (в том числе при их установлении в виде эквивалента определенной суммы иностранной валюты или условных денежных единиц и т. п.). Закон специально предусматривает очередность погашения требований по денежному обязательству (ст. 319 ГК), устанавливает особенности ответственности за их нарушение (ст. 395 ГК) и некоторые другие их особенности.

По субъекту исполнения выделяются обязательства личного характера, в которых исполнение может производиться только лично должником и не может быть возложено на иное лицо (п. 1 ст. 313 ГК). Так, в издательском договоре на создание литературного произведения автор обязан лично выполнить лежащий на нем долг, а при возмещении вреда, причиненного здоровью гражданина, в роли кредитора может выступать только потерпевший. Таким образом, в обязательствах личного характера недопустима замена одной или обеих сторон, т. е. правопреемство, а потому они прекращаются с исчезновением такой стороны (смертью гражданина или ликвидацией либо реорганизацией юридического лица).

Разновидностью таких обязательств являются обязательства лично-доверительного характера, возникающие на основе взаимных договоров (например, договоров полного товарищества или поручения). Их главную особенность составляет право любой из сторон прервать исполнение данного обязательства в одностороннем порядке и без сообщения мотивов - из-за утраты взаимоотношениями сторон лично-доверительного характера (ср. ст. 77 и 977 ГК). Такие обязательства достаточно редки и не свойственны развитому имущественному обороту.

§ 4. Субъекты обязательства

1. Обязательства с множественностью лиц

В каждом обязательстве участвуют должник и кредитор. Но это не означает, что число участников всякого обязательства исчерпывается двумя лицами. Во-первых, количество кредиторов и должников в конкретном обязательстве не ограничивается, что ведет к появлению обязательств с множественностью лиц (должников или (и) кредиторов). Во-вторых, в некоторых обязательствах помимо должника и кредитора участвуют иные субъекты - третьи лица. В таких ситуациях речь идет об обязательствах с участием третьих лиц. Наконец, в-третьих, в большинстве случаев имеется возможность замены участвующих в конкретных обязательствах должников и кредиторов другими субъектами, т. е. перемены лиц в обязательствах. Таким образом, обязательства могут различаться и по своему субъектному составу.

Обязательства с множественностью лиц возникают в случаях участия на стороне должника, либо на стороне кредитора, либо с обеих сторон конкретного обязательства не одного, а нескольких лиц (п. 1 ст. 308 ГК). Если, например, три брата - наследники владельца дома продают перешедший к ним по завещанию дом супругам-приобретателям, то в обязательстве купли-продажи данного дома имеет место множественность лиц как на стороне продавца, так и на стороне покупателя. Поскольку роль должника в обязательстве сводится к исполнению им своей обязанности (долга), он рассматривается в качестве пассивной стороны, а множественность должников в конкретном обязательстве именуется пассивной. Кредитор в обязательстве требует его исполнения, будучи активной стороной, а множественность кредиторов называется поэтому активной. Если же в обязательстве одновременно участвуют и несколько должников, и несколько кредиторов, принято говорить о смешанной множественности лиц. Обязательства с множественностью должников или (и) кредиторов могут быть:

- долевыми;
- солидарными;
- субсидиарными.

Обязательства с множественностью лиц предполагаются (и обычно являются) долевыми. В таких обязательствах каждый из кредиторов имеет право требовать исполнения, а каждый из должников обязан исполнить обязательство в равной доле с другими, если только иное распределение долей прямо не вытекает из закона, иного правового акта или условий конкретного обязательства (ст. 321 ГК). Примером долевого обязательства являются обязательства участников простого или полного товарищества, возникшие на основе заключенных ими договоров о совместной деятельности или учредительных (ср. п. 2 ст. 1042 и п. 2 ст. 70 ГК). Долевые обязательства могут быть как активными или пассивными, так и смешанными. Другую, более сложную разновидность обязательств с множественностью лиц составляют солидарные обязательства (от лат. *solidus* - полный, целый). Солидарные обязательства характеризуются неделимостью долга (в пассивном солидарном обязательстве), права требования (в активном солидарном обязательстве) либо того и другого (в смешанном солидарном обязательстве).

При наличии солидарной обязанности нескольких должников перед кредитором (пассивное обязательство) последний вправе требовать ее исполнения как от всех должников вместе, так и от любого из них в отдельности, причем как в целом, так и в части долга (п. 1 ст. 323 ГК). Практически это означает, что, например, денежный долг нескольких солидарных должников целиком или в основной части может быть истребован кредитором лишь с одного из них (как правило, наиболее состоятельного) даже в случае, если его участие в образовании долга было минимальным. Более того, кредитор, не получивший полного удовлетворения от одного из солидарных должников, вправе в таком же порядке требовать недополученное от остальных должников, которые остаются обязанными перед ним до тех пор, пока обязательство не будет исполнено полностью (п. 2 ст. 323 ГК).

Получив исполнение от одного или нескольких наиболее обеспеченных должников, кредитор предоставляет им возможность далее рассчитывать с остальными содолжниками. Механизм же этих расчетов таков, что не гарантирует исполнившему обязательство должнику даже частичное возвращение долга остальными содолжниками. Дело в том, что при полном исполнении солидарного обязательства одним из содолжников оно считается прекратившимся и остальные должники освобождаются от исполнения кредитором. Вместо этого между ними и исполнившим обязательство должником возникает долевое обязательство, в котором последний занимает место кредитора. Он получает право требовать исполнения с бывших содолжников (в равных долях), за вычетом доли, падающей на него самого. Но при этом неуплаченное одним из содолжников должнику, исполнившему солидарную обязанность, падает в равной доле на него и на остальных должников (п. 2 ст. 325 ГК). Иначе говоря, исполнивший солидарное обязательство должник, по сути, несет еще и риск неисполнения обязательства другими содолжниками¹.

Ясно, что такие обязательства весьма выгодны кредиторам, так как существенно повышают их возможности полного удовлетворения своих требований.

1 Так, по одному из уголовных дел за хищение государственного имущества были осуждены три лица. Одно из них, уплатившее большую сумму в возмещение ущерба, обратилось в суд с заявлением о прекращении взыскания с него, ссылаясь на то, что другой соучастник возместил гораздо меньшую сумму, а третий вообще отказался от возмещения. В удовлетворении требования было обоснованно отказано, ибо все соучастники остаются обязанными до полного возмещения ущерба, которой мог быть полностью взыскан и с одного заявителя. Но и в таком случае последний смог бы потребовать с других соучастников по 1/3 суммы долга, а при отказе одного из них - взыскать с другого еще лишь 1/6 общей суммы (ВВС РСФСР 1981 №11 С 6).

Но они значительно ухудшают положение должников, любой из которых независимо от оснований и реального размера своего участия в солидарном обязательстве может быть обязан к его полному исполнению. Поэтому солидарные обязательства возникают лишь в исключительных случаях, прямо предусмотренных договором или законом (п. 1 ст. 322 ГК). Так, солидарными предполагаются обязанности нескольких должников, как и права нескольких кредиторов в обязательстве, связанном с осуществлением предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 322 ГК). В силу указаний закона солидарные обязательства возникают при неделимости предмета обязательства (например, при отчуждении принадлежащего супругам автомобиля); в отношениях поручительства (п. 1 ст. 363 ГК); у участников полного товарищества по обязательствам этого товарищества (п. 1 ст. 75 ГК), а у участников простого товарищества - по общим обязательствам, возникшим не из товарищеского договора (абз. 2 п. 1 ст. 1047 ГК); при совместном страховании одного объекта по одному договору несколькими страховщиками (ст. 953 ГК); у лиц, совместно причинивших имущественный вред (ч. 1 ст. 1080 ГК), и в некоторых других случаях.

В большинстве случаев в форму пассивных солидарных обязательств, по сути, облекается гражданско-правовая ответственность. Не случайно п. 1 ст. 322 ГК прямо отождествляет солидарную обязанность и солидарную ответственность¹.

При солидарности требований (в активном солидарном обязательстве) любой из сокредиторов вправе предъявить к должнику требование в полном объеме, а до момента предъявления такого требования должник вправе исполнить обязательство полностью любому из сокредиторов (п. 1 ст. 326 ГК), имея, таким образом, право выбора. Примером такого обязательства может служить обязанность по оплате аренды части дома, принадлежащего нескольким собственникам-арендодателям.

Полное исполнение обязательства должником одному из солидарных кредиторов освобождает должника от исполнения остальным сокредиторам и прекращает данное обязательство. Получивший исполнение кредитор обязан возместить другим сокредиторам причитающиеся им доли, которые предполагаются равными (п. 4 ст. 326 ГК). Иными словами, в этом случае возникает долевое обязательство получившего исполнение кредитора (становящегося должником) перед оставшимися сокредиторами.

¹ Подробнее о солидарной и долевой ответственности см.

§ 1 гл 13 т 1 настоящего учебника

Если отдельные участники солидарных обязательств (как пассивных, так и активных) связаны друг с другом дополнительными отношениями, в которых не участвуют другие субъекты этих обязательств, такие отношения связывают только этих участников. Например, один из содолжников может договориться с кредитором об отсрочке исполнения либо один из сокредиторов может предоставить такую отсрочку должнику. В таких ситуациях другие содолжники не вправе ссылаться на отсрочку, предоставленную одному из них, а должник не вправе противопоставлять возражение об отсрочке, согласованной с одним из кредиторов, другому сокредитору (ст. 324, п. 2 ст. 326 ГК).

Смешанные солидарные обязательства сочетают активные и пассивные солидарные

обязательства, т. е. характеризуются множественностью связанных солидарными отношениями лиц как на стороне кредитора, так и на стороне должника. Например, при покупке имущества одними супругами у других возникают взаимные обязательства по уплате покупной цены и передаче проданной вещи, в которых по общему правилу каждый из участников выступает и в качестве солидарного должника, и в качестве солидарного кредитора. К таким сложным обязательствам соответственно применяются правила об активных и пассивных солидарных обязательствах. Самостоятельную разновидность обязательств с множественностью лиц составляют субсидиарные (дополнительные, запасные) обязательства. Законом, иными правовыми актами или договором может быть предусмотрено, что при неудовлетворении требования кредитора основным должником оно может быть предъявлено в неисполненной части другому (субсидиарному, дополнительному) должнику (п. 1 ст. 399 ГК). Например, у основного ("материнского") общества возникает субсидиарная обязанность по оплате долгов его дочерней компании в случае банкротства последней по вине "материнского" общества (абз. 3 п. 2 ст. 105 ГК). Следовательно, субсидиарные обязательства имеют место при множественности лиц на стороне должника, т. е. могут быть либо пассивными, либо смешанными. От долевых и солидарных обязательств они отличаются невозможностью для кредитора предъявить требование об исполнении полностью или в части сразу же к субсидиарному должнику, минуя основного. Более того, субсидиарная обязанность вовсе не возникает при наличии возможности у кредитора удовлетворить свое требование путем зачета встречного однородного требования к основному должнику либо взыскания с него средств в бесспорном порядке (п. 2 ст. 399 ГК).

Субсидиарный должник до исполнения обязательства обязан предупредить основного должника о предъявленном к нему кредитором требовании либо привлечь основного должника к участию в судебном деле. Тогда основной должник сможет выдвинуть против требований кредитора имеющиеся у него возражения (например, о недействительности обязательства, истечении по нему исковой давности и т. д.), о которых не всегда осведомлен субсидиарный должник. В ином случае эти возражения основной должник вправе выдвинуть против субсидиарного должника при предъявлении к нему последним требования о возмещении исполненного им кредитором (п. 3 ст. 399 ГК).

Субсидиарное обязательство, подобно пассивному солидарному обязательству, также представляет собой разновидность (форму) гражданско-правовой ответственности: либо за действия основного должника, т. е. "за чужую вину" (например, в случае ответственности собственника имущества учреждения по долгам последнего на основании п. 2 ст. 120 ГК), либо за собственные упущения (например, в случае ответственности родителей за вред, причиненный их несовершеннолетними детьми на основании правил п. 2 ст. 1074 и ст. 1075 ГК)¹. Именно поэтому правила о субсидиарных обязательствах отнесены законом в главу, посвященную ответственности за нарушение обязательств.

¹ Подробнее о субсидиарной ответственности и ее разновидностях см.

§ 1 гл. 13 т. 1 настоящего учебника

В современной литературе ответственность поручителя, в том числе и субсидиарная, прямо предусмотренная в этом качестве ст. 363 ГК, нередко рассматривается в качестве исполнения обязанности, возникшей для поручителя из заключенного им договора. При этом указывается, что при иной трактовке поручительства исключается возможность привлечения поручителя к ответственности перед кредитором за собственные упущения (например, за допущенную им самим просрочку) (см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ, соч. С. 463-465). Вряд ли, однако, ответственность поручителя составляет исключение из числа других субсидиарных обязательств, тем более что и она возникает не только из договора, но и в случаях, предусмотренных законом (например, ч. 2 ст. 532 ГК), причем всегда лишь при наличии правонарушения (допущенного основным должником). Именно потому, что всякое субсидиарное обязательство является формой гражданско-правовой

ответственности, любой субсидиарный должник, а не только поручитель отвечает перед кредитором и за собственные уступки. В противном случае субсидиарная ответственность как особая разновидность гражданско-правовой ответственности вообще исчезает

2. Обязательства с участием третьих лиц

С основными субъектами обязательства (с кредитором или с должником либо с обоими одновременно) могут быть связаны правоотношения третьего лица, обычно не являющиеся в этом обязательстве ни должниками, ни кредиторами¹. Обязательства с участием третьих лиц составляют особую разновидность обязательств с точки зрения их субъектного состава. К ним относятся:

- * регрессные обязательства (по переложению исполненного долга на третье лицо),
- * обязательства в пользу третьего лица (а не кредитора),
- * обязательства, исполняемые (за должников) третьими лицами.

Регрессные ("обратные") обязательства возникают в тех случаях, когда должник по основному обязательству исполняет его вместо третьего лица либо по вине третьего лица (в последнем случае речь, по сути, идет о регрессной ответственности, по традиции облакаемой в форму обязательства). Так, солидарный должник, полностью исполнивший обязательство, получает право обратного требования (регресса) к остальным содолжникам (п. 2 ст. 325 ГК), а исполнивший обязательство субсидиарный должник получает аналогичное право по отношению к основному должнику (п. 3 ст. 399 ГК). Ведь в обоих случаях обязательство исполнено должником и за других лиц. Поскольку закон допускает исполнение обязательства лишь одним из содолжников (или субсидиарным должником), остальные содолжники (или основной должник в субсидиарном обязательстве), не исполнившие обязательство, рассматриваются в такой ситуации в качестве третьих лиц, становящихся затем должниками в регрессном обязательстве.

Хозяйственные товарищества и производственные кооперативы обязаны законом к возмещению вреда, причиненного их участниками (членами) в случаях осуществления ими предпринимательской или иной деятельности такого юридического лица (п. 2 ст. 1068 ГК). Последнее затем получает право обратного требования (регресса) к полному товарищу или члену кооператива в размере выплаченного по их вине возмещения (п. 1 ст. 1081 ГК). Иначе говоря, между товариществом или кооперативом как должником и потерпевшим как кредитором возникает деликтное обязательство, в котором непосредственный причинитель вреда (полный товарищ или член кооператива) не участвует, т. е. рассматривается в качестве третьего лица. После возмещения причиненного им вреда возникает регрессное обязательство, в котором юридическое лицо, бывшее в деликтном обязательстве должником, занимает место кредитора, а полный товарищ или член кооператива (третье лицо), по вине которого возник вред, становится на место должника (т. е., по сути, наступает его регрессная ответственность).

¹ О понятии третьего лица в гражданском праве подробнее см Брагинский МИ, Витрянский ВВ Указ соч С 290-291

Таким образом, регрессное обязательство всегда возникает в силу исполнения другого, основного обязательства, причем должник по основному обязательству превращается в кредитора по обязательству регрессному, а третье лицо занимает в нем место должника. Регрессное обязательство становится новым, самостоятельным обязательством, а не представляет собой замену кредитора (перемену лиц) в основном обязательстве (абз. 2 п. 1 ст. 382 ГК)

Вместе с тем оба эти обязательства тесно связаны. Об этом свидетельствует, в частности, то, что исковая давность по регрессным обязательствам начинает течь лишь с момента исполнения основного обязательства (п. 3 ст. 200 ГК). Но регрессное

обязательство нельзя рассматривать как дополнительное (акцессорное) по отношению к основному обязательству. Акцессорное обязательство (например, по уплате неустойки в виде штрафа или пени) существует лишь постольку, поскольку имеется главное обязательство, и автоматически прекращается с его прекращением. Регрессное обязательство, напротив, возникает при прекращении основного обязательства (вследствие исполнения) и только в этом смысле производно от него¹.

Не всякий должник может в регрессном порядке переложить свой долг или его часть на третье лицо. Это допустимо лишь тогда, когда исполнителем (должником) по основному обязательству должно было бы стать такое третье лицо, но в силу закона или договора им стал должник. Поэтому

регрессным можно считать всякое обязательство, в силу которого должник обязан совершить для кредитора определенные действия в связи с тем, что кредитор совершил аналогичные действия в пользу иного лица вместо должника или по его вине

В большинстве случаев регрессные обязательства, по существу, представляют собой разновидность гражданско-правовой ответственности.

Обязательства в пользу третьих лиц представляют собой обязательства, исполнение по которым должник обязан произвести не кредитору, а указанному (а иногда и не указанному) им в договоре третьему лицу, которое вправе требовать такого исполнения в свою пользу (абз 2 п 3 ст 308, п 1 ст. 430 ГК), т е, по сути, становится новым кредитором

1См Новицкий И Б, Лунц Л А Указ соч С 215

Однако множественности лиц на стороне кредитора здесь не возникает, ибо такое третье лицо вправе требовать исполнения обязательства полностью для себя, не будучи, однако, ни солидарным, ни субсидиарным, ни тем более долевым кредитором. При этом третье лицо получает право требования к должнику, но не может нести никаких обязанностей, поскольку оно не участвовало в формировании данного договорного обязательства (п. 3 ст. 308 ГК).

Примерами таких обязательств могут служить:

* обязательства из договора банковского вклада, внесенного в пользу третьих лиц (ст. 842 ГК), например родителями на имя своих детей;

* обязательства, вытекающие из договора страхования риска ответственности за причинение вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, поскольку он считается заключенным в пользу таких лиц, которым может быть причинен вред и которые заранее вообще могут быть неизвестны (ст. 931 ГК);

* обязательства из договора личного страхования (на случай причинения вреда жизни или здоровью застрахованного гражданина), заключенного в пользу не страхователя, а другого лица (выгодоприобретателя)(ст. 934 ГК).

Третье лицо в силу договора должника с первоначальным кредитором приобретает право требовать исполнения в свою пользу. Этим обязательство в пользу третьего лица отличается от обязательства, исполняемого третьему лицу, а не кредитору, т. е. от переадресования исполнения. Речь идет о праве кредитора указать должнику на необходимость произвести исполнение не ему, а другим (третьим) лицам, когда, например, кредитор по денежному обязательству просит должника уплатить не ему, а указанному им лицу (обычно - одному из своих кредиторов) или оптовый покупатель просит отгрузить купленные им товары не на свой склад, а непосредственно в адрес розничных продавцов (транзитом). В таких случаях третье лица не приобретают никаких прав требования в отношении должника, остающегося обязанным только перед своим кредитором.

Чтобы получить право требования по обязательству в пользу третьего лица, последнее должно прямо выразить должнику свое намерение воспользоваться данным правом¹.

¹ Традиционно принято считать, что лишь с этого момента третье лицо приобретает право требования к должнику (см.: Шершеневич Г. Ф Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г). С. 313-314). Об иных взглядах по этому вопросу см.

Брагинский М. И., Вшпрянский В. В. Указ. соч. С 294-296

Обычно это происходит после возникновения обязательства, а в обязательстве личного страхования в пользу третьего лица соответствующий договор вообще может быть заключен лишь с предварительного письменного согласия застрахованного (абз. 2 п. 2 ст. 934 ГК). До этого момента (либо при отказе третьего лица от своего права) обязательство может быть изменено или прекращено по соглашению должника и первоначального кредитора (п. 2 и 4 ст. 430 ГК) без участия третьего лица. Так, до выражения третьим лицом намерения воспользоваться правами вкладчика первоначальный вкладчик может изъять внесенный на имя третьего лица вклад полностью или в части (п. 2 ст. 842 ГК). Следовательно, в таких обязательствах сохраняется и первоначальный кредитор, который по общему правилу может воспользоваться правом требования, например при отказе третьего лица от этого права. Поэтому обязательства в пользу третьего лица нельзя рассматривать в качестве одного из случаев замены кредитора (уступки права требования).

После указанного момента изменить или прекратить обязательство в пользу третьего лица без его согласия стороны первоначального договора уже не вправе (если только иное прямо не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором). Однако должник в таком обязательстве может выдвинуть против требований третьего лица все возражения, которые он мог бы противопоставить первоначальному кредитору (п. 3 ст. 430 ГК).

Обязательство, исполняемое третьим лицом, представляет собой возложение должником исполнения своего долга на третье лицо ("перепоручение исполнения"). Оно допускается в большинстве обязательств, поскольку кредитору в принципе безразлично, кто его произведет (например, в денежном обязательстве), если только речь не идет об обязательствах личного характера. Таким образом, исполнение обязательства по общему правилу может быть возложено должником на третье лицо, причем кредитор обязан принять от последнего такое исполнение (п. 1 ст. 313 ГК), если только обязанность должника лично произвести исполнение прямо не вытекает из закона, иного правового акта, условий обязательства или его существа. Ясно, что такая возможность обычно соответствует интересам должника.

Так, покупатель может получать товар не только непосредственно от своего контрагента, например оптового поставщика, но и по его указанию - от изготовителя, который в этом случае в качестве третьего лица исполняет обязанности за продавца (не будучи стороной договора с этим покупателем); в силу указаний транспортного законодательства обязательства из договора железнодорожной перевозки пассажира или груза исполняются не только железной дорогой пункта отправления, но и не участвующими в этом договоре другими железными дорогами, по которым последовательно перевозятся пассажир или груз. Нередко такие случаи прямо предусматриваются законом. В частности, осуществляющий строительство объекта подрядчик вправе привлекать для производства отдельных видов работ субподрядчиков (п. 1 ст. 706 ГК); экспедитор в договоре транспортной экспедиции может возложить исполнение некоторых своих обязанностей на других лиц (ч. 1 ст. 805 ГК) и т. д.

Во всех таких случаях третье лицо, исполняющее за должника его обязательство или отдельные составляющие его обязанности, не может рассматриваться в качестве дополнительного должника. Кредитор не вступает с ним ни в какие правоотношения, и обязанным лицом перед ним все равно остается первоначальный должник, целиком отвечающий перед кредитором за надлежащее исполнение всех лежащих на нем обязанностей, в том числе за их неисполнение или ненадлежащее исполнение привлеченными им третьими лицами (ст. 403 ГК)¹. Иначе говоря, допускаемое законом или договором возложение должником исполнения своего обязательства на третье лицо не освобождает его от обязанности исполнения и от ответственности за недолжное исполнение.

Вместе с тем третье лицо в некоторых случаях вправе исполнить кредитору обязательство за должника и по своей инициативе - за свой счет и даже без согласия должника (п. 2 ст. 313 ГК). Такая ситуация возможна, если из-за неисполнения обязательства должником связанное с ним правоотношения третье лицо

подвергается опасности утратить имеющееся у него право на имущество должника. Например, в связи с обнаружившейся неплатежеспособностью арендатора здания и угрозой досрочного расторжения арендного договора с изъятием арендованного имущества субарендатор помещения вправе сам внести арендную плату арендодателю и в отношении этого долга выступить перед арендатором уже в роли кредитора.

В качестве редкого исключения специальным законом иногда могут предусматриваться случаи, когда ответственность перед кредитором за нарушение обязательства несет третье лицо, являющееся непосредственным исполнителем. Так, в соответствии с транспортным законодательством ответственность за нарушение обязательств из грузовых перевозок несет железная дорога назначения, а не отправления

Но и в таких ситуациях первоначальный должник также не устранивается из обязательства, ибо не происходит перевода долга на третье лицо - исполнителя, а кредитор тем самым получает право по своему выбору требовать исполнения от одного из них (см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ соч С 303-304).

Но в этом случае первоначальное обязательство не прекращается и не заменяется регрессным обязательством между третьим лицом и должником. Оно лишь изменяет субъектный состав, ибо место первоначального кредитора в нем занимает исполнившее обязательство третье лицо. Иначе говоря, в таком обязательстве происходит только замена одной из сторон в соответствии с правилами о перемене лиц в обязательстве (п. 2 ст. 313 ГК). Поэтому и речь здесь следует вести не об исполнении обязательства третьим лицом, а об одной из форм замены участвующего в нем кредитора.

3. Перемена лиц в обязательстве

Потребностями развитого имущественного оборота нередко диктуется замена участников обязательства. Например, возникшая у кредитора по денежному обязательству необходимость получения причитающихся ему денег ранее наступления оговоренного с должником срока исполнения вызвала к жизни различные формы оборота соответствующих прав требования (иногда именуемых долговыми обязательствами). Кредиторы уступают свои права на будущее получение денег другим лицам, в частности банкам, получая по ним немедленное исполнение за вычетом оговоренного процента за услугу (зависящего прежде всего от надежности должника, или "ликвидности требования"), а последние могут даже "скупать долги" определенных лиц для установления контроля за их деятельностью. В таких ситуациях имущественные права и обязанности становятся самостоятельными объектами гражданского оборота, что, в частности, открывает путь к развитию разнообразных форм биржевой торговли, например "торговли фьючерсами" (контрактами, предусматривающими исполнение в будущем). В международном коммерческом обороте уступка экспортером товара кредитной организации своих прав по получению денег с иностранного покупателя (в обмен на немедленную оплату большей их части) не только освобождает его от многих хлопот, но иногда и защищает от безнадежных долгов¹.

¹ См.: Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 231.

С этим, разумеется, ничего общего не имеют абсурдные попытки организовать по нормам гражданского права "оборот" публично-правовых обязанностей, например задолженностей по налоговым, таможенным и тому подобным платежам, в том числе путем выпуска органами самой публичной власти различных документов типа "казначейских налоговых освобождений", проведения "взаимозачетов" по недоимкам и т. п.

Поэтому в период действия обязательства по общему правилу возможна замена участвующих в нем лиц при сохранении самого обязательства. Дело может касаться либо перемены кредитора, именуемой уступкой права требования (поскольку именно оно определяет его положение в обязательстве), либо перемены должника, именуемой переводом долга (определяющего статус последнего), либо даже замены обоих этих участников. В любом случае из обязательства выбывает кто-либо из его участников, а к вступающему на его место новому участнику переходят права и обязанности прежнего. Иначе говоря, здесь имеет место правопреемство кредитора или должника. При этом указанное правопреемство относится ко всем правам и обязанностям, вытекающим из данного обязательства (в том числе обеспечивающим его надлежащее исполнение), если только законом или договором прямо не предусмотрено иное (ст. 384 ГК), например частичная уступка денежного требования.

Замена участников обязательства может не только осуществляться по соглашению сторон, но и предусматриваться непосредственно законом (ст. 387 ГК). Такая ситуация возникает в случаях универсального правопреемства в правах и обязанностях, в частности при преобразовании или слиянии юридических лиц и наследовании в случае смерти гражданина, а также в других предусмотренных законом случаях, например при переводе прав и обязанностей покупателя доли в праве общей собственности на сособственника, право преимущественной покупки которого нарушено приобретателем (п. 3 ст. 250 ГК), или при передаче комиссионером комитенту прав по заключенной им во исполнение договора комиссии сделке с третьим лицом (п. 2 ст. 993 ГК).

Вместе с тем замена участвующих в обязательстве лиц допускается не всегда. Исключение прежде всего касается обязательств строго личного характера. В частности, прямо запрещена уступка права требования возмещения вреда, вызванного повреждением здоровья или смертью гражданина (ст. 383 ГК), поскольку соответствующие платежи имеют строго целевое назначение. Перемена участников обязательства, в том числе замена кредитора, может быть запрещена законом, иными правовыми актами или даже договором сторон (п. 1 ст. 388 ГК). Например, в силу п. 2 ст. 631 ГК запрещается передача арендатором имущества по договору проката своих прав и обязанностей другому лицу. Закон может также ограничить круг субъектов, которые могут заменять участников конкретных обязательств. Так, в договорах финансирования под уступку денежного требования дальнейшая передача уступленного права допускается, если она прямо предусмотрена договором и только в пользу других финансовых агентов (факторов) (ст. 825, 829 ГК).

Уступка требования может совершаться в форме цессии, а также суброгации.

Цессия (от лат. *cessio* - уступка, передача) представляет собой акт передачи (уступки) права в силу заключенной между прежним кредитором (цедентом) и новым кредитором (цессионарием) сделки либо на основании иных предусмотренных непосредственно законом юридических фактов, приводящий к замене кредитора в обязательстве.

Сделка, лежащая в основе цессии, имеет своим предметом принадлежащее кредитору право требования. Она может быть как возмездной, так и безвозмездной и соответственно односторонней или двусторонней, консенсуальной либо реальной и т. д. Она требует простого письменного или нотариального оформления в зависимости от того, в какой форме была совершена основная сделка, права по которой уступаются (п. 1 ст. 389 ГК). Уступка прав по сделке, требующей государственной регистрации, например по сделке, связанной с отчуждением недвижимости, по общему правилу также подлежит государственной регистрации (п. 2 ст. 389 ГК). Уступка прав по ордерной ценной бумаге, например по переводному векселю, оформляется специальной передаточной надписью - индоссаментом (п. 3 ст. 389, п. 3 ст. 146 ГК)². При уступке прав первоначальный кредитор отвечает перед новым лишь за действительность уступленного им требования, но не отвечает за его исполнимость (если только он специально не принял на себя поручительство за должника) (ст. 390 ГК). С такого кредитора можно, следовательно, взыскать убытки, например за уступку просроченного требования, но нельзя ничего потребовать в связи с неплатежеспособностью должника. Лишь при уступке прав по ценным бумагам, оформленной индоссаментом, надписатель (индоссант) обычно отвечает как за

действительность, так и за исполнимость передаваемого по ценной бумаге имущественного права.

1 См.: Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Указ. соч. С. 223-224. В германском праве цессия обычно признается абстрактной сделкой, в принципе не зависящей от основного обязательства (см., например: Jauernig O. u. a. Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. 6 Aufl. München, 1991. S. 410-411).

М. И. Брагинский отрицает самостоятельность договора цессии, убедительно доказывая, что договор цедента с цессионарием является не особым гражданско-правовым договором, а договором купли-продажи прав либо их мены, дарения, факторинга и т. д. (см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 373-374).

2 Подробнее об этом см. §3гл.Эт.1 настоящего учебника.

Поскольку должнику по общему правилу должно быть безразлично, кому именно исполнять обязательство, его согласия на цессию не требуется, если только иное прямо не предусмотрено законом или договором (п. 2 ст. 382 ГК). В частности, согласие должника на цессию необходимо получить в случае, если личность кредитора имеет для него существенное значение (п. 2 ст. 388 ГК), например личность наймодателя в договоре жилищного найма далеко не безразлична для нанимателя. Во многих случаях договоры участников предпринимательской деятельности предусматривают невозможность замены субъекта обязательства без предварительного письменного согласия другой стороны.

В любом случае должника необходимо письменно уведомить о состоявшейся цессии, иначе он будет вправе произвести исполнение первоначальному кредитору. Кроме того, новому кредитору необходимо передать все документы, удостоверяющие право требования, и сообщить все сведения, имеющие значение для его осуществления, ибо должник может выдвинуть против цессионария все возражения, которые он имел против цедента (п. 2 ст. 385, ст. 386 ГК).

Развитый имущественный оборот допускает возможность частичной уступки права, например права требования не в полной сумме долга или уступки новому кредитору лишь права на взыскание неустойки с сохранением за первоначальным кредитором права требовать исполнения основного обязательства. Иначе говоря, цессия не всегда должна быть связана с полной заменой кредитора в обязательстве. Действующий ГК также не исключает данной возможности, если она прямо предусмотрена договором или законом¹.

Суброгация (от лат. subrogare - заменять, восполнять) - один из случаев уступки права, возникающей в силу закона и состоящей в переходе к новому кредитору требований в размере реально произведенной за них оплаты (или иного исполнения).

¹ Занимаемая современной судебно-арбитражной практикой иная позиция подвергается убедительной критике [см.: Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. 2-е изд. М., 1999. С. 476 (автор комментария -В. В. Витрянский)].

Понятие суброгации пришло из страхового права, согласно нормам которого к страховщику, выплатившему предусмотренное договором имущественного страхования возмещение застрахованному лицу, переходит право требования к лицу, ответственному за причиненные убытки, но в пределах фактически выплаченной им суммы (возмещенных в результате страхования убытков) (п. 1 ст. 965 ГК)¹.

Применение суброгации не ограничивается страховым правом. В качестве суброгации можно рассматривать и предусмотренную п. 2 ст. 313 ГК возможность третьего лица исполнить обязательство вместо должника без его согласия, получив взамен соответствующее право требования к нему.

Суброгация отличается от цессии, во-первых, тем, что всегда возникает в силу указанных в законе юридических фактов, а не по соглашению сторон. Во-вторых, объем получаемого новым кредитором требования при суброгации ограничен пределами фактически произведенных им прежнему кредитору выплат (или иного реально осуществленного исполнения), тогда как в случае цессии новый кредитор приобретает право требования прежнего кредитора в полном объеме, обычно компенсировав ему лишь известную часть причитающегося исполнения. В остальном на суброгацию по общему правилу распространяются положения о цессии.

При переводе долга в обязательстве происходит замена должника, что всегда безразлично кредитору. Ведь новый, неизвестный ему должник может оказаться неплатежеспособным, неисправным и т. д. Поэтому закон требует обязательного согласия кредитора на замену должника (п. 1 ст. 391 ГК). Вместе с тем в силу правопреемства новый должник вправе выдвигать против требований кредитора все возражения, которые имелись у первоначального должника (ст. 392 ГК).

Подобно цессии, перевод долга также может происходить как в силу договора (сделки), так и на основании иных юридических фактов, прямо указанных законом (например, в силу универсального правопреемства). К его оформлению предъявляются те же требования, что и к оформлению цессии. Договор о переводе долга является многосторонней сделкой, требующей соответствующего волеизъявления от старого и нового должника и от кредитора.

Такой переход права не следует смешивать с регрессным требованием, возникающим у третьего лица после исполнения им обязательства. В отличие от суброгации (и от цессии в целом) регресс является следствием прекращения обязательства (по причине его исполнения), а не замены участвовавшего в нем кредитора, в связи с чем к нему неприменимы правила о цессии (абз. 2 п. 1 ст. 382 ГК).

Дополнительная литература

Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997 (гл. IV);

Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М., 1999. С. 103-330;

Научно-практический комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. 2-е изд. М., 1999. С. 384-389;

Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950; Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г.). М., 1998 (гл. XIV); Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995 (отделение III, § 33-39).

29. Исполнение и прекращение обязательств

§ 1. Исполнение обязательств

1. Понятие исполнения обязательств

Исполнение обязательства состоит в совершении должником в пользу кредитора конкретного действия, составляющего предмет обязательства, либо в воздержании от определенных обязательств действий.

Такое поведение должника должно точно соответствовать всем условиям обязательства, определенным договором или законом либо иным правовым актом, а также другими требованиями законодательства, а при их отсутствии - обычаям делового оборота или иным обычно предъявляемым требованиям (ст. 309 ГК)¹. Исполнение, произведенное должником кредитору обусловленным в их договоре, указанным в законе или соответствующим обычаям способом в установленный срок и в должном месте, признается надлежащим. Надлежащее исполнение во всех случаях

освобождает должника от его обязанностей и прекращает обязательство (п. 1 ст. 408 ГК). Оно составляет цель установления и существования всех обязательств. Всякое иное исполнение, не являющееся надлежащим, например частичное или с просрочкой, становится основанием для применения к должнику соответствующих принудительных мер, включая и меры гражданско-правовой ответственности. Исполнение обязательства как правомерное и волевое действие (поведение) должника, направленное на прекращение имеющейся у него обязанности (долга), представляет собой сделку, причем нередко одностороннюю². С этой точки зрения оно подчиняется общим правилам о сделках, в том числе о форме сделок.

1 О понятии и значении обычая см.

§ 1 гл.4 т. 1 настоящего учебника. В развитом предпринимательском, в том числе в международном коммерческом, обороте важное значение неизменно придается соответствию исполнения договорных обязательств торговым обычаям и сложившейся практике взаимоотношений сторон ("заведенному порядку") (см.: Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. М., 1996. С. 21-24).

2 В литературе высказано мнение, что исполнение обязательства представляет собой не сделку, а юридический поступок, поскольку здесь "юридический эффект наступает независимо от субъективного момента" (Советское гражданское право Т. 1 /Под ред. О. А. Красавчикова. М., 1985. С. 471; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 360-361). В основе такого подхода лежит смешение цели и мотивов сделки, поскольку поведение должника во исполнение обязательства всегда имеет целевую направленность независимо от мотивов, которыми он при этом руководствуется.

2. Принципы исполнения обязательств

Исполнение любых обязательств подчиняется некоторым общим требованиям, составляющим принципы исполнения обязательств. Важнейшим из них является охарактеризованный выше принцип надлежащего исполнения. Применительно к договорным обязательствам в отечественном правопорядке он традиционно конкретизируется в понятии "договорной дисциплины", соблюдение которой предполагает необходимость точного и своевременного исполнения сторонами договора всех своих обязанностей в строгом соответствии с условиями их соглашения и требованиями законодательства.

Принцип недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства выражается в запрете одностороннего отказа должника от исполнения имеющихся обязанностей, а для договорных обязательств также в запрете одностороннего изменения их условий любым из участников (ст. 310 ГК)¹. Нарушение данного запрета рассматривается как основание для применения мер ответственности.

Односторонний отказ от исполнения обязательств или одностороннее изменение их условий разрешается лишь в виде исключения, прямо предусмотренного законом, в частности для обязательств, вытекающих из фидуциарных сделок, или, например, в договоре банковского вклада, где допускается одностороннее изменение банком размера процентов, начисляемых по срочным вкладам (п. 2 ст. 838 ГК). В обязательствах, связанных с осуществлением обоими участниками предпринимательской деятельности (т. е. в профессиональном, предпринимательском обороте), возможность одностороннего отказа от их исполнения или одностороннего изменения их условий может быть предусмотрена также договором.

Принцип реального исполнения означает необходимость совершения должником именно тех действий (или воздержания от определенных действий), которые предусмотрены содержанием обязательства. Из этого вытекает недопустимость по общему правилу замены предусмотренного обязательством исполнения денежной компенсацией (возмещением убытков).

¹В международном коммерческом обороте этот принцип обычно именуется

принципом обязательности договора ("pacta sunt servanda" - "договоры должны соблюдаться", хотя, как известно, в римском праве пакты в отличие от контрактов не были снабжены исковой защитой). См.: Принципы международных коммерческих договоров. М., 1996. С. 10-И.

Поэтому в случае ненадлежащего исполнения обязательства должник не освобождается от обязанности его дальнейшего исполнения в натуре, если только иное не предусмотрено законом или договором (п. 1 ст. 396 ГК).

В прежнем правопорядке названный принцип являлся одним из господствующих, ибо в плановом хозяйстве деньги фактически не имели значения всеобщего эквивалента, а потому и денежная компенсация убытков обычно не давала кредитору возможности приобрести нужные ему товары (заказать работы или услуги и т. д.). Однако и в рыночном хозяйстве данный принцип сохраняет известное значение, обусловленное необходимостью максимального обеспечения интересов кредитора, например в отношениях с должником, занимающим монопольное положение¹.

Этот принцип лежит в основе предоставленной кредитору неисправного должника возможности исполнить обязательство в натуре (изготовить вещь, выполнить работу или получить услугу) с помощью третьего лица или даже самому, но за счет своего контрагента (ст. 397 ГК). По той же причине при неисполнении должником обязательства по передаче кредитору индивидуально-определенной вещи последний вправе потребовать отобрания этой вещи у должника (ч. 1 ст. 398 ГК). Обязанность по возмещению внедоговорного вреда также может заключаться в его возмещении в натуре (предоставление вещи того же рода и качества, ремонт поврежденной вещи и т. п.) (ст. 1082 ГК).

Вместе с тем во многих случаях практически невозможно понудить неисправного должника к исполнению его обязательства в натуре даже путем исполнения судебного решения (например, при нарушении им обязательств по поставке товаров, перевозке грузов, проведению строительных работ). Поэтому по общему (впрочем, диспозитивному) правилу закона должник, исполняющий обязательство хотя бы и ненадлежащим образом (например, с просрочкой или частично), не освобождается от обязанности его дальнейшего исполнения в натуре, тогда как должник, вовсе не исполняющий свое обязательство, такой обязанности не несет, но должен возместить все причиненные этим убытки (ср. п. 1 и 2 ст. 396 ГК), включая возможное исполнение этого обязательства за его счет другим лицом.

¹ Как писал И. А. Покровский, "теоретически наиболее идеальным средством было бы такое, которое доставляло бы кредитору именно то, что составляет содержание обязательства, и там, где это технически возможно... праву нет никаких оснований отказываться от исполнения *in natura*" (Покровский И. А. Указ. соч. С. 242)

Должник также освобождается от исполнения обязательства в натуре, если такое исполнение вследствие допущенной им просрочки утратило интерес для кредитора либо последний согласился получить за него отступное (п. 3 ст. 396 ГК). Исполнение обязательства должно также подчиняться принципам разумности и добросовестности как общим принципам осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей (п. 3 ст. 10 ГК). В соответствии с принципом разумности, например, обязательства должны исполняться "в разумный срок" (если точный срок их исполнения не предусмотрен и не может быть определен по условиям конкретного обязательства); кредитор вправе "за разумную цену" поручить исполнение обязательства третьему лицу за счет неисправного должника; кредитор должен принять "разумные меры" к уменьшению убытков, причиненных ему неисправным должником, и т. д. На принципе добросовестности, в частности, основаны императивные правила исполнения подрядных обязательств об "экономном и расчетливом использовании" подрядчиком материала, предоставленного заказчиком (п. 1 ст. 713 ГК), и о необходимости содействия заказчика подрядчику в выполнении работы (п. 1 ст. 718 ГК). При исполнении договорных обязательств, возникающих в международном коммерческом обороте, обязательными признаются принципы "добросовестности и

честной деловой практики", а также взаимного сотрудничества сторон¹.

3. Условия исполнения обязательств

К условиям, характеризующим надлежащее исполнение обязательства, относятся требования, предъявляемые к субъекту и предмету исполнения, а также к сроку, месту и способу исполнения. Такие условия обычно закрепляются диспозитивными нормами закона, что дает возможность его участникам избрать конкретный вариант исполнения обязательства, в наибольшей степени отвечающий их интересам.

Субъектом исполнения обязательства является должник. Обычно предполагается, что он сам исполняет лежащий на нем долг (что является безусловным требованием в обязательствах личного характера).

¹ См Принципы международных коммерческих договоров С 18-21 Согласно ст 5 3 названных Принципов "каждая сторона должна сотрудничать с другой стороной, если такое сотрудничество можно разумно ожидать в связи с исполнением обязательств этой стороны" (там же С 117-118)

Однако во многих обязательствах допускается перепоручение исполнения, т. е. возложение должником исполнения своего обязательства на третье лицо (которое в зависимости от обстоятельств дела может произвести исполнение как непосредственно кредитору, так и самому должнику). Как уже отмечалось, должник в данной ситуации не выбывает из обязательства, оставаясь полностью ответственным перед кредитором за исполнение, осуществляемое таким третьим лицом.

Должник обязан произвести исполнение надлежащему лицу - кредитору или управомоченному им лицу - и вправе специально удостовериться в этом (ст. 312 ГК). По указанию кредитора допускается переадресование исполнения - исполнение обязательства вместо кредитора третьему лицу. При этом третье лицо не приобретает никаких прав требования в отношении должника, что принципиально отличает данную ситуацию от договорного обязательства, заранее заключенного в пользу третьего лица (которое получает возможность вместо кредитора требовать исполнения от должника). С этой точки зрения свои особенности исполнения имеют также охарактеризованные выше обязательства с множественностью лиц (должников и (или) кредиторов): долевые, солидарные и субсидиарные.

Предмет исполнения должен быть либо точно определенным, либо по крайней мере определенным (исходя из содержания и существа обязательства и указаний закона), иначе исполнение соответствующего обязательства может стать затруднительным или совсем невозможным. Поэтому речь должна идти о передаче вещей, определенных индивидуальными или хотя бы родовыми признаками, о результатах работ или оказании конкретных услуг, об уплате определенных денежных сумм или воздержании от конкретных действий и т. д. Так, в возмездных обязательствах, вытекающих из договоров, цена товаров, работ или услуг обычно прямо устанавливается соглашением сторон, а при невозможности ее определения исполнение оплачивается по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги (ст. 424 ГК).

В охарактеризованных ранее альтернативных обязательствах предусматривается несколько различных предметов, из которых исполнение производится лишь одним (по общему правилу - по выбору должника). В факультативных обязательствах устанавливается один предмет исполнения, который, однако, может быть заменен должником на иной, но также заранее определенный.

В денежных обязательствах исполнение допускается только в рублях, причем наличные деньги (рубли) объявлены законным платежным средством, обязательным к приему всеми кредиторами. Это правило распространяется и на договоры, в которых сумма исполнения определена в рублях, но эквивалентно определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах (п. 2 ст. 317 ГК). Исполнение денежных обязательств в иностранной валюте на российской территории допустимо лишь в случаях, в порядке и на условиях, определенных специальным валютным

законодательством (в частности, в расчетах с иностранными контрагентами). Срок исполнения обязательства может предусматриваться в виде конкретной даты (дня) или периода времени, в течение которого оно подлежит исполнению. В последнем случае исполнение может последовать в любой момент в пределах этого периода (п. 1 ст. 314 ГК). Если, например, обязательство поставки товаров согласно договору подлежит исполнению ежемесячно в течение года, то поставщик (должник) вправе поставлять отдельные партии товаров в любой день соответствующего месяца. При невозможности точного установления срока исполнения обязательство подлежит исполнению в разумный срок после его возникновения (п. 2 ст. 314 ГК). Разумный срок определяется существом обязательства (например, срок хранения верхней одежды посетителей в гардеробе организации) и обычаями делового оборота (например, срок доставки груза по договору морской перевозки).

Срок исполнения обязательства может быть также определен моментом востребования ("обязательства с неопределенным сроком"), например в некоторых договорах хранения или банковского вклада. В этом случае должник обязан исполнить такое обязательство в семидневный срок с момента предъявления кредитором требования о его исполнении, если только иное не вытекает из законодательства, условий или существа самого обязательства, а также обычаев делового оборота (абз. 2 п. 2 ст. 314 ГК). Так, банк обязан выдать вклад до востребования по первому требованию вкладчика, а хранитель обязан возвратить принятую на хранение вещь по первому требованию поклажедателя (ст. 904 ГК), т. е. немедленно, без предоставления им такого льготного срока. Для должника по договору займа с неопределенным сроком исполнения закон предусматривает 30-дневный льготный срок (абз. 2 п. 1 ст. 810 ГК). Досрочное исполнение должником своего обязательства допустимо в качестве общего правила, если иное не вытекает из законодательства, условий обязательства или его существа. Так, беспроцентный (безвозмездный) заем по общему правилу может быть возвращен досрочно, а заем, предоставленный под проценты, может быть возвращен досрочно лишь с согласия заимодавца (п. 2 ст. 810 ГК), имеющего интерес в начислении и получении процентов по займу. Существу обязательства хранения противоречит досрочное его исполнение хранителем, влекущее возврат принятой вещи. Досрочное исполнение обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, вообще допустимо только при наличии прямого указания законодательства либо если такая возможность непосредственно следует из содержания или существа самого обязательства либо из обычаев делового оборота (ст. 315 ГК)1.

Просрочка в исполнении обязательства должником влечет его ответственность за возникшие у кредитора убытки, в том числе и за случайно (без его вины) наступившую в этот период невозможность исполнения, например случайную гибель или порчу подлежащей передаче кредитору вещи (п. 1 ст. 405 ГК). Если вследствие просрочки исполнение утратило интерес для кредитора (например, заказанное им новогоднее оформление изготовили и доставили 2 января), он вправе отказаться от принятия исполнения, взыскав понесенные при этом убытки. В таких случаях принято говорить о строго определенных, или "жестких", сроках (ср. п. 2 ст. 457 ГК). Кредитор может взыскать с неисправного должника штрафные санкции (неустойку), предусмотренные законом или договором, в соответствии со ст. 394, 395 ГК.

Кредитор по обязательству также может оказаться в просрочке. Просрочка кредитора может наступить:

1. во-первых, в случае его отказа в принятии надлежащего исполнения;
2. во-вторых, при несовершении им определенных действий, без которых должник не мог исполнить своего обязательства (например, кредитор не дал предусмотренных договором указаний о том, кому и куда необходимо отгружать конкретные партии товара);
3. в-третьих, при его отказе выдать расписку в исполнении, вернуть долговой документ или иным надлежащим образом удостоверить произведенное исполнение (п. 1 ст. 406, п. 2 ст. 408 ГК).

В перечисленных случаях принято говорить о неисполнении кредитором лежащих на нем кредиторских обязанностей.

В международных коммерческих отношениях кредитор по общему правилу вправе отказаться от досрочного исполнения (см.: Принципы международных коммерческих договоров. С. 136-138).

При просрочке кредитора должник вправе требовать возмещения причиненных ему убытков, а по денежным обязательствам освобождается от уплаты процентов за время такой просрочки (п. 2 и 3 ст. 406 ГК). В некоторых случаях должник может даже отказаться от реального исполнения обязательства. Например, при уклонении заказчика от принятия работы, выполненной подрядчиком, последний вправе после двух предупреждений продать результат работы, а на заказчика, кроме того, ложится риск случайной гибели изготовленной или обработанной вещи (п. 6 и 7 ст. 720 ГК). Место исполнения обязательства определяется законом или договором, а также может вытекать из обычаев делового оборота или существа обязательства. Так, стороны могут договориться, что обязательство по передаче вещи исполняется в месте нахождения продавца или покупателя; сделки банка с клиентами исполняются в месте нахождения банка; театральная постановка или концерт происходят в обозначенном в билете месте нахождения театра или консерватории. В тех случаях, когда место исполнения обязательства невозможно определить, исполнение должно быть произведено в месте, указанном законом. Таким местом согласно ст. 316 ГК признается:

1. для обязательств по передаче недвижимости - место нахождения недвижимости;
2. для обязательств по передаче вещей (товаров), предусматривающих их перевозку, - место сдачи имущества перевозчику, а если такие обязательства возникли в сфере предпринимательской деятельности - известное кредитору место изготовления или хранения имущества (ибо затраты по последующей передаче имущества перевозчику должны согласовываться сторонами);
3. для денежных обязательств - место нахождения (или жительства) кредитора;
4. для всех других обязательств - место нахождения (или жительства) должника.

Способ исполнения обязательства также должен быть надлежащим, т. е. соответствующим требованиям законодательства, соглашению сторон, содержанию или существу обязательства либо обычаям оборота.

Так, исполнение обязательства по частям предполагается ненадлежащим, если только иное не допускается перечисленными выше правилами (ст. 311 ГК). Поэтому, например, оплата поставленных товаров не должна осуществляться частями (в рассрочку), если иное прямо не предусмотрено соглашением сторон, тогда как сами товары по договору поставки обычно поставляются отдельными партиями в согласованные периоды (ежемесячно, ежеквартально и т. д.). Частичное исполнение денежного обязательства при отсутствии специального соглашения сторон засчитывается прежде всего в погашение издержек кредитора по его получению (например, банковских расходов) и причитающихся кредитору процентов и лишь в оставшейся части - в погашение основной суммы долга (ст. 319 ГК). Должник при этом остается обязанным к выплате не только оставшейся суммы основного долга, но и санкций за просрочку в исполнении.

Взаимные (двусторонние) обязательства нередко предполагают, что исполнение обязанности одной из сторон невозможно до осуществления исполнения другой стороной. Например, продавец обязуется передать покупателю товар только после его предварительной (частичной или полной) оплаты. Такие ситуации называются встречным исполнением обязательств и должны быть прямо предусмотрены соглашением сторон (п. 1 ст. 328 ГК), т. е. могут возникнуть только при исполнении договорных обязательств. Если обязанная сторона не исполняет встречное обязательство, ее контрагент вправе по своему выбору либо приостановить исполнение своего обязательства, либо вообще отказаться от его исполнения и потребовать возмещения убытков. Если же такое обязательство исполнено лишь частично, то и встречное исполнение может быть приостановлено (либо в нем может быть отказано) в части, соответствующей непредоставленному встречному исполнению.

Обязательство по передаче денег или ценных бумаг может быть исполнено должником путем внесения этого имущества в депозит нотариуса или суда (ст. 327 ГК). Такой

способ исполнения допускается при отсутствии кредитора или его уклонении от принятия исполнения, неопределенности кредитора в конкретном обязательстве или его недееспособности. Внесение денег или ценных бумаг в депозит признается надлежащим исполнением, прекращающим соответствующее обязательство. На депозитария (нотариуса или суд) возлагается обязанность известить кредитора о принятом исполнении.

§ 2. Способы обеспечения исполнения обязательств

1. Сущность и значение способов обеспечения исполнения обязательств

Каждое обязательство основывается на вере кредитора в будущее исполнение должником действия, необходимого для удовлетворения интереса кредитора. Поэтому в русском гражданском праве кредитор в обязательстве традиционно именуется "веритель". Вера любого кредитора опирается в первую очередь на убежденность в том, что, вступая в обязательство, он вступает в правоотношение, вследствие чего его права становятся обеспеченными принудительной силой государства. Действительно, надлежащее исполнение гражданско-правовых обязанностей обеспечивается мерами гражданско-правового принуждения в виде либо мер ответственности, либо мер защиты.

Вместе с тем практика экономического оборота показывала и показывает, что применения государственно-принудительных мер воздействия и иных правовых средств, предназначенных для защиты интересов любого управомоченного лица, во многих случаях недостаточно для удовлетворения имущественных интересов кредитора, права которого были нарушены неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником. Так, решение суда о принудительном взыскании долга может оказаться неисполнимым ввиду отсутствия у должника какого-либо имущества. Вследствие этого в механизме гражданско-правового регулирования используются правовые средства, конструкции которых создавались в различных правовых системах специально для обеспечения исполнения обязательств. Нормы гражданского законодательства, закрепляющие эти конструкции, по общему правилу объединяются в специальном институте обеспечения исполнения обязательств. В действующем российском гражданском законодательстве подобный институт закреплен в нормах гл. 23 ГК (ст. 329-381).

В соответствии с п. 1 ст. 329 ГК к специальным способам обеспечения исполнения обязательств относятся неустойка, залог, удержание имущества должника, поручительство, банковская гарантия, задаток и другие способы, предусмотренные законом или договором.

Суть специальных способов обеспечения исполнения обязательств можно объяснить следующим образом. Кредитор, вступая в обязательства и предоставляя имущество должнику, тем самым кредитует должника. Но кредитор может заключить с должником или с третьим лицом соглашение о том, чтобы ему был предоставлен дополнительно, сверх гарантий, выданных должником, кредит - личный или реальный. Подобный кредит может быть предоставлен в силу предписания закона при наступлении юридических фактов, указанных в нем.

Если сущность правового средства, обеспечивающего исполнение обязательства, состоит в том, что наряду с должником личную ответственность за его долг принимает на себя какое-то третье лицо, то имеет место личный кредит. Если же сущность правового средства, обеспечивающего исполнение обязательства, состоит в выделении из имущества известного лица отдельного объекта, из ценности которого может быть предоставлено удовлетворение кредитору в случае неисполнения должником обязательства, то имеет место реальный кредит¹.

Такие способы обеспечения исполнения обязательств, как поручительство и банковская гарантия, являются формами личного кредита, ибо при их установлении кредитор руководствуется принципом: верю не только личности должника, но и личности поручителя (гаранта). В свою очередь, задаток, залог, удержание как способы обеспечения исполнения обязательств представляют собой формы реального кредита, ибо при их установлении кредитор руководствуется принципом: верю не личности

должника, а имуществу.

Сущность обеспечения исполнения обязательства может состоять в установлении помимо общей санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства - возмещения убытков (ст. 393 ГК) - также и дополнительной санкции за эти же нарушения - неустойки. В этих случаях нет дополнительного кредита (ни личного, ни реального), а имеет место предположение, что должник, связанный угрозой строго определенной имущественной невыгоды, будет стараться исполнить обязательство надлежащим образом.

2. Акцессорные и неакцессорные способы обеспечения исполнения обязательств
Способы обеспечения исполнения обязательств подразделяются на акцессорные (дополнительные) и неакцессорные. Задаток, поручительство, залог и удержание являются акцессорными способами. Соглашение об установлении какого-либо из перечисленных способов обеспечения исполнения обязательств порождает принадлежностное, акцессорное (*obligationes accessoriae*) обязательство, призванное обеспечить исполнение главного, основного (*obligationes principales*) обязательства. Акцессорные обязательства, обеспечивающие исполнение основного обязательства, могут возникать также непосредственно из предписаний закона при наступлении определенных юридических фактов.

Ю о сущности и правовых формах личного и реального кредита см Хвостов В М Система римского права Учебник М, 1996 С 326-327

Так, право залога в силу закона возникает при наличии условий, предусмотренных п. 3 ст. 334 ГК, а право удержания возникает у кредитора при наличии предусмотренных п. 1 ст. 359 ГК юридических фактов при условии, что в договоре, породившем обеспечиваемое обязательство, нет оговорки о невозможности применения кредитором права удержания (п. 3 ст. 359).

Следствиями акцессорного характера обязательства, обеспечивающего исполнение основного, являются следующие правила. Во-первых, недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом (п. 3 ст. 329 ГК). Во-вторых, недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влечет недействительности самого этого обязательства (основного обязательства). В-третьих, при переходе права требования от первоначального кредитора к новому кредитору к последнему переходят права, обеспечивающие исполнение основного обязательства (переданного права требования).

Неустойка как санкция в обязательстве во всех случаях является элементом самого обеспечиваемого обязательства. Поэтому недействительность самого обязательства всегда означает недействительность права на неустойку, обеспечивающую его исполнение. Но недействительность соглашения о неустойке не может повлечь недействительность обеспечиваемого обязательства, ибо недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной части (ст. 180 ГК).

К неакцессорным способам обеспечения исполнения обязательств относится банковская гарантия, так как предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство (ст. 370 ГК).

Обязательства, обеспечивающие исполнение основных обязательств, но не носящие характер акцессорных, являются просто взаимосвязанными с основными. При простой (без признаков акцессорности) взаимосвязанности основного и обеспечительного обязательства возможно сохранение действительности обеспечительного обязательства при признании недействительности основного. Например, обязательство гаранта перед бенефициаром сохраняется даже в случае недействительности основного обязательства (п. 2 ст. 376 ГК).

3. Иные способы обеспечения исполнения обязательств

Законодатель в качестве специальных правовых способов обеспечения исполнения обязательств рассматривает и иные способы обеспечения исполнения обязательств, предусмотренные законом либо договором. К предусмотренным законом, но не указанным в перечне п. 1 ст. 329 ГК способам обеспечения исполнения обязательств необходимо отнести меры оперативного воздействия¹. Категория мер оперативного воздействия является результатом научной классификации правоохранительных мер, закрепленных в законодательстве. Но именно потому, что меры оперативного воздействия - это реально закрепленные в действующем законодательстве правовые конструкции, обладающие только им присущими признаками, их можно отнести к иным предусмотренным законом способам обеспечения исполнения обязательств². Возможность применения кредитором мер оперативного воздействия в качестве способов обеспечения исполнения обязательств вытекает из закона, но может быть установлена сторонами в соглашении, определяющем содержание обеспечиваемого обязательства. Как и неустойка, любая мера оперативного воздействия, за исключением права удержания, используемого в предпринимательских целях³, является элементом самого обеспечиваемого обязательства.

Законодательство ряда стран допускает такой способ обеспечения исполнения обязательств, как гарантийная передача права собственности, при которой право собственности на определенные вещи временно передается кредитору в обеспечение погашения долга, а при надлежащем исполнении обязательства по возврату долга право собственности на вещи возвращается должнику⁴. В странах общей системы права в качестве способа обеспечения исполнения обязательства допускается резервирование титула собственности.

¹Опонятии и признаках мер оперативного воздействия см с. 418-420 т. 1 настоящего учебника.

²Предложения о включении мер оперативного воздействия в законодательный перечень специальных способов обеспечения исполнения обязательств высказывались еще задолго до принятия нового ГК учениками профессора В. П. Грибанова - основоположника учения о мерах оперативного воздействия (см.: Ем В С Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории). Автореф. дис. канд. юрид. наук. М, 1981. С. 21)

³О разграничении права удержания на общегражданское и предпринимательское или торговое (используемое в коммерческом обороте) см. § 8 настоящей главы.

⁴Подробнее об этом см. Гражданское и торговое право капиталистических стран. М., 1980. С. 196.

Так, в ст. 2-401 Единообразного торгового кодекса США указано, что всякое резервирование или удержание продавцом титула (собственности) на товары, отгруженные или поставленные покупателю, рассматривается по своему действию как сохранение обеспечительного интереса¹. Подобные способы обеспечения не вписываются в действующее российское гражданское законодательство.

Весьма часто в российской договорной практике в качестве средства обеспечения исполнения обязательств используется так называемый договор репо - сделка купли-продажи ценных бумаг, содержащая обязательство продавца выкупить их обратно в определенный срок по заранее зафиксированной цене². В договоре репо продажная и выкупная цены согласовываются с учетом того, что продажная цена фактически является суммой кредита, предоставляемого покупателем в виде оплаты бумаг, а выкупная цена равна сумме кредита и процентов за пользование им. В договоре также оговариваются права сторон при падении рыночной стоимости проданных бумаг, при отказе продавца от обратного выкупа и т. п. В результате совершения таких сделок кредитор получает обеспечение в виде права собственности

на ценные бумаги. Сами по себе описанные сделки можно отнести к сделкам, не предусмотренным законом, но не противоречащим им. Сделки репо позволяют одновременно выдать кредит и получить обеспечение в его покрытие. Поэтому эти сделки нельзя использовать в качестве средства обеспечения самостоятельного кредитного договора, когда в результате у должника помимо обязательства по возврату кредита возникает и обязательство обратного выкупа. В таких случаях сделка репо приобретает притворный характер и прикрывает сделку залога³.

К установленным договором способам обеспечения исполнения обязательств согласно п. 1 ст. 329 ГК можно отнести сделки, совершенные под отлагательным условием⁴. Так, в целях обеспечения исполнения обязательств по кредитному договору заемщик продает кредитору под отлагательным условием определенное имущество.

1См Единообразный торговый кодекс США М.1996 С 78-79

2 Об экономической сущности и видах договоров репо см Авалиади В Операции репо международные стандарты и российские особенности //Рынок ценных бумаг №2 1997 С 14-18

3 См, например постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 октября 1998 г №6212/97//Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ 1999 №1

4 О понятии и видах условных сделок см с 338-342 т 1 настоящего учебника

При этом стороны ставят возникновение права собственности покупателя-кредитора в зависимость от наличия факта неисполнения заемщиком-продавцом своих обязательств по кредитному договору¹, а в качестве оплаты покупной цены при наступлении указанного отлагательного условия рассматривают сумму невозвращенного долга. В качестве правового способа обеспечения исполнения обязательств весьма распространены заключаемые под отлагательным условием договоры цессии, аренды, доверительного управления имуществом.

Широкое распространение в договорной практике субъектов гражданского права получило использование разнообразных конструкций предварительного договора в качестве средства обеспечения исполнения обязательств. Причем речь идет о предварительных договорах купли-продажи, цессии, залога, аренды, доверительного управления и т. п., заключенных как под условием, так и без такового.

Потребности современного экономического оборота, несомненно, выработают способы обеспечения исполнения обязательств, неизвестные сегодня. Это может стать результатом адаптации к условиям российского законодательства моделей обеспечительных средств, апробированных в практике зарубежных стран, или результатом поиска российским законодателем новых правовых моделей способов обеспечения исполнения обязательств. Но во всех случаях это будут правовые средства, предоставляющие кредитору дополнительный кредит - личный или реальный.

Обеспечительный характер всех способов обеспечения исполнения обязательств и их взаимосвязь с основным обязательством означают, что соглашения об их установлении должны иметь место до факта неисполнения (ненадлежащего исполнения) основного обязательства. В противном случае они либо трансформируются в сделки об отступном, о новации обязательства, о возложении исполнения на третье лицо, либо приобретают характер притворных сделок со всеми вытекающими последствиями. Например, договор залога, заключенный после факта неисполнения основного обязательства, будет являться ничем иным, как отступным, а договор поручительства, заключенный после факта неисполнения основного обязательства, - возложением исполнения данного обязательства на третье лицо.

1 Главный вопрос при оценке правомерности подобных сделок состоит в том, можно ли рассматривать в качестве условия действие (бездействие) самих участников сделки. Как было показано на с 338 т 1 настоящего учебника, в российском законодательстве

препятствий к этому нет Более подробно о сделках с отлагательным условием как средстве обеспечения исполнения обязательств см Ем В С, Синельников АМ Ипотечное кредитование в России Вып 1 М,1995 С 57-63

§ 3. Неустойка

1. Понятие и сущность неустойки

Несмотря на то, что неустойка является одной из форм санкций в обязательстве, т. е. неотъемлемым элементом самого обязательства, в российском законодательстве и юридической литературе ее традиционно рассматривают в качестве способа обеспечения исполнения обязательства. Обеспечительная функция неустойки видится в том, что она является дополнительной санкцией за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, помимо общей санкции возмещения убытков (ст. 393 ГК), и связывает должника угрозой возможности наступления строго определенной имущественной невыгоды, чем стимулирует его исполнить обязательство надлежащим образом. Изложенному пониманию стимулирующей (обеспечительной) роли неустойки соответствует и ее определение, данное в законе.

Неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения (п. 1 ст. 330 ГК).

Из определения видно, что российское законодательство, как и теория права, отрицательно относится к оценочной теории неустойки. Оценочная теория неустойки, опирающаяся на идею о том, что неустойка - это заранее обусловленная оценка возможных в будущем убытков, имеет глубокие исторические корни и широкое распространение в различных правовых системах. Так, в § 292 Прусского Земского уложения говорилось, что интерес контрагента, подлежащий возмещению при ненадлежащем исполнении договора, может быть заранее определен путем соглашения о неустойке¹. В

§ 340 Германского гражданского уложения неустойка определяется как минимальная сумма возмещения убытков². Французская доктрина рассматривает неустойку как договорное определение убытков³.

¹См.:Раухер В. К. Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. М., 1958 С 171 (сноска 58)

²См • Германское право Ч 1. М., 1996. С. 76.

³См.. Годеме Е. Общая теория обязательств М., 1948 С 395.

В доктрине стран общего права неустойка допускается лишь в виде заранее оцененных убытков (liquidated damages), а неустойка, имеющая характер штрафа (penalty), никогда не может быть взыскана в силу принципа компенсационной направленности гражданско-правовых средств защиты. Поэтому неустойка в странах общей системы права не выполняет обеспечительной функции¹.

2. Обеспечительная функция неустойки

Дополнительное (обеспечительное) значение неустойки по сравнению с общей санкцией возмещения убытков проявляется, по мысли российского законодателя, в следующем².

Во-первых, убытки могут быть взысканы лишь тогда, когда они действительно имели место, причем для взыскания такого вида убытков, как упущенная выгода, необходимо также учитывать предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления (п. 4 ст. 393 ГК). Неустойка же может быть взыскана вне зависимости от всего этого. В п. 1 ст. 330 ГК сказано, что по требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

Во-вторых, размер убытков точно определим лишь после факта неисполнения

обязательства. При длительных нарушениях должником своих обязательств размер убытков может быть определен только в будущем. Размер же неустойки заранее определен, что делает ее взыскание неизбежным. Тем самым повышается реальность неблагоприятных имущественных последствий для должника, не исполняющего или ненадлежащим образом исполняющего обязательство. Кредитор в любом случае может взыскать неустойку, не дожидаясь ни возникновения убытков, ни точного определения их размера.

В-третьих, определяя размер неустойки, ее соотношение с убытками, договаривающиеся стороны (при установлении договорной неустойки) и законодатель (при установлении законной неустойки) тем самым дают оценку значимости обеспечиваемого обязательства.

1См.: Вильям Р. Ансон. Основы договорного права. М., 1947. С. 321-325; Гражданское и торговое право капиталистических стран. Ч. 2 /Под ред. Р. Л. Нарышкиной. М., 1984. С. 68-69.

2 О классификации неустоек по их соотношению с убытками см. с. 454-456 т. 1 настоящего учебника Хотелось бы отметить, что четырехчленная классификация неустоек по признаку соотношения с убытками, приведенная в п 1 ст 394 ГК, первоначально была закреплена в ч. 2 и 3 ст. 36 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., когда законодатель просто воспроизвел классификацию, разработанную и обоснованную в работе профессора В. К. Райхера "Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР" (С 160 и след.).

Чем более значимо обеспечиваемое обязательство, тем больше размер неустойки и выше ее штрафной характер. Однако, если размер неустойки, подлежащей взысканию, будет явно несоразмерен последствиям нарушения обязательства, суд имеет право по своему усмотрению уменьшить неустойку (ст. 333 ГК).

Отнесение неустойки к способам обеспечения исполнения обязательств породило небесспорное положение в законодательстве. Так, ст. 331 ГК содержит норму, согласно которой соглашение о неустойке должно быть совершено в письменном виде независимо от формы основного обязательства. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке. Как видно, действующий закон возвел соглашение о неустойке в ранг отдельного договора для тех случаев, когда условие о неустойке находит отражение в соглашении, отличном от соглашения, породившего само обеспечиваемое обязательство. Это положение теоретически неверно, ибо неустойка как санкция не может быть ничем иным, как элементом самого обязательства¹. Верность этого тезиса легко доказать при обращении к законной неустойке. В ст. 332 ГК предписано, что кредитор вправе требовать уплаты неустойки, определенной законом (законной неустойки), независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон. При этом размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон, если закон этого не запрещает. Рассмотрим действие норм ст. 332 ГК на конкретном примере.

В ст. 3 Федерального закона "О простом и переводном векселе"² указано, что в отношении векселя, выставленного к оплате и подлежащего оплате на территории РФ, проценты и пеня, указанные в ст. 48 и 49 Положения о переводном и простом векселе от 7 августа 1937 г., выплачиваются в размере учетной ставки, установленной Центральным банком РФ, по правилам ст. 395 ГК. Как видно, размер указанной неустойки уточняет размер санкции любого вексельного обязательства, но не устанавливает самостоятельного обеспечиваемого обязательства, отличного от вексельного.

1К П Победоносцев, касаясь этой проблемы, писал "Неустойка имеет ли значение самостоятельного договора⁹ Не думаю Неустойка всегда состоит в связи с главным исполнением, имея целью его обеспечение, следовательно, состоит в прямой от него зависимости Едва ли она теряет это свойство потому только, что условие о неустойке составляет предмет отдельного акта, а условие о том действии или исполнении, с коим

неустойка связана, постановлено в другом акте" (Победоносцев КП Курс гражданского права Ч 3 Договоры и обязательства СПб, 1890 С 288)

2СЗРФ 1997 №11 Ст 1238

Обеспечительный потенциал неустойки всегда выше, если в ней преобладает штрафной характер. Исключительно штрафной характер имеет кумулятивная (совокупная или штрафная) неустойка, которая подлежит выплате сверх полного возмещения убытков. Поэтому данная неустойка имеет наибольшую обеспечительную силу. Другие виды неустоек: зачетная, исключительная, альтернативная - наряду с функцией штрафа исполняют и компенсационную функцию¹. Вследствие этого их обеспечительный уровень ниже, чем у кумулятивной неустойки.

Однако сама по себе модель неустойки не может дать ответа на вопрос, какая цель преследовалась при ее установлении. Неустойка может быть установлена с главной целью понуждения должника к исполнению и приобретает в этом случае ярко выраженный штрафной характер (например, установление пени за просрочку платежа). Неустойка может иметь цель отступного и быть сконструирована в качестве отступного, освобождающего от исполнения обязательства. Например, установление неустойки в размере 2000 руб. за неисполнение обязательства по передаче вещи ценой в 2000 руб. с освобождением продавца от обязательства по передаче вещи в случае выплаты неустойки. Законом это не запрещается (п. 3 ст. 396 ГК). Уплата подобной неустойки во всех случаях освобождает должника от исполнения обязательства в натуре. Если неустойка не имеет характера отступного, то ее выплата влечет иные последствия.

Уплата неустойки и возмещение убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательства не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено законом или договором (п. 1 ст. 396 ГК). Таким образом, по общему правилу уплата неустойки (при условии возмещения убытков) в случаях ненадлежащего исполнения обязательства не придает ей характера отступного.

Возмещение убытков в случае неисполнения обязательства и уплата неустойки за его неисполнение освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено законом или договором (п. 2 ст. 396 ГК). Следовательно, по общему правилу уплата неустойки (при условии возмещения убытков) в случаях неисполнения обязательства придает ей характер отступного.

¹См Иоффе О С Указ соч С 166 В К Райхер доказывал, что всякая неустойка имеет штрафной характер (см Райхер В К Указ соч С 174-185)

§ 4. Задаток

1. Понятие и функции задатка

Легальное определение задатка дано в ст. 380 ГК.

Задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне, в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения.

Данное определение полностью совпадает с определением задатка, имевшим место в ст. 209 ГК РСФСР 1964 г. Несмотря на этот факт, сфера применения задатка действующим законодательством существенно расширена. Дело в том, что в нем отсутствует предписание, аналогичное правилу п. 2 ст. 186 ГК РСФСР 1964 г., согласно которому задаток мог использоваться только для обеспечения обязательств между гражданами или с их участием. Поэтому по действующему законодательству задаток может применяться для обеспечения обязательств, возникающих как с участием граждан, так и с участием юридических лиц. То есть задаток может применяться не только в бытовых, но и в предпринимательских отношениях. Задаток в том виде, как он описан в законе (ст. 380 ГК), может обеспечивать исполнение только договорных обязательств. Предметом задатка может быть только денежная сумма, размер которой определяется договаривающимися сторонами, но во

всех случаях она должна составлять лишь часть суммы платежей, причитающихся по договору со стороны, выдавшей задаток. С теоретической точки зрения нет никаких препятствий для того, чтобы предметом задатка признавались иные имущественные ценности. Законодательной практике также известно подобное решение. Например, в соответствии со ст. 143 ГК РСФСР 1922 г. задатком признавалась денежная сумма или имущественная ценность, выданная в счет причитающихся по договору платежей одним контрагентом другому для удостоверения договора и обеспечения его исполнения.

Выдача задатка как мера обеспечения исполнения обязательства может быть предусмотрена только соглашением договаривающихся сторон. Соглашение о задатке независимо от суммы задатка должно быть совершено в письменной форме. При нарушении сторонами предписаний о письменной форме соглашения о задатке наступают последствия, предусмотренные ст. 162 ГК, т. е. в подтверждение заключения сделки о задатке стороны не могут ссылаться на свидетельские показания, но могут приводить письменные и другие доказательства.

Задаток выполняет платежную, доказательственную и обеспечительную (штрафную) функции.

Задаток может быть выдан только той стороной по договору, на которой лежит обязанность осуществить денежные платежи за предоставление, осуществляемое контрагентом по договору. При исполнении сторонами договорных обязательств сумма задатка либо засчитывается в счет платежей, либо удерживается стороной, выдавшей задаток, из суммы причитающихся с нее платежей. Выдача и получение задатка есть частичное исполнение и, соответственно, получение части исполнения договорного обязательства. В этом суть платежной функции задатка.

Следует иметь в виду, что платежная функция задатка может иметь место только при исполнении сторонами договорных обязательств. При неисполнении обязательств, обеспечиваемых задатком, он начинает выполнять штрафную роль. Платежная функция присуща также авансу - денежной сумме или имущественной ценности, выдаваемой стороной в договоре своему контрагенту в счет обусловленного платежа как в момент заключения договора, так и после этого. Но с выдачей и получением аванса закон связывает иные последствия, нежели с выдачей и получением задатка. Это наиболее ярко видно при анализе доказательственной и обеспечительной функций задатка.

2. Доказательственная функция задатка

В соответствии с законом задаток выдается в доказательство заключения договора, т. е. выполняет доказательственную функцию. Из этого следует, что если между сторонами имеет место спор о том, был или не был заключен договор, то при наличии доказанного в надлежащем порядке факта выдачи и, соответственно, получения задатка можно говорить и о наличии факта заключения договора, обеспечиваемого им. При этом, конечно, необходимо, чтобы сторонами были соблюдены условия закона, при которых договор считается заключенным (ст. 432, 433 ГК). Аванс также выполняет доказательственную функцию¹. Однако следует иметь в виду, что факт выдачи аванса не является безусловным доказательством факта заключения договора. Он оценивается в качестве одного из многих возможных доказательств заключения договора. Выдача и получение задатка являются безусловным доказательством наличия состоявшегося договора.

¹ См.: Иоффе О. С. Указ. соч. С. 168.

При этом необходимо учитывать, что выдача и получение задатка являются актом исполнения акцессорного обязательства, вытекающего из соглашения о задатке. Акцессорный характер соглашения о задатке был подмечен еще римскими юристами. В Дигестах Юстиниана (D.18.1.53) приведено следующее суждение Гая: "То, что дается под именем задатка при купле, не имеет такого значения, как если бы без задатка соглашение не приводило к результатам, но (служит для того), чтобы точнее

могло быть доказано, что стороны договорились о цене"¹.

Учитывая аксессуарный характер соглашения о задатке, можно сформулировать два возможных последствия невыдачи и неполучения задатка при наличии соглашения о нем. -Если стороны в качестве меры обеспечения исполнения обязательства, вытекающего из договора, предусмотрели в договоре выдачу задатка, но не связали момент заключения этого договора с моментом предоставления задатка, то невыдача задатка не может рассматриваться в качестве основания для признания договора незаключенным. Если же стороны согласовали в качестве существенного условия договора обязательное предоставление задатка и связали момент заключения договора с моментом выдачи задатка, то в случае, если обусловленный задаток не предоставлен, этот договор будет считаться незаключенным.

В литературе имеет место иная трактовка содержания доказательственной функции задатка. В многочисленных источниках в различных интерпретациях присутствует тезис, согласно которому, если обусловленный сторонами задаток не выдан, договор, по которому он должен быть выдан, не считается заключенным даже при соблюдении всех других условий, необходимых для его заключения². Подобное толкование доказательственной функции задатка имеет глубокие исторические корни.

¹ Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты/Пер, и прим. И. С. Перетерского. М., 1984. С. 291. И. С. Розенталь, приводя высказывание Гая: "То, что дается в виде задатка, является доказательством заключенного договора купли-продажи", в комментарии к нему говорит: "Это не значит, пишет Гай в другом месте (D. 18.1.35), что без дачи задатка договор не имеет силы, но задаток дается для того, чтобы было наглядное доказательство состоявшегося договора" (см.: Римское частное право / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1994. С. 336).

² См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР /Под ред. С. Н. Бра-туся и О. Н. Садикова. М., 1982. С. 256; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 486-487; Гонгапо Б. М. Обеспечение исполнения обязательств. М., 1999. С. 128.

В дореволюционной доктрине российского гражданского права под задатком понималась производимая при самом заключении договора уплата части денежной суммы, следуемой от одного лица к другому за исполнение условленного действия¹. В то время задаток понимался как часть самого обеспечиваемого обязательства. Поэтому был логичен и вывод: нет задатка - нет договора. Но, начиная с ГК РСФСР 1964 г., российский законодатель говорит о самостоятельности соглашения о задатке, которое независимо от суммы задатка должно совершаться в письменной форме (см.: ч. 2 ст. 209 ГК РСФСР 1964 г., п. 2 ст. 380 ГК РФ). Иначе говоря, начиная с ГК РСФСР 1964 г., российский законодатель бесспорно оценивает соглашение о задатке как самостоятельное и аксессуарное. Но, как известно, исполнение или неисполнение аксессуарного соглашения (выдача или невыдача задатка) не могут быть фактами, определяющими юридическую судьбу основного соглашения - договора, обеспечению которого служит задаток. Именно такой вывод соответствует положениям современного закона (п. 2 ст. 329 ГК) и теории аксессуарных обязательств.

Выдача и получение задатка могут служить доказательством заключения договоров, совершенных как в устной, так и в письменной форме². Если договор совершен в устной форме и при этом отсутствуют письменные доказательства, то можно говорить о том, что договор признается заключенным, поскольку выдан задаток. Возможность обеспечения задатком исполнения обязательства, возникшего из письменного договора, имеет большое значение при заключении договора путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи (п. 2 ст. 434 ГК), так как при подобном заключении договоров весьма часты споры о наличии или отсутствии договора. К тому же следует иметь в виду, что письменный договор, совершенный в форме единого документа, а тем более совершенный в виде обмена документами, может быть утерян. В таких условиях уплата задатка будет служить доказательством наличия самого факта

заключения договора, совершенного в письменной форме.

Задатком не может обеспечиваться исполнение обязательств, вытекающих из договоров, считающихся заключенными с момента их государственной регистрации (п. 3 ст. 433 ГК).

1 См.: Шершеневт Г Ф Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). С.291.

2 По мнению Гонгало Б. М., "если основное обязательство возникает из сделки, совершаемой в письменной форме, то обеспечить такое обязательство задатком нельзя, поскольку факт заключения договора не нуждается в доказательстве" (Гон-гало ЕМ. Указ. соч. С. 128).

В любом случае передача одной из сторон в счет платежей по такому договору денежной суммы не может рассматриваться в качестве задатка, а является авансом, так как в подобных случаях единственным доказательством заключения договора может быть только факт государственной регистрации договора, а передача такой суммы не имеет силы факта, удостоверяющего заключение договора. Вместе с тем задатком может быть обеспечено исполнение обязательств, возникающих из договоров, которые сами по себе не требуют государственной регистрации, но в результате совершения которых государственной регистрации подлежит переход права. Так, например, подлежит государственной регистрации переход права собственности на недвижимость (п. 1 ст. 551 ГК), а сам договор продажи недвижимости считается заключенным после согласования в едином документе всех существенных условий (ст. 550 ГК). Исполнение обязательств из такого договора и ему подобных может обеспечиваться задатком.

3. Обеспечительная функция задатка

Главная функция задатка - обеспечение исполнения договорного обязательства.

Выдача и получение задатка побуждают стороны к исполнению договорного обязательства потому, что закон устанавливает правило, согласно которому, если за неисполнение договора ответственна сторона, выдавшая задаток, он остается у другой стороны, а если за неисполнение договора ответственна сторона, получившая задаток, она обязана уплатить другой стороне двойную сумму задатка (п. 2 ст. 381 ГК). Именно потеря задатка одним или возвращение его другим в двойном размере составляют суть обеспечительной функции задатка. В этом качестве сам задаток и его обеспечительная функция приобретают штрафной характер.

Поэтому можно говорить о том, что задаток, как заранее зафиксированная сумма, подлежащая утрате при неисполнении обязательства, имеет некоторые черты сходства с неустойкой. Сходство задатка и неустойки проявляется также в том, что сверх потери суммы задатка сторона, ответственная за неисполнение договора, обязана возместить другой стороне убытки с зачетом суммы задатка, если в договоре не предусмотрено иное (п. 2 ст. 381 ГК). Однако между неустойкой и задатком имеют место существенные различия. Задаток вносится вперед, а неустойка только обуславливается при заключении договора. Неустойка может быть уменьшена судом (ст. 333 ГК), а сумма задатка является жестко фиксированным пределом неблагоприятных имущественных последствий лиц, не исполнивших обеспеченное задатком обязательство.

Обеспечительная функция задатка проявляется только при неисполнении сторонами договорного обязательства. Обеспечительная функция задатка не касается случаев ненадлежащего исполнения договорного обязательства. Поэтому последствия в виде потери задатка одним субъектом или возвращения его другим в двойном размере не могут иметь место при ненадлежащем исполнении договорного обязательства, исполнение которого обеспечено задатком.

Аванс не выполняет обеспечительной функции. Поэтому сторона, выдавшая аванс, вправе требовать его возвращения в случае прекращения по соглашению сторон

обязательства до начала его исполнения, а также во всех случаях неисполнения договора, за исключением тех, когда по закону или условиям договора другая сторона сохраняет право на вознаграждение, несмотря на неисполнение договора. Например, не может быть истребован аванс от исполнителя, если в ходе научно-исследовательских работ обнаруживается невозможность достижения результатов вследствие обстоятельств, не зависящих от исполнителя (ст. 775 ГК). В отличие от аванса в соответствии с п. 1 ст. 381 ГК задаток должен быть возвращен только в случае прекращения обеспечиваемого обязательства до начала его исполнения по соглашению сторон либо вследствие невозможности исполнения (ст. 416 ГК).

Существенные различия в правовых последствиях использования аванса и задатка, обладающих чертами сходства между собой, побудили законодателя закрепить в действующем гражданском законодательстве правило, при котором в случае сомнения в отношении того, является ли сумма, уплаченная в счет причитающихся со стороны по договору платежей, задатком, в частности вследствие несоблюдения письменной формы соглашения о задатке, эта сумма считается уплаченной в качестве аванса, если не доказано иное (п. 3 ст. 380 ГК). На практике проведение разграничения между задатком и авансом весьма затруднительно, ибо субъекты зачастую именуют задатком выплаченные вперед денежные суммы, никак не желая их утратить при неисполнении договора. Поэтому при возникновении спора и при разрешении вопроса о том, является ли переданная сумма задатком или авансом, необходимо исследовать все взаимоотношения сторон с обязательным установлением того, что, выдавая денежную сумму и принимая ее, субъекты преследовали цель обеспечения исполнения договорного обязательства.

Потеря задатка лицом, давшим его, или выплата двойной суммы задатка лицом, получившим его, не прекращают обязательства, обеспеченного задатком, и, соответственно, не освобождают указанных лиц от необходимости исполнения этого обязательства. Поэтому, например, нанявший помещение на срок и давший задаток не может считаться освобожденным от обязательства платить арендную плату, хотя бы и оставил в руках своего контрагента задаток и заявил свой отказ, пока контрагент не освободит его от обязательства по договору аренды помещения¹.

Потеря задатка лицом, давшим его, или выплата двойной суммы задатка лицом, получившим его, могут прекратить обеспечиваемое обязательство только в том случае, когда стороны в договоре, исполнение обязательства из которого обеспечивалось предоставлением задатка, или в специальном соглашении согласуют условие о том, что потеря задатка лицом, давшим его, или выплата двойной суммы задатка лицом, получившим его, является отступным (ст. 409 ГК). Если потеря задатка лицом, давшим его, или выплата двойной суммы задатка лицом, получившим его, прекращают обязательство, которое обеспечивалось задатком, то сторона, принявшая в качестве отступного сумму задатка, лишается права взыскать убытки от стороны, отступившей от договора, конечно, если стороны не договорились об ином.

4. Особые виды задатка

В действующем законодательстве предусмотрена возможность применения задатка, исполняющего фактически две функции - доказательственную и обеспечительную. В соответствии с п. 4 ст. 448 ГК при проведении торгов на право заключения договора участники торгов вносят задаток в размере, в сроки и в порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Задаток возвращается также лицам, которые участвовали в торгах, но не выиграли их. При этом в п. 5 ст. 448 ГК говорится, что лицо, выигравшее торги, при уклонении от подписания протокола утрачивает внесенный им задаток. Организатор торгов, уклонившийся от подписания протокола, обязан вернуть задаток в двойном размере, а также возместить лицу, выигравшему торги, убытки, причиненные участием в торгах, в части, превышающей сумму задатка.

Очевидно, что задаток, предусмотренный ст. 488 ГК, направлен на обеспечение обязательства, в силу которого участник и организатор обязаны в случае победы участника в торгах заключить договор.

1 Данный пример приобрел характер хрестоматийного, ср Шершеневич Г Ф Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г) С 292, Гражданский кодекс советских республик Текст и практический комментарий /Под ред А Малицкого Харьков, 1927 С 241

Внесение участником торгов задатка и, соответственно, его принятие организатором торгов служат доказательством существования названного обязательства. Утрата задатка участником или выплата двойного размера задатка организатором в случаях нарушения обязательства по заключению договора являются проявлением обеспечительной функции задатка.

Задаток, предусмотренный ст. 448 ГК, не несет платежной функции, так как в случае заключения договора участником, выигравшим торги, сумма внесенного им задатка засчитывается в счет исполнения обязательств по заключенному на торгах договору, т. е. в счет исполнения иного обязательства, отличного от обеспечиваемого. Вследствие этого сумма, внесенная как задаток с целью обеспечения исполнения обязательств по участию в торгах, будучи засчитанной в счет исполнения обязательств, вытекающих из заключенного на торгах договора, трансформируется в аванс.

В силу законодательных принципов свободы договора (ст. 421 ГК) и возможности применения в целях обеспечения исполнения обязательств способов, прямо не указанных в законе, но предусмотренных договором (п. 1 ст. 329 ГК), возможно применение договаривающимися сторонами способа, аналогичного задатку, предусмотренному п. 4 ст. 488 ГК. Так, при заключении предварительного договора стороны могут оговорить, что исполнение обязательства по заключению договора обеспечивается выдачей одной стороной другой фиксированной суммы денег, назвать ее задатком и предусмотреть, что сторона, выдавшая задаток, при уклонении от заключения договора утрачивает внесенный ею задаток, сторона, получившая задаток, при уклонении от заключения договора обязана возвратить задаток в двойном размере. Подобный задаток не будет выполнять платежную функцию, но будет выполнять доказательственную и обеспечительную функции. Соглашение о подобном задатке должно быть отнесено к договорам, не предусмотренным законом, но не противоречащим ему. Стороны могут оговорить, что нормы ст. 380-381 ГК применяются к заключенному между ними соглашению субсидиарно.

§ 5. Поручительство

1. Понятие поручительства

Поручительство представляет собой один из древнейших способов обеспечения исполнения обязательств, уходящий корнями в римское право. Гай в Институциях формулирует поручительство (*adpromissio*) как договор, по которому третье лицо в целях обеспечения интересов кредитора принимает на себя ответственность по обязательству должника (главного)¹. Аналогичное понимание поручительства сохранилось и в современном российском гражданском праве.

По договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части (ст. 361 ГК).

Договор поручительства порождает личное обязательство лица, за счет имущества которого, наряду с имуществом должника, могут быть удовлетворены требования кредитора при нарушении должником обеспечиваемого обязательства. Таким образом, при поручительстве имеет место личное ручательство, а не ручательство вещью, как при залоге. Поэтому эффективность поручительства зависит от личных качеств поручителя и его имущественного положения.

В отношении поручительства участвуют три лица: должник по основному обязательству, его кредитор и третье лицо - поручитель, который принимает на себя обязательство нести имущественную ответственность перед кредитором в случае, если основной должник не выполнит или ненадлежащим образом выполнит свое обязательство. Вместе с тем договор поручительства представляет собой

двустороннюю сделку, сторонами которой выступают кредитор (веритель) по обеспечиваемому обязательству и поручитель. Действительность поручительства не зависит от факта наличия или отсутствия согласия должника на совершение такой сделки между верителем и поручителем². Просьба должника может быть лишь мотивом для совершения сделки поручительства, но не ее юридическим элементом. С просьбой предоставить поручительство к возможному поручителю обращается, как правило, должник. При этом отношения должника и поручителя могут быть оформлены договором о предоставлении услуг по поручительству. Встречающиеся на практике договоры поручительства, заключенные сразу тремя сторонами: поручителем, кредитором и должником, не противоречат действующему законодательству (п. 2, 3 ст. 421 ГК) и не изменяют существа поручительства.

1 См Римское частное право / Под ред И Б Новицкого и И С Перетерского С 377

2 "Даже нет необходимости в том, чтобы сам должник участвовал своей волей в установлении поручительства поручитель обязывается не перед ним, но за него перед кредитором", - писал К П Победоносцев (Победоносцев К П Курс гражданского права Ч 3 Обязательственное право Сделки Над 2-е СПб, 1890 С 296-297)

Такие договоры носят смешанный характер и объединяют в себе элементы договора поручительства и договора об оказании услуг по поручительству. Поручительство является обязательством, основанным на договоре. Вследствие этого его возникновение и действительность требуют наличия всех условий, необходимых для возникновения и действительности договорного обязательства вообще. По этой же причине обязательство поручителя является безотзывным, так как односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются (ст. 313 ГК). Являясь договорным, само обязательство поручительства может быть обеспечено залогом, банковской гарантией и иными способами обеспечения исполнения обязательства.

2. Признаки договора поручительства

Договор поручительства является консенсуальным, односторонним и безвозмездным. Односторонний характер договора поручительства означает, что у верителя (кредитора по обеспечиваемому обязательству) имеются только права (право требовать от поручителя несения ответственности за неисправность должника) без встречных обязанностей, а у поручителя - только обязанности (обязанность отвечать за исполнение должником обеспечиваемого обязательства полностью или в части) без встречных прав. Поручительство - безвозмездный договор, поскольку обязанности одной стороны (поручителя) совершить определенные действия не корреспондирует обязанности другой стороны (кредитора по основному обязательству) по предоставлению оплаты или иного встречного предоставления¹. Однако следует иметь в виду, что за предоставление услуг по поручительству поручитель может получить вознаграждение с должника, за которого он ручается. А в тех случаях, когда поручитель и должник являются коммерческими организациями, поручитель обязан получить с должника вознаграждение ввиду запрета дарения между коммерческими организациями (п. 4 ст. 575 ГК).

В качестве поручителя могут выступать как физические, так и юридические лица. В договоре поручительства на стороне поручителя может быть одно или несколько лиц. В последнем случае возникает пассивная множественность лиц - сопоручителей (совместных поручителей)

1 См Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР /Под ред С Н Братуся и О Н Садикова С 250 (автор комментария - Маковский А Л)

Лица, совместно давшие поручительство, отвечают перед кредитором солидарно, если иное не предусмотрено договором поручительства (ч. 3 ст. 363 ГК).

От сопоручителей - лиц, одновременно и совместно давших поручительство и отвечающих перед кредитором как солидарные должники¹, необходимо отличать лиц, независимо друг от друга поручившихся за одного и того же должника по разным договорам поручительства. Такие поручители не становятся солидарно ответственными перед кредитором, даже если каждый из них несет с должником солидарную ответственность перед кредитором по обеспеченному поручительством основному обязательству².

Близкой к сопоручительству является конструкция перепоручительства - поручительства за поручителя. Суть перепоручительства состоит в том, что третье лицо поручается перед кредитором должника за исполнение обязательства поручителем, заключившим договор поручительства с кредитором. Поручитель за поручителя отвечает перед кредитором в субсидиарном порядке, т. е. считается обязанным к исполнению только тогда, когда первый (основной) поручитель не удовлетворит требования кредитора (п. 1 ст. 399 ГК).

Договор поручительства должен быть совершен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора поручительства (ст. 362 ГК). Договор поручительства может быть заключен путем составления одного документа, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК). Соглашением сторон к форме и реквизитам договора поручительства могут устанавливаться дополнительные требования (ст. 160 ГК).

Обязательство, связывающее кредитора и поручителя, имеет юридическую значимость только во взаимосвязи с обеспечиваемым (основным) обязательством, в котором кредитору противостоит должник³. По отношению к обеспечиваемому обязательству поручительство имеет акцессорный (придаточный) характер, что влечет ряд последствий

1 См.: Новицкий И. Б. Гражданский кодекс: практический комментарий. Поручительство. Комментированное издание ст. 236-250 и ст. 127 ГК. М., 1924. С 15.

2 См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР /Под ред. С. Н. Братуся и О. Н. Садикова. С. 250 (автор комментария - А. Л. Маковский).

3 В связи с этим профессор И. Б. Новицкий писал "Получается как бы два слоя обязательственных отношений: первый слой - основное обязательство между кредитором и главным должником и, в качестве придатка к этому основному обязательству, второй слой-обязательство из договора поручительства (между тем же кредитором и поручителем)" (Новицкий И. Б., Луни, Л. А. Указ. соч. С 256).

Во-первых, поручительство всегда следует судьбе основного обязательства. Поэтому при недействительности основного обязательства недействительным является и обязательство из договора поручительства. Но недействительность обязательства из договора поручительства не влечет недействительности основного обязательства. Поручитель не несет ответственности за действительность основного обязательства, а отвечает только за его исполнение полностью или в части. Именно поэтому в ч. 2 ст. 203 ГК РСФСР 1964 г. было закреплено, что поручительством может обеспечиваться лишь действительное требование. Если иное не предусмотрено договором поручительства, при переходе прав кредитора по основному обязательству к другому кредитору к последнему переходят права и по обязательствам из поручительства. Поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства (п. 1 ст. 367 ГК).

Во-вторых, для возникновения обязательства между кредитором (верителем) и поручителем помимо договора поручительства необходимо возникновение основного (обеспечиваемого) обязательства. Данное положение особенно важно для понимания нормы ч. 2 ст. 361 ГК, согласно которой договор поручительства может быть заключен также для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем. С момента

заключения подобного договора поручительства поручитель и кредитор состоят в правовой связи, вследствие чего не допускается их произвольный отказ от договора. Но поручитель будет связан конкретными обязательствами перед кредитором только после возникновения обеспечиваемого обязательства. В силу изложенного можно сказать, что договор поручительства, заключенный для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем, обладает признаками сделки, совершенной под отлагательным условием (п. 1 ст. 157 ГК).

В-третьих, требование к поручителю может быть предъявлено кредитором не ранее того срока, когда должник обязан исполнить основное обязательство. Иначе говоря, требование к поручителю может быть предъявлено кредитором только после наступления факта неисполнения основного обязательства.

3. Виды поручительства

Поручитель может взять на себя ответственность за исполнение должником обязательства, ограничив свою ответственность определенным сроком. В этом случае говорят о поручительстве,

ограниченном сроком. Данный вид поручительства необходимо отличать от поручительства на срок, в котором поручитель принимает на себя ответственность не просто за исполнение обязательства главным должником, а за исполнение его в срок. Если А обязуется перед В в том, что в случае невыполнения С своего обязательства А будет нести ответственность в обусловленных пределах, а В в срок до 1 января 2000 г может предъявить к нему требование, то имеет место поручительство, ограниченное сроком. Если А обязуется перед В в том, что в случае невыполнения С своего обязательства в назначенный срок - 1 января 2000 г - будет нести перед В ответственность, то имеет место поручительство на срок.

Особой разновидностью поручительства является аваль.

Аваль представляет собой одностороннюю абстрактную сделку, в силу которой определенное лицо (авалист или ка-вент) принимает на себя простое и ничем не обусловленное одностороннее обязательство платежа суммы векселя или чека полностью или в части за счет (вместо) иного лица, уже обязанного к платежу по данному векселю или чеку¹.

Аваль дается на переводном векселе, на лицевой стороне чека или на добавочном листе; он может быть дан и на отдельном листе с указанием места его выдачи. Он выражается словами "считать за аваль" или всякой иной равнозначной формулой; он подписывается тем, кто дает аваль. Для авалья достаточно одной лишь подписи, поставленной авалистом на лицевой стороне чека или переводного векселя. В авале должно быть указано, за кого он дан. При отсутствии такого указания он считается данным за векселедателя (чекодателя). Авалист отвечает так же, как и тот, за кого он дал аваль. Его обязательство действительно даже в том случае, если то обязательство, которое он гарантировал, окажется недействительным по какому бы то ни было основанию, иному, чем дефект формы векселя (чека). Оплачивая переводный вексель или чек, авалист приобретает права, вытекающие из переводного векселя или чека, против того, за кого он дал гарантию, и против тех, которые в силу переводного векселя или чека обязаны перед этим последним².

¹См Белое В А Поручительство Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики М.1998 С 89-90

² См п 30-33,45-47, 55,67, 68,77 Положения о переводном и простом векселе, введенного в действие Постановлением Центрального Исполнительного Комитета и Совета Народных Комиссаров СССР от 7 августа 1937 г № 104/1341 //Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР 1937 № 52 Ст 221, ст 881, 884, 885 ГК

Другой особой разновидностью поручительства является делькредере - ручательство комиссионера за исполнение третьим лицом сделки, заключенной с ним за счет

комитента (п. 1 ст. 993 ГК). За принятие ручательства - делькредере - комитент обязан выплатить комиссионеру вознаграждение в размере и в порядке, предусмотренном в договоре комиссии (п. 1 ст. 991 ГК).

4. Сущность обязательства из договора поручительства

Сущность обязательства из договора поручительства описывается современным российским законодателем формулой: поручитель обязывается отвечать перед кредитором за исполнение должником обязательства полностью или в части. Данная сущность обязательства из договора поручительства приобретает юридическую определенность через указание закона на то, что при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя (п. 1 ст. 363 ГК), и на то, что поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства (п. 2 ст. 363 ГК).

Приведенные положения действующего гражданского законодательства свидетельствуют о том, что обязательство поручителя перед кредитором рассматривается законодателем в первую очередь как форма ответственности поручителя на случай неисполнения должником обеспечиваемого обязательства.

Поэтому поручительство может использоваться для обеспечения исполнения должником обязательств, которые не могут быть исполнены иначе как самим должником (например, обязательства из договора художественного заказа), а также обязательств, состоящих в необходимости воздержания от совершения определенных действий (например, не продавать имущество до оговоренного в договоре комиссии срока).

Изложенное понимание сущности обязательства поручителя - это результат эволюции института поручительства как в науке гражданского права, так и в законодательстве. В дореволюционном русском гражданском праве поручительство рассматривалось как юридическое отношение, в котором одно или несколько лиц обязываются в случае неисправности лица, обязанного совершением какого-либо действия в пользу другого лица, совершить за должника это действие или вознаградить верителя за нарушение его права¹. Из этого видно, что в дореволюционной России допускалось исполнение поручителем обеспечиваемого обязательства за должника. Подобное понимание сущности обязательств поручителя имело место и в литературе 20-х годов, в период нэпа, когда поручительство, по причине установленных ограничений в использовании залога, занимало доминирующее положение среди средств обеспечения исполнения обязательств. В частности, утверждалось, что ответственность поручителя за исполнение должником "главного обязательства" по своему содержанию может быть различной: если обязательство должника такого рода, что оно может быть исполнено всяким, то исполнение его может быть потребовано и от поручителя; например, главное обязательство заключается в платеже известной суммы денег или сдаче известного имущества (товара, имеющегося на рынке), в этих случаях поручитель при неисправности должника может быть обязан к уплате кредитору этой суммы или сдаче этого товара².

В современных условиях о возможности исполнения поручителем в полном объеме основного обязательства должника можно бесспорно говорить лишь в тех случаях, когда поручительством обеспечивается исполнение денежного обязательства. Вместе с тем, учитывая диспозитивность нормы п. 2 ст. 363 ГК, можно теоретически допустить заключение договора поручительства, по которому поручитель обязуется перед кредитором исполнить в натуре обязательство не денежного характера, не исполненное должником, например поставить определенное количество сахара.

1 См.: МейерД И. Русское гражданское право. Ч. 2. М, 1997. С. 187,190. Созвучно

определению Д. И. Мейера и определение поручительства, содержащееся в ст. 2448 проекта Гражданского Уложения, где писалось: "По договору поручительства поручитель обязуется перед другим лицом исполнить обязательство его должника, если последний сам этого обязательства не исполнит" (подробнее об этом см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 452-453). Справедливости ради необходимо отметить, что некоторые дореволюционные юристы трактовали поручительство исключительно как денежное обязательство (см., например: Гуляев А. М. Русское гражданское право: Обзор действующего законодательства, кассационной политики Правительствующего Сената и проекта Гражданского Уложения. СПб., 1913. С. 348).

2 См.: Гражданский кодекс советских республик. Текст и практический комментарий /Под ред. А. Малицкого С. 378 (автор комментария - А. В. Ходжаш).

При введении в договор поручительства условия о том, что поручитель обязуется перед кредитором исполнить в натуре неисполненное должником обеспечиваемое обязательство, возникает проблема ограничения поручительства от возложения исполнения обязательства на третье лицо. Правила возложения исполнения обязательства на третье лицо предусмотрены ст. 313 ГК. Из нее видно, что возложение исполнения осуществляется не кредитором, а должником, в то время как при поручительстве, в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспечиваемого обязательства, именно кредитор имеет право привлечь к ответу по своему выбору либо должника, либо поручителя.

По общему правилу поручитель и должник несут перед кредитором солидарную ответственность (п. 1 ст. 363 ГК). Механизм возникновения солидарного обязательства поручителя и должника своеобразен. Поручительство - это обязательство придаточное (вспомогательное). Поэтому поручитель хотя и отвечает солидарно с должником, но не безусловно, а лишь при наступлении факта неисполнения основного обязательства должником. Вследствие сказанного правила о солидарных обязательствах (ст. 322-325 ГК) могут применяться к отношениям по поручительству лишь после наступления данного факта в объеме, не противоречащем существу обязательства поручительства и предписаниям специальных норм о поручительстве. Солидарный характер ответственности поручителя служит основанием для его отнесения к разновидностям интерцессии - принятия кем-либо на себя чужого долга¹.

Субсидиарная ответственность поручителя перед кредитором при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства может быть предусмотрена законом или договором поручительства (п. 1 ст. 363 ГК)². Так, например, согласно норме п. 3 ст. 134 Федерального закона от 8 января 1998 г. "О несостоятельности (банкротстве)"³ при введении арбитражным судом внешнего управления под поручительство по обязательствам должника, данное Российской Федерацией, субъектом Российской Федерации или муниципальным образованием в лице их уполномоченных органов, поручитель несет субсидиарную ответственность по обязательствам должника перед его кредиторами.

1 Понятие, содержание интерцессии, обзор спорных позиций относительно интерцессии детально проанализированы в работе А. Нолькена "Учение о поручительстве по римскому и новейшим законодательствам" (СПб., 1881. С. 61-80).

2 Следует иметь в виду, что многие европейские правовые системы в качестве общего правила устанавливают субсидиарную ответственность поручителя. См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник /Под ред. Е.Л. Васильева. М., 1992. С. 307.

ЗСЗРФ. 1998. №2. Ст. 222.

Субсидиарная ответственность поручителя в полной мере подпадает под действие императивных норм ст. 399 ГК, закрепивших общие правила о субсидиарной ответственности.

5. Содержание и исполнение обязательства из договора поручительства

Содержание обязательства поручителя определяется законом, как было показано выше, через предписание: поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства (п. 2. ст. 363 ГК). В силу акцессорного характера обязательства поручителя перед кредитором не может быть большим по объему или более обременительным, чем обязательство должника, за которого ручался поручитель. Обязательство из договора поручительства обеспечивает основное обязательство в том объеме, в каком оно вытекает из закона, из договора между поручителем и кредитором. Поэтому при неисполнении должником основного обязательства поручитель отвечает и за выплату кредитором законной неустойки (п. 1 ст. 332 ГК) независимо от того, что она не была предусмотрена в договоре между должником и кредитором. По той же причине обязательства поручителя могут быть более узкими, чем обязательства должника по основному обязательству, ибо поручитель может ручаться за исполнение должником основного обязательства полностью или в части.

Содержание обязательств поручителя может быть расширено путем включения в договор поручительства условия об ответственности самого поручителя за неисполнение требований кредитора. При этом следует иметь в виду, что поручитель, не исполнивший своего обязательства перед кредитором, несет перед кредитором самостоятельную ответственность только в случае установления такой ответственности в договоре поручительства¹. Расширение содержания обязательств поручителя за счет включения в договор иных условий должно осуществляться с учетом акцессорного характера поручительства.

¹ См Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве, приложение к Информационному письму Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 января 1998 г №28, п 12//Вестник ВАС РФ 1998 №3

Так, поручитель не может принять на себя ручательство за исполнение должником обязанностей по реституции, которые могут возникнуть в случае признания обеспечиваемой сделки недействительной. Дело в том, что недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом (п. 3 ст. 329).

Исполнение поручителем своего обязательства перед кредитором может иметь место при наступлении факта ненадлежащего исполнения (неисполнения) основного обязательства должником. Если поручитель отвечает солидарно с должником, то именно с момента наступления факта ненадлежащего исполнения (неисполнения) обязательства должником кредитор вправе требовать от поручителя исполнения обязательства из поручительства без предварительного предъявления требований должнику. Если поручитель несет субсидиарную ответственность, то порядок предъявления кредитором требований к поручителю должен соответствовать правилам норм ст. 399 ГК.

Поручитель в силу ст. 364 ГК вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства. Поручитель не теряет право на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг.

Возражения поручителя могут быть самыми разнообразными. Их условно можно разделить на две группы. Первую группу составляют возражения, суть которых состоит в оспаривании действительности сделки, лежащей в основе обеспечиваемого (основного) обязательства. Причем следует иметь в виду, что поручитель, безусловно, может оспаривать ничтожные сделки. Оспоримые сделки могут быть признаны недействительными по иску поручителя только в тех случаях, когда поручитель может быть отнесен к лицам, указанным в нормах ГК в качестве управомоченных на подачу такого иска¹.

Вторую группу составляют возражения поручителя, направленные на освобождение его от ответственности или на уменьшение объема его обязательства. Так, поручитель, привлеченный к суду кредитором ранее должника, может доказывать, что у кредитора еще нет права на предъявление к нему иска

1 См Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве, приложение к Информационному письму Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 января 1998 г №28, п 10

Поручитель может в качестве возражения утверждать, что поручительство прекратилось вследствие изменения обязательства должника, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего (п. 1 ст. 367 ГК). Поручитель может апеллировать к суду с требованием снижения объема обязательства из поручительства, указывая на явную несоразмерность неустойки, предусмотренной обеспечиваемым обязательством, последствиям нарушения этого обязательства (ст. 333 ГК) и т. п.

В целях исключения двойного исполнения кредитором (как со стороны поручителя, так и со стороны должника) законодательство предусматривает специальные правила. Поручитель, исполнивший свое обязательство перед кредитором и вступивший тем самым в права последнего, обязан письменно уведомить об этом должника. Если должник не был письменно уведомлен о состоявшемся переходе прав кредитора к поручителю, то поручитель несет риск вызванных этим для него неблагоприятных последствий. В этом случае исполнение должником, не получившим письменного уведомления, обязательства кредитором признается исполнением надлежащему кредитору (п. 3 ст. 382 ГК). Поэтому если должник, не получивший письменного уведомления, предоставит кредитором исполнение сверх исполненного поручителем, то поручитель вправе требовать возврата от кредитора неосновательно полученного по правилам об обязательствах из неосновательного обогащения.

Должник, исполнивший обязательство, обеспеченное поручительством, обязан немедленно известить об этом поручителя. В противном случае поручитель, в свою очередь исполнивший обязательство, вправе взыскать с кредитора неосновательно полученное либо предъявить регрессное требование к должнику. В последнем случае должник в свою очередь вправе взыскать с кредитора неосновательно полученное (ст. 366 ГК).

Если поручитель добровольно не исполняет свое обязательство из поручительства, то кредитор может потребовать исполнения в принудительном порядке, как в судебном, так и во внесудебном, на основании исполнительной надписи нотариуса, совершаемой в порядке, предусмотренном Основами законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. 1

Кредитор может удовлетворить свои требования к поручителю путем списания денежных средств со счета поручителя в безакцептном порядке, если такая возможность предоставлена кредитором условиями договора поручительства и условиями договора между поручителем и банком (п. 2 ст. 854 ГК).

1 ВВС РФ 1992 №10 Ст 357

6. Последствия исполнения поручителем обязательства из поручительства

С фактом исполнения поручителем за должника обеспечиваемого обязательства действующий закон связывает возникновение отношения между поручителем и должником. Содержание и природа этих отношений должны оцениваться с учетом следующих обстоятельств.

В соответствии с нормой п. 1 ст. 365 ГК к поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежащие кредитору как залогодержателю, в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора. Поручитель также вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника. При этом следует отметить, что подобный переход

прав кредитора к поручителю относится законодателем к случаям перехода прав на основании закона вследствие наступления указанных в нем обстоятельств: исполнения "обязательства должника" его поручителем, не являющимся должником по этому обязательству (ст. 387 ГК). Отнеся переход прав кредитора к поручителю к случаям перехода прав требования на основании закона, законодатель исключил правоотношение, возникающее между должником и поручителем, исполнившим обязательство должника, из числа регрессных, ибо согласно норме абз. 2 п. 1 ст. 382 ГК правила о переходе прав кредитора к другому лицу не применяются к регрессным требованиям.

В норме п. 1 ст. 365 ГК законодатель использовал известную со времен римского права юридическую конструкцию - платеж со вступлением в права кредитора, которую зачастую именуют личной суброгацией¹. Суть ее состоит в том, что лицо, произведшее платеж за должника, приобретает право требования, принадлежавшее его кредитору, и права, обеспечивающие это требование².

1 Подробнее об этом см Годеме Е Указ соч С 471-473

2 Объясняя причины применения законодателем подобной конструкции, Р. Саватье писал "Для того чтобы поощрять платеж, закон предоставляет или разрешает предоставлять лицу, уплатив ему долг, все права, которыми обладал кредитор по обязательству" (Саватье Р Теория обязательств М, 1972 С 382)

Тем, что в результате платежа за должника поручитель получает по прямому указанию закона (п. 1 ст. 365 ГК) помимо права требования к должнику и обеспечительное (акцессорное) право залога, объясняется отказ современного законодателя отнести обязательство, возникающее между поручителем и должником, к регрессным¹. Регрессное обязательство является новым, самостоятельным обязательством, хотя и возникает из факта исполнения лицом обязательства вместо третьего лица. Обязательство же, имеющее место между поручителем, исполнившим основное обязательство, и должником, представляет собой прежнее основное обязательство, но с изменившимся характером и объемом требований кредитора-поручителя. Характер кредиторских требований изменяется по причине того, что обязательство поручителя перед кредитором - это форма ответственности поручителя на случай неисполнения должником обеспечиваемого обязательства. Поэтому по общему правилу требование поручителя, исполнившего обеспечиваемое обязательство, к должнику проявляется как требование о возмещении убытков, понесенных вследствие исполнения основного обязательства за должника. Объем кредиторских требований изменяется, поскольку, во-первых, права, принадлежавшие кредитору, переходят к поручителю в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора; во-вторых, законом поручителю предоставляется право требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника.

Переход прав кредитора к поручителю, исполнившему обеспечиваемое обязательство, как частный случай перехода прав кредитора к другому лицу, подчинен норме ст. 384 ГК, согласно которой, если иное не предусмотрено законом или договором, к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства. Вследствие этого если должник помимо поручительства обеспечивал свое обязательство задатком, то сумма задатка естественным образом будет зачтена в сумму платежа, осуществленного поручителем, а поручитель станет вследствие этого кредитором, чьи права обеспечены задатком;

1 Следует отметить, что, несмотря на изложенную позицию законодателя, в современной литературе имеют место теоретические конструкции, относящие обязательство между должником и поручителем, исполнившим основное обязательство за должника, к регрессным См, например Белов В А Указ соч С 60-65

если обязательство должника обеспечивалось еще и другим договором поручительства,

то обязательства из него сохраняются лишь с тем изменением, что право требования по нему переходит к новому кредитору (поручителю, исполнившему обязательство за должника); требование по уплате неустойки в силу того, что она сама является элементом обеспечиваемого обязательства, переходит к поручителю вместе с основным требованием. Поэтому кредитор, если иное не предусмотрено договором, обязан передать специальным образом поручителю только обеспечительные права, порожденные способами обеспечения исполнения обязательств, не носящими акцессорного характера.

7. Прекращение поручительства

Прекращение поручительства может иметь место как по общим, так и по специальным основаниям. Например, поручительство прекращается, если субъекты примут решение о его новации и в соответствующем соглашении договорятся о замене первоначального обязательства (в нашем случае поручительства), существовавшего между ними, другим обязательством, предусматривающим иной предмет или способ исполнения (ст. 414 ГК).

Специальные основания прекращения поручительства описаны в ст. 367 ГК.

Поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства (п. 1 ст. 367 ГК). Справедливость данного основания очевидна в силу акцессорного характера обязательства из договора поручительства. Поручительство прекращается в случае изменения обеспечиваемого обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего (п. 1 ст. 367 ГК). К обстоятельствам, влекущим такие изменения, могут быть отнесены различные факты. Так, судебная практика относит к ним повышение в одностороннем порядке размера процентной ставки за пользование кредитом, произведенное кредитором на основании кредитного договора, породившего обязательство заемщика по возврату долга, обеспеченное поручительством¹.

Поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника (п. 2 ст. 367 ГК).

¹ См Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве, приложение к Информационному письму Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 января 1993 г № 28, п 10

Данное основание обусловлено тем, что поручитель ручался за конкретного должника. А само условие о том, за кого поручился должник, является существенным в договоре поручительства. Здесь уместно напомнить, что поручитель в абсолютном большинстве случаев вступает в договор поручительства на основании договора с конкретным должником о предоставлении услуг поручителя.

Поручительство прекращается, если кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем (п. 3 ст. 367 ГК). Отказ кредитора от принятия надлежащего исполнения является просрочкой кредитора. Поэтому поручитель, как и должник, имеет право при отказе кредитора от принятия предложенного надлежащего исполнения взыскать с просрочившего кредитора убытки (п. 2 ст. 406 ГК).

Поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано (п. 4 ст. 367 ГК). Указанный срок считается сроком действия договора поручительства и может быть определен промежутком либо моментом времени. В тех случаях, когда договор поручительства не содержит условий относительно срока действия поручительства, оно прекращается, если кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иск к поручителю. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или когда он определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иск к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства (п. 4 ст.

367 ГК). Сроки, в течение которых кредитор имеет право предъявить иск к поручителю, указанные в п. 4 ст. 467 ГК, являются пресекательными¹.

¹ Вследствие этого исключается сама возможность перехода к поручителю от кредитора права требования к должнику, не обеспеченного сроком исковой давности, которую допускают некоторые авторы См., например. Белое В. А. Указ соч. С. 61.

§ 6. Банковская гарантия

1. Понятие и сущность банковской гарантии

В силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате (ст. 368 ГК).

Приведенное определение является модификацией определения банковской гарантии, данного в ст. 2 Унифицированных правил Международной торговой палаты для банковских гарантий по первому требованию 1992 г.¹ Положения указанных правил, сложившихся в международной банковской и коммерческой практике в качестве правовых обычаев, легли в основу института банковской гарантии в новейшем российском законодательстве. Вместе с тем в российском гражданском праве имеется ряд норм, существенно отличающихся от норм вышеуказанных правил, что делает банковскую гарантию самобытным институтом российского гражданского права.

В литературе имеют место иные оценки банковской гарантии. По мнению одних авторов, банковская гарантия является модификацией гарантии, предусматривавшейся в ст. 210 ГК РСФСР 1964 г. и п. 6 ст. 68 Основ гражданского законодательства 1991 г.² По мнению второй группы авторов, с учетом того, что основанием к привлечению гаранта к уплате бенефициару денежной суммы является так называемый гарантийный случай, имеют место черты сходства между банковской гарантией и договором страхования³. По мнению третьей группы авторов, "отнесение банковской гарантии к способам обеспечения исполнения обязательств имеет не больше оснований, чем, например, страхование риска невозврата заемных средств"⁴. Однако следует исходить из того, что банковская гарантия и в международном коммерческом обороте, и в действующем российском гражданском законодательстве отнесена к способам обеспечения исполнения обязательств⁵.

Субъектами отношений по банковской гарантии являются гарант, принципал и бенефициар.

¹ Публикация МТП № 458/Пер. Н. Ю. Ерпылевой//Законодательство и экономика. 1994. № 5-6.

² См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий/Отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кабалкин, В. П. Мозолин. М, 1996. С. 570,573-574.

³ См.: Гражданское право. Учебник/Под ред. Ю. К. Толстого и А. П. Сергеева. Ч. 1. С. 531.

⁴ Павлодский Е. А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством //Закон. 1995. № 5. С. 25.

⁵ Критический анализ изложенных мнений дан В В Витрянским (см • Витрянский В. В Банковская гарантия //Хозяйство и право. 1998. № 10. С. 3-4).

Гарант - это лицо, выдавшее письменный документ, содержащий обязательство выплатить денежную сумму в случае представления бенефициаром письменного требования об оплате, составленного в соответствии с условиями банковской гарантии.

Принципал - лицо, являющееся должником по обязательству, исполнение которого обеспечивается банковской гарантией, выданной гарантом по его просьбе. Бенефициар - лицо, в пользу которого, как кредитора принципала, выдается банковская гарантия. По действующему законодательству в качестве гарантов могут выступать банки, иные кредитные учреждения и страховые организации, т. е. организации, обладающие специальной правосубъектностью. Исчерпывающий перечень лиц, обладающих возможностью выдачи банковской гарантии, объясняется тем, что в российском законодательстве речь идет именно о банковской гарантии, а не просто о гарантиях по первому требованию, предусмотренных Унифицированными правилами 1992 г., по которым гарантами могут быть любые юридические и физические лица. В качестве принципалов и бенефициаров могут выступать как юридические, так и физические лица.

Выдача банковской гарантии - это односторонняя сделка, поскольку, во-первых, для ее совершения требуется волеизъявление одной стороны - гаранта¹; во-вторых, выдача банковской гарантии юридически связывает гаранта возможностью предъявления бенефициаром требования исполнения обязательства, вытекающего из нее.

Юридическая связанность гаранта возникает по общему правилу с момента выдачи банковской гарантии, ибо она вступает в силу со дня ее выдачи, если в ней не предусмотрено иное (ст. 373 ГК). В качестве иного может быть указано, что банковская гарантия вступает в силу либо с определенной даты, либо с момента выдачи бенефициаром кредита принципалу, либо с момента получения письменного согласия бенефициара на принятие гарантии и т. д.

Под выдачей банковской гарантии следует понимать передачу гарантом тем или иным способом (почтой, телетайпом, непосредственно на руки и т. д.) надлежащим образом оформленной гарантии принципалу или бенефициару. Именно выдача гарантии является юридическим фактом, порождающим гарантийное обязательство между бенефициаром и гарантом. Для возникновения гарантийного обязательства не требуется извещения гаранта о принятии бенефициаром гарантии, если иное прямо не предусмотрено в тексте самой гарантии.

¹ Необходимо отметить, что в литературе имеет место иное мнение, согласно которому банковская гарантия является двусторонним соглашением между гарантом и бенефициаром (подробнее об этом см.: Ерпылева НЮ Международное банковское право М, 1998 С 90)

Главный юридический признак банковской гарантии как обеспечительной сделки состоит в независимости банковской гарантии от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана. В соответствии со ст. 370 ГК предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство. Отсутствие у банковской гарантии признаков акцессорности по отношению к основному обеспечиваемому обязательству означает, что она:

1. не прекращается с прекращением основного обязательства и не изменяется с его изменением;
 2. не является недействительной при признании недействительным основного обеспечиваемого обязательства;
 3. не дает гаранту права ссылаться при предъявлении к нему требований бенефициаром на возражения, которые связаны с обеспечиваемым обязательством;
 4. не ставит действительность обязательства гаранта перед бенефициаром в зависимость от каких-либо требований или возражений принципала, основанных на отношениях принципала с гарантом или бенефициаром;
 5. устанавливает, что обязательство гаранта оплатить денежную сумму должно быть исполнено при повторном требовании бенефициара даже в случаях, когда обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в части уже исполнено, прекратилось по иным основаниям либо недействительно (п. 2 ст. 376 ГК).
- Выдача банковской гарантии является результатом удовлетворения гарантом просьбы

принципала о выдаче банковской гарантии (ст. 368 ГК). Таким образом, основанием выдачи банковской гарантии является именно просьба принципала. В развитом коммерческом обороте просьба принципала о выдаче гарантии и условия удовлетворения этой просьбы определяются соглашением гаранта и принципала о порядке и условиях выдачи банковской гарантии. Но следует иметь в виду, что закон не содержит каких-либо предписаний об обязательном заключении письменного соглашения между принципалом и гарантом.

(указатель ссылки отсутствует в источнике - см. стр. 85)

1 См/ п 3 Информационного письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса РФ о банковской гарантии" //Вестник ВАС РФ. 1998 № 3

Поэтому отсутствие письменного соглашения о выдаче банковской гарантии между принципалом и гарантом не влечет недействительности гарантийного обязательства гаранта перед бенефициаром¹. Но если просьба принципала о выдаче гарантии и условия удовлетворения этой просьбы определяются соглашением гаранта и принципала о порядке и условиях выдачи банковской гарантии, то именно такое соглашение становится основанием, определяющим порядок выдачи гарантии, взаиморасчеты гаранта и принципала по выплате вознаграждения гаранту, право регресса гаранта к принципалу, его объем и порядок осуществления.

2. Соглашение принципала и гаранта о выдаче банковской гарантии

Содержание соглашения принципала и гаранта о выдаче банковской гарантии определяется по их взаимному согласию. Главное в указанном соглашении составляют условия об обязательствах по выдаче гарантии в интересах принципала, о порядке удовлетворения письменного требования бенефициара, о вознаграждении, причитающемся гаранту, об условиях и объеме регрессной ответственности принципала.

За выдачу банковской гарантии принципал выплачивает гаранту вознаграждение (п. 2 ст. 369 ГК). При этом в законе отсутствуют правила, позволяющие определить размер такого вознаграждения и порядок его уплаты. Поэтому данные вопросы должны решаться в соглашении о выдаче банковской гарантии, заключаемом между гарантом и принципалом. Отсутствие в соглашении о выдаче банковской гарантии условия о выплате вознаграждения гаранту принципалом, а также условий, определяющих размер и порядок выплаты такого вознаграждения, не может расцениваться в качестве основания для признания недействительной самой банковской гарантии. Дело в том, что соглашение о выдаче гарантии касается отношений принципала и гаранта, но никак не отношений гаранта и бенефициара. При отсутствии в соглашении между гарантом и принципалом условия о вознаграждении его размер должен определяться по правилам п. 3 ст. 424 ГК.

В соответствии с п. 1 ст. 379 ГК право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого выдана гарантия.

¹ Позицию, аналогичную изложенной, занимает и судебная практика См Вестник ВАС РФ 1997 №6 С 81-83

Поэтому в соглашении о выдаче банковской гарантии гарант и принципал должны, во избежание в будущем неопределенности регрессных обязательств принципала перед гарантом, согласовать условия о праве гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, и об объеме этого права. При определении объема регрессных требований принципал и гарант должны решить вопрос о возможности гаранта истребовать в порядке регресса денежные суммы, уплаченные гарантом бенефициару не в соответствии с условиями гарантии, например за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром. Если такое условие не будет согласовано, то в соответствии с общим правилом диспозитивной нормы п. 2 ст. 379 ГК гарант не сможет претендовать на возмещение

указанных сумм.

Другие условия соглашения между принципалом и гарантом могут быть весьма различными и касаться:

- * определения обязательства, с целью обеспечения исполнения которого выдается гарантия;
- * установления суммы, подлежащей выплате;
- * отзывности или безотзывности выдаваемой гарантии;
- * срока, на который выдается гарантия,
- * документов, при представлении которых гарантом должна производиться выплата,
- * возможности и объема регрессных требований;
- * ответственности сторон за нарушение условий соглашения и т.д.

Форма соглашения между гарантом и принципалом подчиняется общим нормам о форме сделок. В силу того что гарантами могут быть только банки, кредитные учреждения и страховые организации, являющиеся юридическими лицами, все их соглашения с принципалами должны совершаться в простой письменной форме (ст. 161 ГК). Нарушение простой письменной формы не влечет недействительности соглашения между гарантом и принципалом и поэтому не влияет на действительность банковской гарантии, выданной на основании такого соглашения. Последнее легко объяснимо. Выдача банковской гарантии - это односторонняя сделка порождающая одностороннее обязательство гаранта, и поэтому банковская гарантия действительна даже в тех случаях, когда она выдана на основании устной просьбы принципала.

3. Форма, содержание и виды банковской гарантии

Из определения банковской гарантии, данного в ст. 368 ГК, следует, что обязательства гаранта должны быть оформлены письменно. В отличие от норм, регулирующих отношения по поручительству, неустойке, залогу и указывающих, что несоблюдение письменной формы сделок о применении этих способов обеспечения влечет их недействительность, для банковской гарантии действующим законодательством такие последствия несоблюдения письменной формы прямо не предусмотрены. Сама сущность банковской гарантии состоит в том, что это есть письменно оформленное обязательство, в силу которого кредитор принципала - бенефициар приобретает право требовать получения денег (ст. 368 ГК). Поэтому банковская гарантия - это всегда документ, совершенный в письменной форме (включая электронную документацию, телеграммы, телексы, телефаксы). В связи с этим в ст. 3 Унифицированных правил МТП для банковских гарантий по первому требованию 1992 г. подчеркнута, что тексты самих гарантий, как и другие документы, связанные с ней, должны быть ясными, точными и исключать спорные моменты.

Содержание гарантии составляют следующие условия:

1. наименование гаранта;
2. наименование принципала;
3. наименование бенефициара,
4. ссылка на основной договор, в котором предусмотрена необходимость выдачи гарантии,
5. максимальная денежная сумма, подлежащая выплате,
6. срок, на который выдана гарантия, или иной юридический факт, при наступлении которого прекращается гарантийное обязательство,
7. правила осуществления платежа,
8. положение, направленное на сокращение суммы гарантийных выплат

Объем и детали перечисленных условий, входящих в содержание банковской гарантии, должны соответствовать требованиям, содержащимся в соглашении между гарантом и принципалом о выдаче гарантии. Но во всех случаях в тексте банковской гарантии должны быть указаны наименование гаранта; сумма, на которую выдана гарантия; срок, на который она выдана.

Банковские гарантии можно классифицировать по различным признакам В

зависимости от характера обязательств, исполнение которых обеспечивается выдачей банковской гарантии, выделяют: тендерные гарантии; гарантии исполнения; гарантии возврата платежа¹.

В зависимости от того, имеет гарант право отозвать выданную гарантию или нет, банковские гарантии можно разделить на отзывные и безотзывные.

¹ Подробнее о существенных признаках приведенных видов гарантий см Ерпылева Н.Ю. Указ соч С 91-92

По общему правилу надлежащим образом выданная банковская гарантия не может быть отозвана гарантом, если в ней не предусмотрено иное (ст. 371 ГК).

Право на отзыв гарантии может быть безусловным или зависит от наступления определенных условий (например, признания принципала неплатежеспособным, изменения содержания обеспечиваемого обязательства). Право на отзыв гарантии должно соответствовать условиям соглашения принципала и гаранта о выдаче банковской гарантии. Если гарант, обладающий правом отзыва, реализует его, то с момента получения бенефициаром письменного сообщения гаранта об отзыве гарантии обязательства гаранта, вытекающие из нее, прекращаются. Но если гарант не использовал право на отзыв гарантии, а бенефициар предъявил к нему требование об исполнении обязательства, вытекающего из банковской гарантии, то гарант не имеет права ее отозвать, так как его право на отзыв пресекается фактом предъявления требования бенефициаром. Отзыв гарантом гарантии, выданной на условиях безотзывности, юридически ничтожен и не прекращает обязательства гаранта по ней. В зависимости от того, имеет или не имеет бенефициар право передавать другому лицу требования к гаранту, предусмотренные в банковской гарантии, банковские гарантии подразделяются на передаваемые и непередаваемые. По общему правилу право требования к гаранту, принадлежащее бенефициару по банковской гарантии, не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное (ст. 372 ГК). Передача права требования по банковской гарантии подчиняется нормам гл. 24 ГК об уступке права требования (цессии).

Условия и порядок передачи бенефициаром права требования должны быть оговорены в самой банковской гарантии. Включение в банковскую гарантию условия о возможности передачи бенефициаром требования права третьему лицу должно быть оговорено в соглашении гаранта с принципалом. Если гарантия вопреки соглашению гаранта с принципалом выдается бенефициару с правом передачи требования из нее третьему лицу, то гарант теряет право регрессного требования к принципалу, а сама банковская гарантия приобретает абстрактный характер.

Объем обязательства гаранта по банковской гарантии определен ст 377 ГК, согласно которой предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром ограничивается уплатой суммы, на которую выдана гарантия. Порядок и способы исчисления суммы гарантийного обязательства могут быть различными и включать условия о начислении процентов на основную сумму.

В отличие от этого ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по гарантии не ограничивается суммой, на которую выдана гарантия, если в гарантии не предусмотрено иное (п 2 ст. 377 ГК).

Иначе говоря, за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств перед бенефициаром гарант несет ответственность на общих основаниях. Нарушения гаранта могут выражаться в различных формах - задержка выплаты всей или части суммы по гарантии, необоснованный отказ в выплате и т. п. Поскольку обязательства гаранта носят денежный характер, при просрочке в выплате суммы гарантийного обязательства на него может быть возложена ответственность, предусмотренная ст. 395 ГК.

4. Исполнение и прекращение обязательств, вытекающих из банковской гарантии
Исполнение обязательств, вытекающих из банковской гарантии, начинается с момента предъявления бенефициаром гаранту требования об уплате денежной суммы по банковской гарантии. Требование должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в

приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия (п. 1 ст. 374 ГК).

При получении требования гарант обязан немедленно уведомить принципала о получении требования бенефициара и передать принципалу копию требования со всеми относящимися к ней документами. Данная обязанность играет весьма важную роль в отношениях гаранта и принципала. Ведь ее исполнение учитывается при предъявлении гарантом регрессных требований к принципалу. Только исполнение гарантом своих обязательств в соответствии с условиями его соглашения с принципалом о выдаче гарантии является бесспорным основанием для удовлетворения регрессных требований гаранта к принципалу.

Гарант должен рассмотреть требование бенефициара с приложенными к нему документами в разумный срок и проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствует ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии (п. 2 ст. 375 ГК). Под разумным сроком, в течение которого гарант обязан осуществить проверку документов и дать ответ об их принятии или отказе, должен пониматься срок, сложившийся в виде обычая. Установка законодателя на разумность срока осуществления проверки документов не препятствует его конкретному определению в гарантии.

При рассмотрении документов, представленных бенефициаром, гарант не обязан осуществлять проверку соответствия документов фактическим обстоятельствам, но обязан проверить их на предмет соответствия условиям гарантии. Согласно п. 1 ст. 376 ГК, если требование бенефициара либо приложенные к нему документы не соответствуют условиям гарантии либо представлены гаранту по окончании определенного в гарантии срока, гарант отказывает бенефициару в удовлетворении его требования. Гарант отказывает в выплате, если из представленных бенефициаром документов следует, что нарушение принципалом основного обязательства не является тем нарушением, которое в соответствии с условиями гарантии дает право потребовать платежа от гаранта. Гарант обязан немедленно уведомить бенефициара об отказе удовлетворить его требование (п. 1 ст. 376 ГК). В деловом обороте принято, что, извещая бенефициара об отказе удовлетворить требование, гарант обязан проинформировать бенефициара о причинах отказа. В любом случае бенефициар вправе потребовать подобного объяснения, так как речь идет об отказе удовлетворить принадлежащее ему право. После исправления ошибок и недостатков в документах, на основании которых гарант отказал в удовлетворении требования, бенефициар имеет право повторно предъявить гаранту требование об оплате при условии, что требование заявлено до окончания срока гарантии. Право на повторное предъявление требования об уплате в указанных и подобных случаях вытекает из того, что сам по себе отказ гаранта выплатить денежную сумму не означает прекращения гарантийного обязательства и не прекращает права бенефициара требовать оплаты денежной суммы, предусмотренной банковской гарантией. Поэтому до истечения срока, на который выдана банковская гарантия, бенефициар может не только повторно, но и сколько угодно раз выставлять свое требование об уплате денежной суммы, пока оно не будет удовлетворено. Предъявление бенефициаром требования к гаранту должно быть сделано до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана (п. 2 ст. 374 ГК).

Окончание срока, на который выдана банковская гарантия, является основанием прекращения гарантийного обязательства в целом, в связи с чем он не может быть восстановлен. В случае необоснованного отказа гаранта в удовлетворении требования бенефициар имеет право в общем порядке обратиться к гаранту с иском с требованием об исполнении обязательств, вытекающих из банковской гарантии. При этом следует иметь в виду, что представление гаранту бенефициаром в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов требования об уплате денежной суммы по банковской гарантии является обязательным условием для последующей исковой защиты прав бенефициара. Бенефициар, не представивший гаранту в пределах срока действия гарантии письменное требование об уплате денежных сумм, не может потребовать их выплаты путем предъявления иска ввиду отсутствия

материально-правовых оснований для его удовлетворения.

Независимость банковской гарантии от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, в известной мере абстрактный характер взаимоотношений бенефициара и гаранта обусловили особенность реализации обязательств гаранта, вытекающих из правил п. 2 ст. 376 ГК. В нем сказано: если гаранту до удовлетворения требований бенефициара стало известно, что основное обязательство, обеспеченное банковской гарантией, полностью или в соответствующей части уже исполнено, прекратилось по иным основаниям либо недействительно, то он должен немедленно сообщить об этом бенефициару и принципалу. Полученное гарантом после такого уведомления повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом. В результате исполнения предписаний п. 2 ст. 376 ГК могут иметь место две типичные ситуации.

Ситуация первая. Бенефициар получает платеж в удовлетворение требований по банковской гарантии, в то время как основное обязательство, для обеспечения исполнения которого выдавалась гарантия, прекратилось или недействительно.

Ситуация вторая. Бенефициар получает платеж в удовлетворение требований по банковской гарантии несмотря на то, что основное обязательство, исполнение которого обеспечивалось выдачей банковской гарантии, полностью или частично исполнено принципалом как должником либо третьими лицами в его пользу.

В обоих случаях гарант может взыскать уплаченную им бенефициару денежную сумму в порядке регресса с принципала, если этому нет препятствий, указанных в ст. 379 ГК. Принципал, удовлетворивший регрессные требования, может предъявить бенефициару иск из неосновательного обогащения. Данный иск будет основываться на том, что выплаты, произведенные гарантом, одновременно являются исполнением обязательства принципала перед бенефициаром и прекращают его. Вследствие этого правовое основание получения бенефициаром исполнения от принципала можно считать отпавшим, а полученные в исполнение обязательства денежные суммы неосновательным обогащением.

Нормы п. 2 ст. 376 ГК дают возможности для злоупотребления правом со стороны бенефициара. Гарант может защищаться от него применением норм п. 1,2 ст. 10 ГК о недопустимости злоупотребления правом и об отказе в защите прав субъектов, злоупотребляющих своими правами. Такая судебная практика уже начала складываться. По конкретному делу обращение бенефициара в суд с иском о понуждении гаранта выплатить денежные суммы в удовлетворение требований по банковской гарантии в случае, когда имелись доказательства того, что принципал как должник полностью исполнил обязательства по основному обязательству, было расценено судом как злоупотребление правом¹.

В связи с выплатой гарантом бенефициару денежных сумм, обусловленных банковской гарантией, возникает вопрос о судьбе обязательства, исполнение которого обеспечивалось выдачей банковской гарантии. Иначе говоря, влияет ли исполнение гарантом своего обязательства по банковской гарантии на обязательство между бенефициаром (кредитором) и принципалом (должником), в обеспечение исполнения которого выдавалась банковская гарантия?

Банковская гарантия действующим законодательством отнесена к способам обеспечения исполнения обязательств. Вследствие этого исполнение гарантом своих обязательств по выплате денежных средств бенефициару, являющемуся кредитором в обязательстве с принципалом, погашает в соответствующей части право требования бенефициара к принципалу. Таким образом, если гарантом исполнено требование бенефициара об оплате денежной суммы, предусмотренной банковской гарантией, то обязательство между бенефициаром и принципалом должно считаться исполненным в соответствующей части.

5. Регрессные требования гаранта к принципалу

Они могут иметь место, если право на такие требования было закреплено в соглашении гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия. При отсутствии в соглашении между гарантом и принципалом условий, определяющих

саму возможность регрессной ответственности принципала, такая ответственность принципала не может иметь места.

1 См Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса РФ о банковской гарантии" // Вестник ВАС РФ 1998 № 3, с. 392-393 т 1 настоящего учебника

Данный вывод логически следует из нормы п. 1 ст. 379 ГК, согласно которой право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого выдана гарантия. В этом соглашении могут быть предусмотрены порядок и условия выплаты денежных сумм, предусмотренных банковской гарантией. В частности, только в соглашении можно оговорить круг документов, которые наряду с письменным требованием об уплате должен представить бенефициар для того, чтобы гарант выплатил денежные суммы, предусмотренные банковской гарантией. К тому же характер неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства самим принципалом может быть различным. Поведение гаранта в указанных случаях также может определяться только соглашением между принципалом и гарантом о выдаче банковской гарантии. Предоставление гаранту ничем не обусловленного права регрессного требования к принципалу в случаях выплаты гарантом денежных сумм, предусмотренных банковской гарантией, существенно ущемляло бы интересы принципала и давало бы основания для различных злоупотреблений со стороны гаранта.

Не случайно в п. 2 ст. 379 ГК указано, что гарант не имеет права требовать от принципала возмещения сумм, уплаченных бенефициару не в соответствии с условиями гарантии или за нарушение обязательства гаранта перед бенефициаром, если соглашением гаранта с принципалом не предусмотрено иное.

Прекращение обязательств гаранта, вытекающих из банковской гарантии, происходит в соответствии со ст. 378 ГК по следующим основаниям:

1. уплата принципалом суммы, на которую выдана гарантия,
2. окончание определенного в гарантии срока, на который она выдана,
3. отказ бенефициара от своих прав по гарантии и возвращение ее гаранту,
4. отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств

Обязательства гаранта считаются прекращенными независимо от того, возвращена ли ему гарантия, за исключением случая, когда имеет место отказ бенефициара от своих прав по гарантии и возвращение ее гаранту. Гарант, которому стало известно о прекращении гарантии, обязан без промедления уведомить об этом принципала.

Следует иметь в виду, что вытекающие из банковской гарантии обязательства гаранта могут быть прекращены не только в силу специальных оснований (ст. 387 ГК), но и по иным основаниям, предусмотренным в гл. 26 ГК. В частности, основанием прекращения обязательств гаранта могут служить отступное (ст. 409 ГК), зачет встречного однородного требования (ст. 410 ГК), совпадение должника и кредитора в одном лице (ст. 413 ГК), новация обязательства (ст. 414 ГК) и др.

§ 7. Залог

1. Понятие залога

Залог известен со времен римского права, которое относило его к разряду прав на чужие вещи (*jura in re aliena*). На ранних стадиях развития римского права формой залога являлась фиду-ция (*fiducia*), которая представляла собой не что иное, как продажу закладываемой вещи с правом ее обратного выкупа¹. Другой, более развитой формой залога был пигнус. При залоге типа пигнус должник передавал кредитору в обеспечение долга вещь, но не в собственность, как при фидуции, а во владение². Наиболее совершенную форму залога представляла собой ипотека. При ипотеке вещь, переданная в залог, оставалась во владении собственника и не переходила к кредитору.

Само слово "ипотека" указывает на греческое происхождение этого понятия (от *hypothēke*), введенного в обиход знаменитым афинским реформатором и законодателем Солоном, одним из так называемых семи мудрецов, в начале VI в. до Рождества Христова. Солон придумал рациональный способ обращения личной ответственности в ответственность имущественную. На пограничной меже имения должника устанавливался столб с надписью, что это имущество служит обеспечением претензии займодателя на сумму заключенной кредитной сделки. Такой столб назывался ипотекой (подставкой), и слово в переносном смысле стало употребляться для обозначения любого залога под кредит.

1 См Римское частное право/Под ред И Б Новицкого и ИС Перетерского С 339 (автор главы - И С Розенталь) Иная трактовка - см Покровский И А История римского права//СПб,1998 С 331, Покровский И А Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г) С 213

2 См Римское частное право/Под ред И Б Новицкого и Я С Перетерского С 340 (автор главы - И С Розенталь)

Ставился такой столб на участке земли в знак запрета заемщику вывозить с него "все приведенное, привезенное, принесенное"¹. Слово "ипотека" до сих пор употребляется в нескольких значениях. Во-первых, его используют для обозначения формы залога с оставлением предмета залога у залогодержателя независимо от того, движимое или недвижимое имущество является предметом залога. Во-вторых, для обозначения особого вещного права на движимое и недвижимое имущество, позволяющего обеспечить требования кредитора путем распоряжения объектом ипотеки. В-третьих, во многих правовых системах, в том числе и в российской, его используют исключительно для обозначения залога недвижимого имущества.

Институт залога в российском праве прошел длительную эволюцию - от древнерусского залога², который во многом был сходен с римской фидуцией, до современного, закрепленного в гл. 23 ГК и в ряде других правовых актов, где в качестве доминирующей формы залога представлен залог с оставлением заложенного имущества во владении залогодателя.

Под залогом понимается правоотношение, в котором кредитор (залогодержатель) при неисполнении или ненадлежащем исполнении обеспеченного залогом обязательства имеет право получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами, за изъятиями, установленными законом (п. 1 ст. 334 ГК).

Аналогичные определения залога с известными словесными модификациями имели место в ст. 85 ГК РСФСР 1922 г., ст. 192 ГК РСФСР 1964 г., в п. 4 ст. 68 Основ гражданского законодательства 1991 г., в ст. 1 Закона РФ от 29 мая 1992 г. "О залоге"³.

Избирая залог в качестве средства обеспечения своих интересов, кредитор руководствуется принципом "верю не лицу, а вещи". При залоге имущества имеет место реальный кредит, суть которого сводится к выделению какого-либо определенного объекта в составе имущества должника, за счет стоимости которого предоставляется удовлетворение кредитору в случае, если должник не оправдает доверия.

1 Брокгауз Ф. А., Ефрон И. А. Энциклопедический словарь. Т. XIII (ст. "Ипотечная система"), XXX (ст. "Солон"). СПб., 1894,1900.

2 История развития института залога в российском гражданском праве наиболее полно представлена в работах Л. А. Кассо и А. С. Звоницкого (см.: Касса Л. А. Понятие о залоге в современном праве (по изданию 1898 г.). М, 1999 (гл. 5-8); Звоницкш А С. О залоге по русскому праву. Киев, 1912. С. 244).

3 ВВС РФ 1992. № 23. Ст. 1239.

Залог имеет обеспечительную функцию, потому что имущество, за счет стоимости которого могут быть удовлетворены имущественные требования кредитора,

предоставляется кредитору до наступления факта неисправности должника¹. С юридической точки зрения реальный кредит при залоге означает установление юридической связи залогодержателя с чужим имуществом, благодаря которой залогодержатель имеет юридическую возможность извлечь из заложенного имущества его меновую ценность независимо от воли должника². Вследствие этого обеспечительная сущность залога состоит в том, что при неисполнении или ненадлежащем исполнении обеспеченного залогом обязательства кредитор имеет право потребовать наложения взыскания на заложенное имущество, его реализации и получить удовлетворение.

По общему принципу залоговое правоотношение является акцессорным, т. е. может существовать, только пока существует обеспечиваемое (основное) обязательство³. Прекращение основного обязательства влечет и прекращение залога (пп. 1 п. 1 ст. 352 ГК), но прекращение залога не влечет прекращения основного обязательства (п. 2 ст. 329 ГК). Уступка залогодержателем своих прав по договору о залоге другому лицу действительна, если тому же лицу уступлены права требования к должнику по основному обязательству, обеспеченному залогом. С переводом на другое лицо долга по обязательству, обеспеченному залогом, залог прекращается, если залогодатель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника. Если не доказано иное, уступка прав по договору об ипотеке (залоге недвижимости) означает и уступку прав по обеспеченному ипотекой обязательству (ст. 355 ГК).

1См.: Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 1. (по исправленному и дополненному 8-му изданию 1902 г.). М., 1997. С. 198.

2 См.: Гуляев А. М. Русское гражданское право. Киев, 1907. С. 175.

3 В литературе по залоговому праву обеспечиваемое (основное) обязательство зачастую именуют личным обязательством.

В некоторых правовых системах, в частности в гражданском законодательстве Германии и Швейцарии, имеют место конструкции абстрактных форм залога. В § 1191 Германского гражданского уложения (далее - ГГУ) записано, что земельный участок может быть обременен таким образом, чтобы лицу, в пользу которого установлено обременение, была выплачена определенная денежная сумма за счет стоимости земельного участка (поземельный долг - Grundschuld)¹. В отношении поземельного долга применяются предписания об ипотеке, в отношении процентов по поземельному долгу применяются предписания о процентах по ипотечному требованию (§ 1192 ГГУ). Право на получение денежной суммы за счет стоимости земельного участка существует само по себе, оно абстрактно и не зависит от целей его установления. Земельный долг (Grundschuld) может быть установлен даже в отношении собственника земельного участка путем оформления залогового свидетельства на самого собственника (§ 1196 ГГУ). Поэтому зачастую в литературе залоговое свидетельство, оформляющее Grundschuld, называют вещным векселем². Конструкции абстрактного залога, подобные Grundschuld, российскому праву неизвестны. Требование, обеспечиваемое залогом, должно носить денежный характер. В ст. 337 ГК закреплено, что, если иное не предусмотрено договором, залог обеспечивает требование в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения, в частности проценты, неустойку, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения, а также возмещение необходимых расходов залогодержателя на содержание заложенной вещи и расходов по взысканию. Объем требований, обеспечиваемых залогом, существенно шире при залоге недвижимости. За счет заложенного недвижимого имущества при указанных в законе обстоятельствах залогодержатель может возместить расходы на его содержание и охрану, на погашение задолженности залогодателя по налогам, сборам или коммунальным платежам, связанным с этим имуществом³.

2. Виды залога

Предмет залога может как передаваться залогодержателю, так и не передаваться. Факт нахождения заложенного имущества у залогодателя или залогодержателя влияет на их права и обязанности в залоговом правоотношении. Поэтому законодательство в зависимости от того, передается предмет залога залогодержателю или нет, закрепляет конструкции двух видов залога: заклада и залога без передачи имущества залогодержателю (залога в собственном смысле слова).

Исторически понятие заклад охватывало всю совокупность залога движимости, который предполагал передачу заложенного имущества залогодержателю.

1 См.: Германское право. Ч. I. Германское уложение /Под ред ВВ. Залесского. М., 1996. С. 261-262

2О сущности правовой конструкции Grundschuld см.: Касса Л. А. Указ. соч. С 163- 175; Покровский И А. Основные проблемы гражданского права. С. 218-219

3 См. ст. 4 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" //СЗ РФ 1998. № 29. Ст. 3400. (Далее - Закон об ипотеке.)

Собственно залогом в дореволюционной русской юридической литературе именовался залог недвижимого имущества, который не сопровождался передачей имущества залогодержателю¹. Залог движимых вещей с передачей владения вещью залогодержателю в русской литературе именовался также ручным закладом².

При закладе имущество передается залогодержателю. При этом важно, что "заимодавец, приобретая в свои руки заложенную вещь, не владеет ею и не пользуется, но только удерживает ее у себя, становится ее сберегателем, следовательно, должен сохранить ее в целостности под свою ответственность"³. Залогодатель имеет право требовать возвращения вещи по исполнению обеспеченного залогом обязательства, в том числе и в случае досрочного исполнения обязательства.

Действующим законодательством сфера применения заклада существенно сужена. Необходимость передачи имущества залогодателя прямо предусмотрена лишь диспозитивной нормой п. 4 ст. 338 ГК, в соответствии с которой при залоге имущественного права, удостоверенного ценной бумагой, она передается залогодержателю либо в депозит нотариуса, если договором не предусмотрено иное. Поэтому по общему правилу передача предмета залога залогодержателю может быть предусмотрена договором (ч. 1 п. 1 ст. 338 ГК).

Положения действующего гражданского законодательства существенно изменили ранее существовавший в российском праве подход к залого движимого имущества. Так, согласно ст. 196 ГК РСФСР 1964 г. заложенное имущество, за исключением строений, должно было передаваться залогодержателю, если иное не установлено законом или договором. Аналогичное положение содержал и ГК РСФСР 1922 г. Причем в соответствии с точным смыслом ст. 92 ГК РСФСР 1922 г. оставление заложенного имущества (кроме строений) у залогодателя возможно было только под замком или печатью кредитора (если иное не предусмотрено правовыми актами), а в случае залога индивидуально-определенной вещи - при условии нанесения на нее знаков, свидетельствующих о залоге.

1 См.: Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 3. Обязательственное право. Сделки. Изд. 2-е. С. 606; Крючковский В. Я. Залог имущества. Общедоступное изложение основных начал действующего права. СПб., 1914. С 3, и др.

2См.: Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 3. Обязательственное право. Сделки С. 580.

3Тамже. С.608.

Основы гражданского законодательства 1991 г. не содержали указаний относительно передачи заложенного имущества кредитору. В силу этого применялась норма Закона РФ от 29 мая 1992 г. "О залоге"¹ (далее - Закон о залоге), согласно которой "законом или договором может быть предусмотрено, что заложенное имущество остается у залогодателя либо передается во владение залогодержателю (заклад)" (ст. 5).

Залог без передачи имущества залогодержателю. Это доминирующая форма залога, ибо в принципе по действующему законодательству заложенное имущество остается у залогодателя, если иное не предусмотрено договором. Данный принцип легко обнаруживается при обращении к следующим нормативным предписаниям. Товары, заложенные в обороте, не передаются залогодержателю (п. 1 ст. 338 ГК). Предмет залога, переданный залогодателем на время во владение или пользование третьему лицу, считается оставленным у залогодателя (п. 3 ст. 338 ГК). Предмет залога может быть оставлен у залогодателя под замком и печатью залогодержателя. Предмет залога может быть оставлен у залогодателя с наложением знаков, свидетельствующих о залоге (твердый залог)² (п. 2 ст. 338 ГК). Залогодатель сохраняет право пользования заложенным недвижимым имуществом в соответствии с его назначением. Условия договора об ипотеке, ограничивающие это право залогодателя, признаются ничтожными (п. 1 ст. 29 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)"). Помимо видов (форм) залога необходимо различать подвиды залога. Подвиды залога могут выделены по предмету залога, например ипотека-залог недвижимости, залог ценных бумаг и имущественных прав и т. д. Наиболее значимо выделение подвидов договора по особенностям их юридической конструкции. По этому признаку в качестве особых разновидностей залога действующее гражданское законодательство выделяет залог товаров в обороте и залог вещей в ломбарде (ст. 357, 358 ГК).

3. Субъекты залогового правоотношения

Субъектами залогового правоотношения являются залогодатель и залогодержатель. Залогодатель - это лицо, предоставившее имущество в залог. Залогодержатель - это лицо, принявшее имущество в залог. В качестве залогодателей и залогодержателей могут выступать как юридические, так и физические лица.

1 ВВС РФ 1992 №23 Ст 1239

2 Следует заметить, что до этого российское законодательство давало иное определение твердого залога. Так, в соответствии с п. 2 ст. 49 Закона о залоге по соглашению залогодержателя с залогодателем "предмет залога может быть оставлен у залогодателя под замком и печатью залогодержателя (твердый залог)"

Индивидуально-определенная вещь может быть оставлена у залогодателя с наложением знаков, свидетельствующих о залоге

Личность кредитора и залогодержателя совпадает во всех случаях, т. е. залогодержателем может быть только сам кредитор. Залогодателем в соответствии с законом может быть как сам должник, так и третье лицо (п. 1 ст. 335 ГК). В случаях, когда предметом залога является имущество третьего лица, это лицо должно совершать сделку залога не от имени должника, а от собственного имени. Отношения между третьим лицом - залогодателем и должником по основному обязательству не являются залоговыми, права и обязанности, возникающие между ними, не входят в содержание залогового правоотношения. Между должником по основному обязательству и третьим лицом, заложившим свое имущество в обеспечение этого обязательства, может быть заключен договор, определяющий права третьего лица на получение возмещения в случае обращения взыскания на заложенное имущество. При отсутствии подобного договора третье лицо - залогодатель в случае обращения взыскания на заложенное имущество вправе требовать от должника возмещения убытков по правилам о неосновательном обогащении.

Но следует также иметь в виду, что третье лицо - залогодатель, во избежание наложения взыскания на заложенное имущество, может исполнить за должника

обеспечиваемое обязательство. В этом случае к третьему лицу-залогодателю перейдут в силу указания закона (ст. 387 ГК) права кредитора по обеспечиваемому обязательству.

Передача имущества в залог представляет собой акт распоряжения имуществом. Поэтому залогодателем может быть в первую очередь собственник имущества (п. 2 ст. 335 ГК). В некоторых случаях собственнику, желающему передать свое имущество в залог, необходимо учитывать особые требования закона, определяющие пределы и порядок осуществления права собственности. Например, для совершения сделки залога недвижимого имущества, принадлежащего супругам на праве общей совместной собственности, необходимо получить нотариально удостоверенное согласие другого супруга (п. 3 ст. 35 СК)¹.

Залогодателем может быть лицо, которому имущество принадлежит на праве хозяйственного ведения² (п. 2 ст. 335 ГК). Такой субъект может заложить движимое имущество без согласия собственника, а недвижимое имущество - только с его согласия (п. 2 ст. 295 ГК).

1 СЗ РФ 1996 № 1 Ст 16

2 В действующем законодательстве, и частности в п 1 ст 298 ГК, содержатся предписания, которые породили дискуссию о том, могут ли выступать в роли залогодателей учреждения, занимающиеся в установленном законом порядке коммерческой деятельностью. Подробнее об этом см Гонгало Б М Указ соч С 79-82

Залогодателем права может быть только лицо, которому принадлежит закладываемое право. Залог права аренды или иного права на чужую вещь не допускается без согласия ее собственника или лица, имеющего на нее право хозяйственного ведения, если законом или договором запрещено отчуждение этого права без согласия указанных лиц (п. 3 ст. 335 ГК).

В тех случаях, когда залогодателем является сам должник по основному (обеспечиваемому) обязательству и когда суммы, вырученной при реализации заложенного имущества, недостаточно для покрытия требования залогодержателя, при отсутствии иного указания в законе или договоре залогодержатель имеет право получить недостающую сумму из прочего имущества должника, не пользуясь преимуществом, основанным на залоге (п. 5 ст. 350 ГК). Данное право кредитора-залогодержателя объясняется тем, что залогодатель остается должником по основному обязательству (за залогодателем сохраняется личное обязательство).

В тех случаях, когда залогодателем является третье лицо, т. е. лицо, лично не обязанное кредитору-залогодержателю по основному обязательству, и когда залогодержатель не может полностью удовлетворить свои требования, обеспеченные залогом, за счет стоимости предмета залога, он не может требовать обращения взыскания на иное имущество залогодателя. Требование кредитора-залогодержателя к залогодателю, не являющемуся должником по основному обязательству, ограничивается суммой, вырученной от реализации предмета залога, так как залогодатель не имеет личных обязательств перед залогодержателем. В подобных случаях принято говорить об ответственности заложенного имущества.

На одно и то же имущество права залогодержателя могут принадлежать нескольким лицам. Такая ситуация чаще всего возникает из-за того, что заложенное имущество может быть передано в залог повторно (в третий раз и т. д.) Такое явление именуется последующим залогом или перезалогом. Согласно п. 1 ст. 342 ГК, если имущество, находящееся в залоге, становится предметом еще одного залога в обеспечение других требований (последующий залог), требования последующего залогодержателя удовлетворяются из стоимости этого имущества после требований предшествующих залогодержателей. В приведенной норме отражено одно из основополагающих принципов залогового права - принцип старшинства, в соответствии с которым право предшествующего залогодержателя на заложенное имущество считается старшим, имеющим преимущество по отношению к правам последующих залогодержателей на эту вещь. При последующем залоге недвижимости

(ипотеке) очередность залогодержателей устанавливается на основании данных единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним о моменте возникновения ипотеки, определяемом в соответствии с правилами п. 5, 6 ст. 20 Закона об ипотеке.

Поскольку наличие или отсутствие залогодержателей предшествующей очереди имеет для залогодержателя принципиальное значение, закон требует от залогодателя (п. 3 ст. 342 ГК) сообщать каждому последующему залогодержателю предусмотренные п. 1 ст. 339 ГК сведения обо всех существующих залогах данного имущества. За убытки, причиненные залогодержателям невыполнением этой обязанности, отвечает залогодатель. Согласно п. 2 ст. 342 ГК последующий залог допускается, если он не запрещен предшествующими договорами о залоге.

Закон предусматривает неблагоприятные последствия в случае нарушения залогодателем правил о последующем залоге. В соответствии с п. 2 ст. 351 ГК залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а если его требование не будет удовлетворено, обратиться взыскание на предмет залога. Иные последствия предусмотрены для случаев нарушения правил в последующей ипотеке. Закон об ипотеке в п. 3 ст. 43 устанавливает, что последующий договор об ипотеке, заключенный несмотря на запрещение, установленное предшествующим договором об ипотеке, может быть признан судом недействительным по иску залогодержателя по предшествующему договору независимо от того, знал ли залогодержатель по последующему договору о таком запрещении.

От последующих залогодержателей необходимо отличать совместных залогодержателей. Совместные залогодержатели - это лица, имеющие долю в праве залога на известное имущество. Например, к поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора (п. 1 ст. 365 ГК). Следовательно, если лицо, ручавшееся перед кредитором за исполнение должником основного обязательства, в какой-либо части исполнит за должника данное обязательство, то в этой части к нему в силу указания закона перейдет соответствующая доля в праве залога, первоначально принадлежавшем в полном объеме кредитору как залогодержателю. В этом случае будет иметь место множественность лиц на стороне залогодержателя. Совместные залогодержатели представляют одну сторону в залоговом правоотношении. Никто из них не имеет права старшинства. Исходя из существа залогового права, все требования по отношению к заложенному имуществу они могут реализовать только совместно, согласованными и одновременными действиями. Требования совместных залогодержателей подлежат удовлетворению пропорционально их доле в праве залога.

4. Предмет залога

Предметом залога является имущество, специальным образом выделенное в составе имущества залогодателя или переданное залогодержателю, из стоимости которого залогодержатель имеет право в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обеспечиваемого залогом обязательства удовлетворить свои требования преимущественно перед другими кредиторами.

В качестве предмета залога могут выступать вещи как движимые, так и недвижимые. Среди движимых вещей самостоятельным предметом залога могут быть ценные бумаги. Залог ценной бумаги производится посредством передачи ее залогодержателю или в депозит нотариуса, если договором не предусмотрено иное (п. 4 ст. 338 ГК). При залоге именных ценных бумаг в реестре владельцев именных ценных бумаг на основании залогового распоряжения делается соответствующая запись о залоге. Договор залога должен содержать точное определение предмета залога, т. е. конкретные параметры закладываемых ценных бумаг. Некоторые ценные бумаги, например вексель и коносамент, могут быть выданы в нескольких экземплярах¹. При залоге ценных бумаг, выданных в нескольких экземплярах, следует требовать

предъявления всех выданных экземпляров².

Ценная бумага, является, с одной стороны, самостоятельным объектом гражданских прав, с другой стороны, формой удостоверения другого объекта - имущественного права.

1 См.: ст. 147 КТМ РФ и п 64 Положения о переводном и простом векселе от 7 августа 1937 г. № 104/1341 (Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. 1937. № 52. Ст. 221).

2См.: Маковская АЛ. Залог денежных средств и ценных бумаг. М., 1999. С. 34.

Поэтому определение того, что именно является предметом залога при залоге ценной бумаги (сама ценная бумага или удостоверенное ею право), - сложная теоретическая проблема, с решением которой неразрывно связаны и чисто практические юридические вопросы¹. Современное российское законодательство не содержит прямого ответа на этот вопрос. Если норма п. 4 ст. 338 ГК говорит о залоге имущественного права, удостоверенного ценной бумагой, то другие законодательные предписания² говорят о залоге ценной бумаги. Отмеченная проблема должна решаться исходя из того, что права из ценной бумаги следуют за правом на ценную бумагу, иначе говоря, лишь тот, кто имеет право на бумагу, может осуществить право, вытекающее из бумаги³. Поэтому залог ценных бумаг есть залог особой разновидности имущества и он не может быть сведен к залогу имущественных прав. При наступлении оснований для обращения взыскания объектом взыскания будет сама ценная бумага, а не право из нее. И только лицо, купившее заложенную ценную бумагу на торгах, может осуществить право из нее.

В некоторых случаях залог ценной бумаги приравнивается к залогу конкретного имущества, права на которое закрепляет данная ценная бумага. Так, например, п. 4 ст. 912 ГК устанавливает, что товар, принятый на хранение по двойному или простому складскому свидетельству, может быть в течение его хранения предметом залога путем залога соответствующего свидетельства.

Правовой режим залога бездокументарных ценных бумаг (ст. 149 ГК) аналогичен режиму, установленному для залога прав⁴, но не полностью совпадает с ним. Дело в том, что операции с бездокументарными ценными бумагами могут совершаться только при обращении к лицу, осуществляющему официальную запись прав (п. 2 ст. 149 ГК). Именно возможность совершения залоговых операций с бездокументарными ценными бумагами только при обязательном посредничестве лица, официально совершающего записи прав, отличает залог бездокументарных ценных бумаг от залога имущественных прав (требований), указанных в законе в качестве самостоятельного предмета залога (п. 1 ст. 336 ГК).

Залог имущественных прав (требований) является искусственным расширением идеи залога применительно к *res incorporates*⁵.

1См.: Маковская А. А. Указ. соч. С. 26-27.

2 См., например: ст. 33 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. (в ред. от 31 июля 1998 г.) "О банках и банковской деятельности" //СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

3 См. с. 314 т. 1 настоящего учебника.

4 См.: Брагинский М. И. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия (комментарий к новому ГК) //Правовые нормы о предпринимательстве. Вып. 1. М., 1995. С. 55.

5 См.: Стругков В. О закладе долговых требований (*De pignore nominum*) СПб., 1890. С. 90.

Он близок по своей правовой природе к сделке цессии под отлагательным условием.

Реализация права требования с публичных торгов в случае наложения взыскания на него будет означать не что иное, как его принудительную цессию.

Формула п. 1 ст. 336 ГК не исключает возможности залога исключительных прав на использование объектов авторского и патентного права, на получение вознаграждения за их использование и т. п. Залог указанных прав возможен как отдельно, так и в составе имущественного комплекса (п. 2 ст. 340 ГК).

Не могут быть предметом залога требования, неразрывно связанные с личностью кредитора, в частности требования об алиментах о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и иные права, уступка которых другому лицу запрещена законом (п. 1 ст. 336 ГК). Перечень прав, уступка которых запрещена, должен определяться с учетом требований ст. 383 ГК.

Действующим законодательством (п. 6 ст. 340 ГК) допускается, что договором о залоге, а в отношении залога, возникающего на основании закона, - законом может быть предусмотрен залог вещей и имущественных прав, которые залогодатель приобретет в будущем. При буквальном толковании приведенной нормы нетрудно заметить, что она противоречит нормам п. 2,3 ст. 335 ГК, согласно которым залогодателем вещи может быть ее собственник, либо лицо, имеющее на нее право хозяйственного ведения, либо лицо, которому принадлежит закладываемое право. Поэтому норма п. 6 ст. 340 ГК должна рассматриваться как предписание, позволяющее брать в залог права требования по обязательствам, в силу которых в дальнейшем будут приобретены вещи и имущественные права¹.

¹ Судебная практика в вопросе толкования нормы п. 6 ст. 340 ГК заняла далеко не бесспорную позицию. Так, по конкретному делу было указано, что по договору о залоге, заключенному на основании п. 6 ст. 340 ГК, право залога возникает у залогодержателя только с момента приобретения залогодателем соответствующего имущества (см: п. 4 Информационного письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г. № 26 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге" //Вестник ВАС РФ. 1998. № 3). Подобное утверждение оставляет открытым вопрос о том, как вообще можно говорить о возникновении права залога с момента приобретения залогодателем соответствующего имущества, если залогодателем может быть по закону лишь субъект, обладающий на момент заключения договора залога на соответствующем титуле имуществом, передаваемым в залог.

Действующим законодательством к вещам отнесены и деньги. Но деньги (имеются в виду рубли РФ: наличные - как законное платежное средство на территории России и безналичные - как законное средство расчета) не могут быть предметом залога, так как сам смысл залога состоит в удовлетворении требований залогодержателя за счет денежных сумм, вырученных от реализации предмета залога¹. Иностранная валюта может быть предметом залога.

Недвижимые вещи как предмет залога обладают существенными особенностями, получающими свое отражение в законодательстве, в частности в Законе об ипотеке. Общие правила о залоге, содержащиеся в ГК, применяются к ипотеке в случаях, когда самим ГК или Законом об ипотеке не установлены иные правила (п. 2 ст. 334 ГК).

В соответствии с п. 1 ст. 5 Закона об ипотеке по договору об ипотеке может быть заложено недвижимое имущество, указанное в п. 1 ст. 130 ГК, права на которое зарегистрированы в порядке, установленном для государственной регистрации прав на недвижимое имущество. По правилам об ипотеке недвижимого имущества могут передаваться в залог права арендатора (право аренды) недвижимости (ст. 5 Закона об ипотеке). Залог отдельных видов недвижимого имущества имеет свои особенности, отраженные в специальных правилах норм гл. 11-13 (ст. 62-78) Закона об ипотеке.

В соответствии с п. 1 ст. 336 ГК не может быть предметом залога имущество, изъятое из оборота. Например, не могут быть предметом залога участки лесного фонда, ибо их оборот запрещен², золотая акция, находящаяся в государственной собственности³, и т. п. Залог отдельных видов имущества, в частности имущества граждан, на которое не допускается обращение взыскания, может быть законом запрещен или ограничен (п. 2

ст. 336 ГК). Например, на движимое и недвижимое имущество богослужебного назначения не может быть обращено взыскание по требованиям кредиторов⁴, поэтому такое имущество не может быть предметом залога. Не передается в залог имущество граждан, на которое не может быть обращено взыскание по исполнительным документам⁵.

1 То, что традиционно именуется залогом денежной суммы, есть не что иное, как резервирование источника исполнения денежного обязательства. Вопрос о том, могут или не могут деньги быть предметом залога, весьма дискуссионен (подробнее об этом см.: Гонгало Б. М. Указ. соч. С. 82-84).

2 См.: ст. 12 Лесного кодекса РФ от 19 января 1997 г. //СЗ РФ. 1997. № 5. Ст 610.

3 См.: п. 4 Указа Президента РФ от 16 ноября 1992 г. № 1322 "О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий"// ВВС РФ. 1992. № 47. Ст. 2722.

4См.: п. 5 ст. 21 Федерального закона "О свободе совести и религиозных объединениях" //СЗ РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

5 См.: Приложение № 1 к ГК РСФСР 1964 г.

Объекты гражданских прав, ограниченные в обороте, могут быть предметом залога. Но при совершении сделки по передаче в залог объектов, ограниченных в обороте, следует учитывать специальные требования законов и иных правовых актов, определяющих правовой режим объектов, ограниченных в обороте. Так, при совершении залоговых операций с золотыми слитками и иными валютными ценностями необходимо учитывать правила о субъектном составе таких сделок и порядке их совершения¹. Часть неделимой вещи (ст. 133 ГК), как часть имущества, раздел которого в натуре невозможен без изменения его назначения, не может быть предметом залога. Если вещь является неделимой, то предметом залога может быть не реальная часть неделимой вещи, а доля в праве собственности (праве хозяйственного ведения) на нее. Например, собственник автомобиля не может заложить часть автомобиля, но может передать в залог свою долю в праве собственности с соблюдением правил п. 2 ст. 246 ГК. Собственник нежилого здания не может отдать в залог какой-либо этаж (п. 4 ст. 5 Закона об ипотеке), но может передать в залог долю в праве собственности, соответствующую доле этажа в здании Аналогичным образом, если неделимая вещь принадлежит на праве собственности (праве хозяйственного ведения) нескольким собственникам, каждый из них может передать в залог свою долю в праве собственности, но не реальную часть такой вещи.

Если предметом залога является главная вещь, то права залогодержателя распространяются на ее принадлежности, если иное не предусмотрено договором. На полученные в результате использования заложенного имущества плоды, продукцию и доходы право залога распространяется только в случаях, предусмотренных договором (п. 1 ст. 340 ГК, п. 3 ст. 5 Закона об ипотеке).

При ипотеке предприятия или иного имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все входящее в его состав имущество, движимое и недвижимое, включая права требования и исключительные права, в том числе приобретенные в период ипотеки, если иное не предусмотрено законом или договором (п. 2 ст 340 ГК).

1 См, например постановление Правительства РФ от 30 июня 1994 г № 756 "Об утверждении Положения о совершении сделок с драгоценными металлами на территории Российской Федерации" (с изм и доп от 1 декабря 1998 г) //СЗ РФ 1994 №11 Ст 1291

Ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание или

сооружение, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части (п. 3 ст. 340 ГК). С учетом требований нормы п. 3 ст. 340 ГК в одновременную ипотеку со зданием (сооружением) может быть отдан земельный участок, принадлежащий залогодателю на праве собственности или праве аренды. В тех случаях, когда здание (сооружение) расположено на земельном участке, предоставленном собственнику здания (сооружения) на праве постоянного пользования, здание (сооружение) может быть передано в ипотеку без земельного участка. Это следует из нормы ч. 3 ст. 69 Закона об ипотеке, согласно которой право залога не распространяется на принадлежащее залогодателю право постоянного пользования земельным участком, на котором находится предприятие, здание или сооружение. При обращении взыскания на такое предприятие, здание или сооружение лицо, которое приобретает это имущество в собственность, приобретает право пользования земельным участком на тех же условиях и в том же объеме, что и прежний собственник недвижимого имущества (залогодатель)¹.

При ипотеке земельного участка право залога не распространяется на находящиеся или возводимые на этом участке здания и сооружения залогодателя, если в договоре не предусмотрено иное условие. При отсутствии в договоре такого условия залогодатель в случае обращения взыскания на заложенный земельный участок сохраняет право ограниченного пользования (сервитут) той его частью, которая необходима для использования здания или сооружения в соответствии с его назначением. Условия пользования этой частью участка определяются соглашением залогодателя с залогодержателем, а в случае спора - судом (п. 4 ст. 340 ГК).

Если ипотека установлена на земельный участок, на котором находятся здания или сооружения, принадлежащие не залогодателю, а другому лицу, то при обращении залогодержателем взыскания на этот участок и при его продаже с публичных торгов к приобретателю участка переходят права и обязанности, которые в отношении этого лица имел залогодатель (п. 5 ст. 340 ГК)

¹Такой же позиции придерживается и судебная практика (см п 45 постановления Пленума Верховного Суда РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г № 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации"//Вестник ВАС РФ 1996 №9, ВВС РФ 1996 №9)

5. Основания возникновения залогового правоотношения

Право залога, как и само залоговое правоотношение, может возникнуть в силу договора или в силу указания закона. Залог возникает на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признается находящимся в залоге (п. 3 ст. 334 ГК). Правила ГК о залоге, возникающем в силу договора, соответственно применяются к залому, возникающему на основании закона, если законом не установлено иное.

В действующем законодательстве имеет место ряд предписаний о возникновении залоговых правоотношений в силу наступления указанных в законе обстоятельств. Так, в п. 5 ст. 488 ГК закреплено, что, если иное не предусмотрено договором купли-продажи, товар, проданный в кредит, с момента его передачи покупателю и до его оплаты признается находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем его обязанности по оплате товара. В силу п. 1 ст. 587 ГК при передаче под выплату ренты земельного участка или другого недвижимого имущества получатель ренты в обеспечение обязательства плательщика ренты приобретает право залога на это имущество. Согласно п. 1 ст. 77 Закона об ипотеке, если иное не предусмотрено федеральным законом или договором, находящимися в залоге с момента государственной регистрации соответствующего договора купли-продажи, считаются жилой дом или квартира, приобретенные в собственность за счет кредита банка или иной кредитной организации. Залогодержателем по данному залому являются банк или иная кредитная организация, предоставившие кредит на покупку

жилого дома или квартиры.

Женевская международная Конвенция о морских залогах и ипотеках от 6 мая 1993 г., участником которой является Россия¹, в ст. 4 предусмотрела, что морским залогом в отношении судна обеспечиваются:

¹См.: Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. "О присоединении Российской Федерации к Международной конвенции о морских залогах и ипотеках 1993 года" //СЗ РФ. 1998 №51. Ст. 6266.

- * требования в отношении заработной платы и других сумм, причитающихся капитану, командному составу и другим членам экипажа судна в связи с их работой на судне, включая расходы по репатриации и взносы в фонд социального страхования, выплачиваемые от их имени;
- * требования в связи с гибелью или телесными повреждениями на суше или на воде, если они непосредственно связаны с эксплуатацией судна;
- * требования в отношении вознаграждения за спасение судна;
- * требования в отношении выплаты портовых сборов, сборов за пользование каналами и другими водными путями и лоцманских сборов;
- * требования, вытекающие из гражданских правонарушений, связанных с нанесением материального ущерба или вреда в процессе эксплуатации судна, за исключением утраты или повреждения груза, контейнеров или багажа пассажиров, перевозимых на судне, адресованные к собственнику, фрахтователю по димайз-чартеру, управляющему или оператору судна.

В ст. 5 Конвенции определено, что морские залоги, указанные в ст. 4, имеют приоритет перед зарегистрированными ипотеками и обременениями.

Во всех приведенных случаях возникновения залога на основании закона соблюдены требования п. 3 ст. 334 ГК. Во-первых, указано, какое имущество считается находящимся в залоге. Во-вторых, определено, для обеспечения исполнения какого обязательства имущество признается находящимся в залоге. В-третьих, описаны обстоятельства (юридические факты), наступление которых необходимо для возникновения залога.

Договор - важнейшее основание возникновения права залога. В п. 1 ст. 399 ГК говорится, что в договоре о залоге должны быть указаны предмет залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом. В нем должно также содержаться указание на то, у какой из сторон находится заложенное имущество. Перечисленные условия относятся к разряду существенных условий договора о залоге¹.

Условия о предмете залога будут считаться согласованными, если залогодатель и залогодержатель внесут в него данные, позволяющие однозначно идентифицировать предмет залога. Если предметом залога является индивидуально-определенная вещь, например здание, то при его передаче в залог необходимо представить документы, содержащие сведения, позволяющие определить месторасположение здания, размер полезных площадей и т. п.²

¹ См.: п. 42 постановления Пленума Верховного Суда РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" //Вестник ВАС РФ. 1996. № 9; ВВС РФ. 1996. № 9.

² Здесь идет речь о документах, о которых говорится при анализе договора продажи недвижимости на с. 257 настоящего учебника.

Если предметом залога является право требования, то необходимо четкое описание обязательства, иного правоотношения, из которого оно возникло и в связи с которым сохраняет свою действительность. Отмеченные требования о необходимости индивидуализации предмета залога являются следствием принципа специальности залога: объектом залога может быть только известное определенное имущество¹. Исключение из данного принципа составляет определение предмета при залоге

товаров в обороте, в силу чего залог товаров в обороте приобретает черты особой разновидности залога.

Относительно предмета залога в договоре могут быть согласованы и иные, не относящиеся к идентифицирующим предмет залога условия, отсутствие которых не влияет на действительность договора. Например, при заключении договора об ипотеке залогодатель обязан в письменной форме предупредить залогодержателя обо всех известных ему к моменту государственной регистрации договора правах третьих лиц на предмет ипотеки (правах залога, пожизненного пользования, аренды, сервитутах и других правах). Неисполнение этой обязанности залогодателем дает залогодержателю лишь право потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства либо изменения условий договора об ипотеке (ст. 12 Закона об ипотеке), но не влечет недействительности договора об ипотеке.

Условия о существе, размере и сроках исполнения обязательства, обеспеченного залогом, признаются согласованными, если в договоре залога имеется отсылка либо к договору, регулиющему основное обязательство и содержащему соответствующие условия, либо к иным документам, содержащим данные о существе, размере и сроках исполнения обязательства, обеспеченного залогом. Условие об оценке предмета залога должно согласовываться залогодателем и залогодержателем².

6. Оформление залога

Для договора о залоге предусмотрена обязательная письменная форма (п. 2 ст. 339 ГК), несоблюдение которой влечет недействительность договора о залоге (п. 4 ст. 339 ГК).

¹ См Покровский И А Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г) С 215 Принцип специальности залога имеет свои особенности при ипотеке (залоге недвижимости) (подробнее об этом см МейерД И Русское гражданское право Ч 2 С 200-201, Ем В С, Рогова Е С Новый закон об ипотеке и его место в системе российского законодательства//Законодательство 1999 №3 С 8-17)

² В предпринимательском обороте оценка предмета залога осуществляется, как правило, на основе заключения профессиональных оценщиков (см Федеральный закон от 29 июля 1998 г "Об оценочной деятельности в Российской Федерации" //СЗ РФ 1998 № 31 Ст 3813)

В соответствии с ч. 2 п. 2 ст. 339 ГК договор об ипотеке подлежит нотариальному удостоверению. Нотариальному удостоверению подлежит также договор о залоге движимого имущества или прав на имущество в обеспечение обязательств по договору, который должен быть нотариально удостоверен. Примером договора о залоге движимого имущества, подлежащего нотариальному удостоверению, может служить договор залога, совершенный с целью обеспечения исполнения обязательств, вытекающих из договора ренты, который во всех случаях подлежит нотариальному удостоверению (ст. 584 ГК). Возможность и необходимость заключения такого договора залога вытекает из нормы п. 2 ст. 587 ГК, согласно которой существенным условием договора ренты, предусматривающего отчуждение движимого имущества, является условие о предоставлении плательщиком ренты ее получателю обеспечения, предусмотренного ст. 329 ГК.

В соответствии с п. 3 ст. 339 ГК государственная регистрация предусмотрена только для договора ипотеки. Договор ипотеки, не зарегистрированный в государственном реестре прав на недвижимое имущество, является недействительным (п. 4 ст. 339 ГК). Порядок регистрации договора ипотеки урегулирован нормами ст. 19-28 Закона об ипотеке и ст. 29 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним"¹. Следует иметь в виду, что право залога на недвижимое имущество, будучи надлежащим образом зарегистрированным в государственном реестре прав на недвижимое имущество, становится подчиненным принципам ипотечной системы²:

¹СЗРФ 1997 №30 Ст 3594

2 Здесь мы сталкиваемся еще с одним пониманием ипотеки В дореволюционной России под ипотечной системой понималась вся система регистрации прав на недвижимое имущество в поземельных книгах Обозначение системы регистрации различных прав на недвижимое имущество через слово "ипотечная" объяснимо тем, что регистрация прав изначально родилась как регистрация права залога на недвижимое имущество в поземельные книги

1. во-первых, принципу специальности, заключающемуся в том, что запись об ипотеке в государственном реестре прав на недвижимое имущество касается строго определенного, конкретного объекта недвижимости;
2. во-вторых, принципу обязательности, означающему, что право ипотеки имеет юридическую значимость для всех третьих лиц только после внесения записи о ней в государственный реестр прав на недвижимое имущество,
3. в-третьих, принципу гласности (публичности), предполагающему доступность записи об ипотеке в государственном реестре прав на недвижимое имущество всем заинтересованным лицам;
4. в-четвертых, принципу достоверности, предполагающему презумпцию правильности и законности записи об ипотеке в государственном реестре прав на недвижимое имущество;
5. в-пятых, принципу бесповоротности, означающему, что запись об ипотеке сохраняет силу в случае ее оспаривания и может быть опровергнута только судом;
6. в-шестых, принципу старшинства, заключающемуся в том, что права залога (последующего залога), внесенные в государственный реестр прав на недвижимое имущество, осуществляются в порядке времени их внесения¹.

Договоры залога движимого имущества не подлежат государственной регистрации (в том числе и договоры залога автотранспортных средств) и не становятся недействительными из-за отсутствия регистрации².

Отдельные виды залога могут быть оформлены документом, отличным от договора залога. Пункт 2 ст. 358 ГК предусматривает особую форму для залога вещей в ломбарде - залоговый билет. В соответствии с п. 4 ст. 912 ГК товар, принятый на хранение по двойному или простому складскому свидетельству, может быть в течение времени его хранения предметом залога путем залога соответствующего свидетельства, являющегося ценной бумагой. При этом следует иметь в виду, что варрант вместе со складским свидетельством или отдельно от него может передаваться по передаточным надписям (ст. 915 ГК). Держатель залогового свидетельства, иной, чем держатель складского свидетельства, имеет право залога на товар в размере выданного по залоговому свидетельству кредита и процентов по нему. При залоге товара об этом делается отметка на складском свидетельстве (п. 3 ст. 914 ГК). В дореволюционной России формы договоров о залоге имущества различали в зависимости от того, какое имущество передавалось в залог - движимое или недвижимое.

¹Подробнее о принципах ипотечной системы см.: МейерДИ. Русское гражданское право. Ч. 2. С. 200-201

² См.: п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г № 26 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге".

Залог недвижимого имущества оформлялся нотариально удостоверяемой закладной на недвижимое имущество (закладная крепость)¹, а на тех территориях России, где существовала ипотечная система (система регистрации залога недвижимости в поземельной книге), залог недвижимости оформлялся залоговыми свидетельствами². В советский период истории нашей страны ст. 90 ГК РСФСР 1922 г. предусматривала залоговые свидетельства, выдаваемые нотариальными конторами для оформления залога строений и права застройки в обеспечение выдаваемых кредитными учреждениями ссуд и в обеспечение договоров с государственными учреждениями и государственными предприятиями.

Современное российское законодательство не предполагает возможности оформления

залога недвижимости (ипотеки) каким-либо другим документом, кроме договора о залоге. Дополнительно к договору о залоге (при условии, что в нем это предусмотрено) может быть выдана закладная³, никоим образом договор о залоге не заменяющая, но исключая возможность передачи прав по этому договору иным способом, кроме как путем передачи прав по закладной.

Согласно п. 2 ст. 13 Закона об ипотеке закладная является именной ценной бумагой, удостоверяющей следующие права ее законного владельца:

- а) право на получение исполнения по денежному обязательству, обеспеченному ипотекой имущества, указанного в договоре об ипотеке, без представления других доказательств существования этого обязательства;
- б) право залога на указанное в договоре об ипотеке имущество.

Закладная должна содержать в себе обязательные реквизиты, указанные в ст. 14 Закона об ипотеке.

Документ, названный "закладная", в котором отсутствует какой-либо из обязательных реквизитов, не может считаться закладной (п. 1 ст. 14 Закона об ипотеке).

Передача прав по закладной осуществляется путем совершения на ней передаточной надписи в пользу другого лица (владельца закладной) и передачи закладной. Передача прав по закладной Другому лицу означает передачу тому же лицу прав по обеспеченному ипотекой обязательству.

¹Подробнее об этом см Победоносцев К П. Курс гражданского права. Ч. 3 Обязательственное право. Сделки. Изд 2-е С. 607

² О существе залоговых свидетельств, об основаниях и порядке их выдачи см. Дрожжин П. Т. Залоговые свидетельства и порядок их получения Пг., 1915

³Современной закладной посвящены ст. 13-18 Закона об ипотеке.

Законному владельцу закладной принадлежат все удостоверенные ею права, в том числе права залогодержателя и права кредитора по обеспеченному ипотекой обязательству, независимо от первоначального залогодержателя и предшествующих владельцев закладной (п. 2 ст. 48 Закона об ипотеке).

Закладная в том виде, как она представлена в действующем Законе об ипотеке, не имеет ничего общего с закладными (закладными крепостями) и закладными листами, которые использовались в дореволюционной России. Дореволюционная российская закладная (закладная крепость) оформляла отношения с участием физических лиц и содержала в себе не обыкновенное заемное обязательство, обеспеченное залогом недвижимости, а отвлеченное (абстрактное) обещание уплатить известную сумму. Дореволюционная закладная (закладная крепость) содержала в себе формулу: такое-то недвижимое имущество обременено долгом в пользу того-то. Благодаря этому залогодержателю предоставлялось не только право на удовлетворение из стоимости заложенного объекта, но, кроме того и прежде всего, право на получение определенной суммы. Эта функция закладной выступала на первый план при предъявлении ее ко взысканию и имела значение вызова должника "к ответу и платежу"¹. С учетом абстрактного характера закладной российский законодатель запрещал ее передачу третьим лицам, она была непередаваемой бумагой².

Закладные листы в дореволюционной России представляли собой купонные облигации. Они содержали в себе обязательство со стороны банка по выплате их нарицательной стоимости и процентов по купону, но без залогового права в пользу держателей этих листов³. Исполнение обязательств по закладным листам со стороны эмитировавших их кредитных учреждений обеспечивалась всеми активами этих учреждений⁴.

¹См.: Касса Л. А. Указ. соч. С. 260-261.

²См.: Бобриков А. И. По вопросу о передаче закладных крепостей//Журнал

Министерства юстиции 1898. Июнь. С. 81-113.

3 См.: Касса Л. А. Указ. соч. С. 265.

4 Подробнее о различии между современной закладной и дореволюционной закладной крепостью (закладной), о сущности закладных листов см Правовые проблемы организации рынка ипотечного кредитования в России /Под ред. Ема В. С. М., 1999 С. 79-82. В этой же книге на с. 187-197 приведены образцы закладных листов и закладных крепостей, залоговых свидетельств.

7. Юридическая природа права залога

Право залога возникает с момента заключения договора о залоге (ст. 341 ГК, ст. 11 Закона об ипотеке), а в отношении залога имущества, которое принадлежит передаче залогодержателю, - с момента передачи этого имущества, если иное не предусмотрено договором о залоге (ст. 341 ГК). Право залога на товары в обороте возникает одновременно с возникновением у залогодателя на них права собственности или права хозяйственного ведения (п. 2 ст. 357 ГК). Имущество, заложенное по договору об ипотеке, считается обремененным ипотекой с момента возникновения права залога. Право залога на недвижимое имущество возникает при условии внесения ипотеки в государственный реестр прав на недвижимое имущество.

С момента возникновения права залога залогодержатель приобретает преимущественное право на получение удовлетворения из стоимости заложенного имущества перед другими кредиторами залогодателя, за изъятиями, установленными законом (ч. 1 п. 1 ст. 334 ГК). Преимущественный характер права залогодержателя проявляется также в том, что залогодержатель имеет право получить на тех же началах удовлетворение из страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества независимо от того, в чью пользу оно застраховано, если только утрата или повреждение не произошли по причинам, за которые залогодержатель отвечает (ч. 2 п. 1 ст. 334 ГК).

Действующим законодательством установлены следующие изъятия из преимущественного права залогодержателя. При банкротстве залогодателя требования кредиторов-залогодержателей удовлетворяются в третью очередь¹. В соответствии со ст. 78 Закона РФ "Об исполнительном производстве"² преимущество перед требованиями залогодержателя предоставлено кредиторам четырех очередей. Установление законодателем подобных изъятий из преимущественного права залогодержателя существенно снижают саму ценность залогового права³.

С учетом сказанного преимущественный характер права залога по действующему законодательству проявляется в том, что при конкуренции требований одной очереди, которые могут быть удовлетворены за счет определенного имущества, предпочтение будет отдано требованию, обеспеченному правом залога на это имущество. Право залога имеет преимущественный характер независимо от того, какое имущество выступает предметом залога, имеется ли у залогодателя иное имущество, элементом какого вида залога является оно.

¹См.: ст. 106 Федерального закона от 8 января 1998 г. "О несостоятельности (банкротстве)"//СЗ РФ 1998. № 2. Ст. 222

²СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3591.

³Подробнее об этом см.: Ем В. С., Рогова Е С. Указ, соч С. 8-17.

Преимущественное право залогодержателя обладает признаками вещного права в тех случаях, когда предметом залога являются вещи (особенно недвижимые). Это следует из того, что:

1. во-первых, право залога следует за вещью, являющейся предметом залога (ст. 353 ГК). При залоге недвижимого имущества по договору об ипотеке право залога сохраняет силу независимо от того, были ли при переходе этого имущества к другим лицам нарушены какие-либо установленные для такого перехода правила (п. 3 ст. 38 Закона об ипотеке);

2. во-вторых, право залога является правом на чужую вещь и прекращается с гибелью заложенной вещи (пп. 3 п. 1 ст. 352 ГК), а также в случае продажи заложенной вещи с торгов (пп. 4 п. 1 ст. 352 ГК);

3. в-третьих, право залога имеет абсолютный характер и поэтому залогодержатель вправе истребовать его из чужого незаконного владения, в том числе из владения залогодателя, используя нормы о виндикационном иске, а в случаях, когда по условиям договора залогодержателю предоставлено право пользоваться переданным ему предметом залога, он может требовать от других лиц, в том числе и от залогодателя, устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения, по правилам о негаторном иске (ст. 347 ГК). Залогодержатель по договору об ипотеке имеет право на предъявление виндикационного иска, даже несмотря на то, что предмет ипотеки не находился и не должен был находиться у него (п. 3 ст. 33 Закона об ипотеке). Более того, если залогодатель отказался от защиты своих прав на заложенное имущество или не осуществляет ее, залогодержатель вправе использовать способы защиты, предусмотренные ст. 12 ГК, от имени залогодателя без специальной доверенности и потребовать от залогодателя возмещения понесенных в связи с этим необходимых расходов (п. 2 ст. 33 Закона об ипотеке).

4. в-четвертых, при неисполнении должником обязательства, обеспеченного залогом вещи, залогодержатель вправе независимо от воли залогодателя самостоятельными действиями добиться обращения взыскания на заложенную вещь и ее реализации с торгов и тем самым получить удовлетворение своих требований за ее счет.

В тех случаях, когда предметом залога являются имущественные права, бездокументарные ценные бумаги, и в случаях, когда имеет место такая форма залога, как залог товаров в обороте, право залога приобретает черты относительности.

Залогодержатель при залоге имущественных прав, бездокументарных ценных бумаг, при залоге товаров в обороте не может реализовать свои полномочия по отношению к предмету залога без содействия лиц, осуществляющих официальную запись прав, и залогодателя, а также не может осуществлять владельческую защиту. Поэтому право залога в анализируемых ситуациях имеет обязательственную природу¹.

8. Содержание залогового правоотношения

Залогодатель сохраняет право распоряжения заложенным имуществом, но с определенными ограничениями. В п. 2 ст. 346 ГК указано, что залогодатель вправе отчуждать предмет залога, передавать его в аренду или безвозмездное пользование другому лицу либо иным образом распоряжаться им только с согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено законом или договором и не вытекает из существа залога. Соглашение, ограничивающее право залогодателя завещать заложенное имущество, ничтожно.

В случае распоряжения залогодателем предметом залога с нарушением указанных правил залогодержатель может потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а если это требование не будет удовлетворено, то и обратиться взысканием на предмет залога (пп. 3 п. 2 ст. 351 ГК).

Несколько иные последствия предусмотрены ст. 39 Закона об ипотеке. При отчуждении недвижимого имущества, заложенного по договору об ипотеке без согласия залогодержателя или с иным нарушением условий договора об ипотеке и требований закона, залогодержатель вправе по своему выбору потребовать:

1. признания сделки отчуждения заложенного имущества недействительной и применения последствий, предусмотренных ст. 167 ГК;

2. досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства и обращения взыскания на заложенное имущество независимо от того, кому оно принадлежит.

В последнем случае приобретатель имущества, заложенного по договору об ипотеке, несет ответственность за неисполнение обеспеченного ипотекой обязательства в пределах стоимости указанного имущества солидарно с должником по этому обязательству, если доказано, что в момент приобретения имущества он знал или должен был знать о том, что имущество отчуждается без согласия залогодержателя или

с иным нарушением условий договора об ипотеке или требований закона.

1 Вопрос о том, носит право залога обязательственный или вещный характер, давно относится к числу дискуссионных. См.: Анненков К. С. Система русского гражданского права СПб., 1901. С 390-410; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ, соч. С. 396-404; Зеоницкий А. С. Указ. соч. С. 173-249; Касса Л. А. Указ. соч. С. 168-175; Хвостов В. М. Указ. соч. С. 326-340.

Если заложенное имущество отчуждено с нарушением условий договора об ипотеке или требований закона залогодателем, не являющимся должником по обеспеченному ипотекой обязательству, солидарную с должником по обеспеченному ипотекой обязательству ответственность несут как приобретатель имущества, так и прежний залогодатель.

Если предмет залога остается у залогодателя, последний вправе, когда иное не предусмотрено договором и не вытекает из существа залога, пользоваться предметом залога в соответствии с его назначением, в том числе извлекать из него плоды и доходы (п. 1 ст. 346 ГК). При залоге с передачей предмета залога залогодержателю последний вправе пользоваться переданным ему предметом залога лишь в случаях, предусмотренных договором, регулярно представляя залогодателю отчет о пользовании. По договору на залогодержателя может быть возложена обязанность извлекать из предмета залога плоды и доходы в целях погашения основного обязательства или в интересах залогодателя. Указанная обязанность очень напоминает антихрезу (antichresis) римского права, которая давала кредитору в договоре о залоге недвижимого имущества особое полномочие пользоваться заложенной вещью, присваивая плоды и доходы в счет уплаты процентов (сдача в аренду заложенной земли (дома), снятие урожая, сбор ягод и т. п., использование заложенной недвижимости в собственных интересах, например проживание в доме, и т. п.)¹. С сожалением можно констатировать, что Закон об ипотеке не предусмотрел конструкцию, подобную антихрезу.

В содержание залогового правоотношения входят права и обязанности сторон по страхованию предмета залога и обеспечению его сохранности. Если иное не предусмотрено законом или договором, залогодатель или залогодержатель, в зависимости от того, у кого из них находится заложенное имущество, обязан:

1 См Римское частное право /Под ред И Б Новицкого и И С Перетерского С 344

* во-первых, страховать за счет залогодателя заложенное имущество в полной стоимости от рисков утраты и повреждения, а если полная стоимость имущества превышает размер обеспеченного залогом требования, то на сумму не ниже размера требования,

* во-вторых, принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности заложенного имущества, в том числе для защиты его от посягательств и требований со стороны третьих лиц.

Если указанные обязанности будут нарушены залогодателем, то залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а если его требование не будет удовлетворено - обратиться с иском на предмет залога (пп. 2. п. 2 ст. 351 ГК). Такое же последствие наступает в случаях, когда и залогодатель препятствует залогодержателю в реализации права проверять по документам и фактически наличие, количество, состояние и условия хранения заложенного имущества, находящегося у залогодателя.

При грубом нарушении, создающем угрозу утраты или повреждения заложенного имущества, залогодержателем обязанностей по страхованию предмета залога, обеспечению сохранности предмета залога, немедленному уведомлению залогодателя о возникновении угрозы утраты или повреждения предмета залога, залогодатель вправе потребовать досрочного прекращения залога.

Залогодатель несет риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества, если иное не предусмотрено договором о залоге. Залогодержатель, которому передан предмет залога, отвечает за полную или частичную утрату или повреждение переданного ему предмета залога, если не докажет, что может быть

освобожден от ответственности в соответствии со ст. 401 ГК. Залогодержатель, которому передан предмет залога, отвечает за утрату предмета залога в размере его действительной стоимости, а за его повреждение - в размере суммы, на которую эта стоимость понизилась, независимо от суммы, в которую был оценен предмет залога при передаче его залогодержателю. Если в результате повреждения предмета залога он изменился настолько, что не может быть использован по прямому назначению, залогодатель вправе от него отказаться и потребовать возмещение за его утрату. Договором может быть предусмотрена обязанность залогодержателя, которому передан предмет залога, возместить залогодателю и иные убытки, причиненные утратой или повреждением предмета залога. Залогодатель, являющийся должником по обеспеченному залогом обязательству, вправе заявить требование к залогодержателю, которому передан предмет залога, о возмещении убытков, причиненных утратой или повреждением предмета залога, в погашение обязательства, обеспеченного залогом (п. 2 ст. 344 ГК).

В процессе реализации залогового правоотношения предмет залога может быть заменен с согласия залогодержателя, если законом или договором не предусмотрено иное. Если предмет залога гибнет либо повреждается, а также право собственности на него или право хозяйственного ведения прекращается по основаниям, установленным законом, залогодатель вправе в разумный срок восстановить предмет залога или заменить его другим равноценным имуществом, если договором не предусмотрено иное (ст. 345 ГК). В случае, когда предмет залога выбывает из владения залогодателя, у которого он был оставлен, не в соответствии с условиями договора о залоге, а залогодатель нарушит правила замены предмета залога, не восстановит его или не заменит другим равноценным имуществом, залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства (п. 1 ст. 351 ГК). При ипотеке право залогодателя на восстановление предмета залога или его замену может иметь место только при наличии письменного соглашения об этом (п. 3 ст. 36 Закона об ипотеке). Замена недвижимого имущества как предмета залога, по сути дела, означает заключение нового договора об ипотеке по поводу другого недвижимого имущества. Дело в том, что право залога на недвижимое имущество подлежит государственной регистрации. Поэтому запись о регистрации в силу принципа специальности может относиться только к конкретному недвижимому имуществу, являющемуся предметом залога.

В период существования залогового правоотношения предмет залога может быть принудительно изъят с прекращением права собственности залогодателя на него. Здесь могут иметь место две ситуации.

В первой право собственности залогодателя на имущество, являющееся предметом залога, прекращается по основаниям и в порядке, которые установлены законом, вследствие изъятия (выкупа) для государственных или муниципальных нужд, реквизиции или национализации, и залогодателю предоставляется другое имущество или соответствующее возмещение. Тогда право залога распространяется на предоставленное взамен имущество либо, соответственно, залогодержатель приобретает право преимущественного удовлетворения своего требования из суммы причитающегося залогодателю возмещения. Залогодержатель также может потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства (п. 1 ст. 354 ГК).

Во второй ситуации имущество, являющееся предметом залога, изымается у залогодателя в установленном законом порядке на том основании, что в действительности собственником этого имущества является другое лицо, либо в виде санкции за совершение

Преступления или иного правонарушения (конфискации). Тогда залог в отношении этого имущества прекращается. Залогодержатель вправе также требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства.

Законом об ипотеке в п. 2 ст. 41 предусмотрены иные последствия. В случаях, когда имущество, являющееся предметом ипотеки, изымается у залогодателя государством в виде санкции за совершение преступления или иного правонарушения (конфискации), ипотека сохраняет силу, а залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства и обращения взыскания на конфискованное

имущество. Данный подход более соответствует теории равенства всех субъектов гражданского права, исключая привилегированное положение государства в гражданских правоотношениях. Поэтому, если предмет залога - недвижимое имущество переходит в результате применения конфискации как меры уголовного наказания к государству, остается в силе принцип следования права залога за предметом залога.

9. Обращение взыскания на заложенное имущество

Обращение взыскания на заложенное имущество означает его арест (опись), изъятие и принудительную реализацию (п. 1 ст. 46 Закона РФ "Об исполнительном производстве"). Основаниями для обращения взыскания на заложенное имущество являются неисполнение или ненадлежащее исполнение должником обеспеченного залогом обязательства по обстоятельствам, за которые он отвечает (п. 1 ст. 348 ГК). Поэтому, например, если неисполнение обеспечиваемого обязательства явилось следствием действия непреодолимой силы, то взыскание на предмет залога не может быть обращено.

В обращении взыскания на заложенное имущество может быть отказано, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества. Из этого общего правила действующим законодательством (п. 1 ст. 54 Закона об ипотеке) сделано единственное исключение. Если договором об ипотеке не предусмотрено иное, обращение взыскания на имущество, заложенное для обеспечения обязательства, исполняемого периодическими платежами, допускается при систематическом нарушении сроков их внесения, т. е. при нарушении сроков внесения платежей более трех раз в течение 12 месяцев, даже если каждая просрочка незначительна (п. 2 ст. 50 Закона об ипотеке). Обращение взыскания на заложенное имущество может быть произведено по решению суда, по исполнительной надписи нотариуса или по соглашению залогодателя с залогодержателем, заключенному после возникновения основания для обращения взыскания на предмет залога.

Взыскание на предмет залога может быть обращено только по решению суда в случаях:

1. когда для заключения договора о залоге требовалось согласие или разрешение другого лица или органа;
2. когда предметом залога является имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества;
3. когда залогодатель отсутствует и установить место его нахождения невозможно (п. 3 ст. 349 ГК).

Наложение взыскания на заложенное имущество совершением исполнительной надписи нотариуса предусмотрено в случаях невозврата кредита, обеспеченного залогом вещей в ломбарде (п. 5 ст. 358 ГК). Исполнительная надпись совершается в порядке, предусмотренном ст. 89-94 Основ законодательства РФ о нотариате от 11 февраля 1993 г.

Требования залогодержателя (кредитора) удовлетворяются из стоимости заложенного недвижимого имущества, как правило, по решению суда. Удовлетворение требований залогодержателя за счет заложенного недвижимого имущества без обращения в суд допускается на основании нотариально удостоверенного соглашения залогодержателя с залогодателем, заключенного после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога. Такое соглашение может быть признано судом недействительным по иску лица, чьи права таким соглашением нарушены (п. 1 ст. 349 ГК). Условия действительности такого соглашения и пределы его применения урегулированы в ст. 55 Закона об ипотеке. В нем же в п. 4 ст. 55 указаны обязательные элементы содержания соглашения об удовлетворении требований за счет заложенного недвижимого имущества.

В соглашении об удовлетворении требований залогодержателя за счет заложенного недвижимого имущества стороны могут предусмотреть реализацию заложенного имущества на публичных торгах или на аукционе, проводимом специализированной

организацией, а также приобретение заложенного имущества залогодержателем для себя или третьих лиц с зачетом в счет покупной цены требований залогодержателя к должнику, обеспеченных ипотекой. В указанном соглашении не может быть предусмотрено приобретение заложенного имущества залогодержателем, если предметом ипотеки является земельный участок. К соглашению о приобретении заложенного имущества залогодержателем применяются правила о договоре купли-продажи¹ (п. 3 ст. 55 Закона об ипотеке). Современная судебная практика согласуется с последним законоположением. Она руководствуется тезисом, согласно которому, если соглашение об удовлетворении требований залогодержателя предусматривает передачу ему предмета залога, оно должно содержать условия, позволяющие квалифицировать это соглашение как соглашение об отступном или о новации обеспеченного залогом обязательства (ст. 409, 414 ГК)².

По общему правилу для обращения взыскания на заложенное движимое имущество во внесудебном порядке, когда это имущество остается у залогодателя, необходимо соглашение об этом, заключенное между залогодателем и залогодержателем (п. 2 ст. 349 ГК). Однако этого недостаточно. Такое соглашение может быть заключено только после возникновения оснований для обращения взыскания на заложенное движимое имущество.

При закладе движимого имущества залогодержатель при наступлении оснований для обращения взыскания на предмет залога может распорядиться им в порядке, предусмотренном в договоре, например передать его на комиссионную реализацию (п. 2 ст. 349 ГК).

В отдельных случаях закон может установить особый порядок обращения взыскания на предмет залога. Например, в п. 2 ст. 49 Закона об ипотеке установлено, что при неисполнении обязательства, обеспеченного залогом закладной, ипотечный залогодержатель (лицо, первоначально названное залогодержателем, либо ее законный владелец), передавший в залог закладную, обязан по требованию залогодержателя закладной передать ему свои права по закладной путем совершения на ней передаточной надписи в его пользу.

1 В п. 3 ст. 55 Закона об ипотеке после слов о договоре купли-продажи следует "... а в случае приобретения имущества залогодержателем для третьих лиц - также и о договоре комиссии". Данное положение Закона представляет собой досадное недоразумение. Комиссионная продажа недвижимости невозможна в силу того, что переход права собственности на недвижимые объекты подлежит государственной регистрации (п. 1 ст. 551 ГК). Поэтому комиссионер не может от своего имени купить чужую недвижимость для третьего лица. Это он может сделать только в качестве поверенного.

2 См. п. 46 постановления Пленума Верховного Суда РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации".

При отказе передать эти права залогодержатель закладной может потребовать в судебном порядке перевода этих прав на себя.

10. Реализация заложенного имущества

Реализация (продажа) заложенного имущества, на которое обращено взыскание, производится путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном процессуальным законодательством, если законом не установлен иной порядок (п. 1 ст. 350 ГК). Публичные торги не единственная форма реализации заложенного имущества, на которое обращено взыскание. В п. 2, 3 ст. 54 Закона РФ "Об исполнительном производстве" предписано, что продажа имущества должника, за исключением недвижимого имущества, осуществляется специализированной организацией на комиссионных и иных договорных началах, предусмотренных федеральным законом. Продажа недвижимого имущества должника осуществляется

путем проведения торгов специализированными организациями, имеющими право совершать операции с недвижимостью.

По просьбе залогодателя суд вправе в решении об обращении взыскания на заложенное имущество отсрочить его продажу с публичных торгов на срок до одного года.

Отсрочка не затрагивает прав и обязанностей сторон по обязательству, обеспеченному залогом этого имущества, и не освобождает должника от возмещения возросших за время отсрочки убытков кредитора и неустойки (п. 2 ст. 350 ГК). В п. 3 ст. 54 Закона об ипотеке указано, что, определяя срок, на который предоставляется отсрочка реализации заложенного имущества, суд должен учитывать в том числе то, что сумма требований залогодержателя, подлежащих удовлетворению из стоимости заложенного имущества на момент истечения отсрочки, не должна превышать стоимость заложенного имущества по оценке, указанной в договоре об ипотеке.

Начальная продажная цена заложенного имущества, с которой начинаются торги, определяется решением суда в случаях обращения взыскания на имущество в судебном порядке либо соглашением залогодержателя с залогодателем в остальных случаях.

Заложенное имущество продается лицу, предложившему на торгах наивысшую цену (п. 3 ст. 350 ГК).

При объявлении торгов несостоявшимися залогодержатель вправе по соглашению с залогодателем приобрести заложенное имущество и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные залогом. К такому соглашению применяются правила о договоре купли-продажи (п. 4 ст. 350 ГК). В п. 2 ст. 58 Закона об ипотеке уточняется, что залогодержатель вправе по соглашению с залогодателем приобрести заложенное имущество по его начальной продажной цене на публичных торгах и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные ипотекой этого имущества, в течение 10 дней после объявления публичных торгов несостоявшимися.

При объявлении несостоявшимися повторных торгов залогодержатель вправе оставить предмет залога за собой с оценкой его в сумме не более чем на десять процентов ниже начальной продажной цены на повторных торгах (ч. 2 п. 4 ст. 350 ГК). В соответствии с п. 4 ст. 58 Закона об ипотеке залогодержатель вправе приобрести (оставить за собой) заложенное имущество по цене не более чем на 25 процентов ниже его начальной продажной цены.

Общий порядок распределения денежной суммы, полученной от реализации заложенного имущества, предусмотрен ст. 77 Закона РФ "Об исполнительном производстве". Особенности распределения указанной денежной суммы могут быть предусмотрены иными федеральными законами, как это сделано, в частности, в ст. 61 Закона об ипотеке.

Если залогодержатель не воспользуется правом оставить за собой предмет залога в течение месяца со дня объявления повторных торгов несостоявшимися, договор о залоге прекращается. Если сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, превышает размер обеспеченного залогом требования залогодержателя, разница возвращается залогодателю.

Должник и залогодатель, являющийся третьим лицом, вправе в любое время до продажи предмета залога прекратить обращение на него взыскания и его реализацию, исполнив обеспеченное залогом обязательство или ту его часть, исполнение которой просрочено. Соглашение, ограничивающее это право, ничтожно.

11. Залог товаров в обороте

Первые упоминания о залоге товаров в обороте относятся ко временам Древнего Рима. Так, к известному римскому юристу Сцеволе обратились с вопросом: "Должник дал кредитору в залог лавку. Спрашивается: ничего не произошло вследствие этого или следует признать, что под именем лавки даны в залог товары, которые были в лавке? И если эти товары он (должник) в разное время продал и приобрел другие, а эти последние поместил в лавку, а затем умер, то может ли кредитор путем ипотечного иска требовать все, что будет находиться в лавке, ведь вещи, водившие в состав товаров, проданы и другие вещи помещены в лавку?" Сцевола ответил: "То, что во время смерти должника будет найдено в лавке, считается заложенным..." В ответе

Сцеволы содержатся все необходимые признаки залога товаров в обороте:

- а) родовые признаки предмета залога;
- б) право замены залогодателем вещей, входящих в предмет залога;
- в) определенность момента распространения залогового права на вновь поступающий товар и отсутствие права следования залога за выбывающей из владения лавочника вещи;
- г) определенность места расположения товаров.

Приведенный ответ Сцеволы занесен в выдающуюся кодификацию древнего мира - Дигесты Юстиниана¹.

Залог товаров в обороте² был известен законодательству и судебной практике дореволюционной России³. В советской России залог товаров в обороте первоначально был признан судебной практикой. В начале 20-х годов начала складываться нормативная база залога товаров в обороте в форме инструкций и писем Госбанка СССР⁴. В ГК РСФСР 1922 г. конструкция залога товаров в обороте и переработке (гл. III-а) была введена постановлением ВЦИК и СНК 20 декабря 1927 г.⁴ Круг залогодержателей ограничивался "кредитными учреждениями, а также иными юридическими лицами, которым совершение такого рода сделок разрешено законом" (ст. 105-а ГК 1922 г.). Введению на законодательном уровне института залога товаров в обороте и переработке предшествовала дискуссия в научной литературе⁵. С переходом советской России к централизованно-плановой экономике залог товаров в обороте и залог товаров в переработке стали рассматриваться как исключительно банковские залоговые и регулироваться большим массивом нормативных актов Госбанка СССР.

1 См.: Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты / Пер. и прим. И. С. Перетерского. С. 332.

2 Сам термин "залог товаров в обороте" был заимствован из страхового права. Предметом договора страхования мог быть товар, страхуемый как "капитал в обороте", т. е. как совокупность товаров изменяющегося состава. Индивидуализация предмета страхования достигалась путем определения помещения, где хранится товар, и запретом смешивать его с другими, незастрахованными товарами.

3 См.: Дмитриев-Мамонов В. А., Евзин З. П. Теория и практика коммерческого банка. Пг., 1916. С. 307.

4 СУ. 1928. №4. Ст. 33.

5 См.: Венедиктов А. В. Залог товаров в обороте и переработке в Западной Европе и в СССР // Известия экономического факультета ЛПИ им. М. И. Калинина. 1928. Вып. 1 (XXV).

Не случайно в ГК РСФСР 1964 г. институт залога товаров в обороте и переработке отсутствовал. Данный институт был восстановлен на законодательном уровне в ст. 46-48 Закона РСФСР "О залоге". В действующем ГК залогом товаров в обороте посвящена ст. 357.

Залогом товаров в обороте признается залог товаров с оставлением их у залогодателя и с предоставлением залогодателю права изменять состав и натуральную форму заложенного имущества (товарных запасов, сырья, материалов, полуфабрикатов, готовой продукции и т. п.) при условии, что их общая стоимость не становится меньше указанной в договоре о залоге (п. 1 ст. 357 ГК).

Уменьшение стоимости заложенных товаров в обороте допускается соразмерно исполненной части обеспеченного залогом обязательства, если иное не предусмотрено договором.

Из этого определения следует ряд существенных особенностей данного вида залога.

Во-первых, предмет залога - это находящееся в определенном месте, изменяющееся в составе и натуральной форме имущество общей стоимостью не меньше указанной в договоре залога. С целью обеспечения устойчивости общей стоимости товаров в обороте залогодатель обязан вести книгу записи залогов, в которую вносятся записи об условиях залога товаров и обо всех операциях, влекущих изменение состава или натуральной формы заложенных товаров, включая их переработку, на день последней операции (п. 3 ст. 357 ГК).

Во-вторых, заложенное имущество всегда остается у залогодателя. Поэтому на залогодателя лежат обязанности по страхованию заложенного имущества, принятию мер, необходимых для обеспечения сохранности заложенного имущества (п. 1 ст. 343 ГК), а залогодержателю принадлежит право проверять по документам и фактически наличие, количество, состояние и условия хранения заложенного имущества. В случаях нарушения залогодержателем обязанностей по страхованию, обеспечению сохранности заложенного имущества, препятствования залогодержателю в реализации права на проверку состояния предмета залога он имеет право потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а если его требование не будет удовлетворено, обратиться взыскание на предмет залога (пп. 2 п. 2 ст. 351 ГК).

В-третьих, залогодатель имеет право изменять состав и натуральную форму имущества, переданного в залог, при условии его замены иным товаром в пределах указанной в договоре общей стоимости предмета залога. Вследствие этого при залоге товаров в обороте невозможно индивидуализировать имущество, передаваемое в залог. При определении предмета залога в договоре о залоге товаров должны быть указаны наименование товаров, их вид, сорт, стандарт, которому должно соответствовать качество товаров, а также форма складирования (в рулонах, в бочках и т. п.). В договоре может быть указан ассортимент товаров, которыми залогодатель может заменять имеющиеся в момент заключения договора товары. Главный признак, которому должны отвечать все товары, передаваемые в залог, - это их полная оборотоспособность.

Право залогодателя изменять состав и натуральную форму имущества, переданного в залог, означает возможность распоряжения заложенным имуществом без согласия залогодержателя. Поэтому на залогодателя не распространяются ограничения, предусмотренные п. 2 ст. 346 ГК. В договоре о залоге товаров в обороте может быть ограничено право распоряжения залогодателя заложенным имуществом, в частности, путем указания условий, касающихся состава и натуральных форм имущества, переданного в залог.

Право залогодателя распоряжаться товаром отражает сущность залога товаров в обороте. Распоряжаясь товаром, находящимся в залоге, залогодатель осуществляет коммерческую деятельность, получает прибыль и имеет возможность погасить из нее задолженность перед кредитором. Не имеет смысла брать (выдавать) кредит под залог товаров в обороте, если купля-продажа заложенного товара происходит эпизодически или не является профессиональной деятельностью должника.

В-четвертых, право залога не следует за имуществом, выбывающим из состава предмета залога вследствие актов распоряжения им со стороны залогодателя. Согласно норме п. 2 ст. 357 ГК товары в обороте, отчужденные залогодателем, перестают быть предметом залога с момента их перехода в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление приобретателя, а приобретенные залогодателем товары, указанные в договоре о залоге, становятся предметом залога с момента возникновения у залогодателя на них права собственности или хозяйственного ведения.

В п. 4 ст. 357 ГК установлено, что при нарушении залогодателем условий залога товаров в обороте залогодержатель вправе путем наложения на заложенные товары своих знаков и печатей приостановить операции с ними до устранения нарушения. Залогодержатель при залоге товаров в обороте обладает и иными правами, предусмотренными общими нормами гл. 23 ГК о залоге. Последние применяются к залому товаров в обороте в той мере, в которой это не противоречит сущности залога товаров в обороте.

Право залогодержателя на получение удовлетворения из стоимости заложенного имущества напрямую зависит от действий залогодателя по соблюдению условий

договора о залоге товаров в обороте. При залоге товаров в обороте право залога имеет обязательственный характер. Оно по своей юридической природе является привилегией в отношении других кредиторов залогодателя по взысканию, обращенному на выделенное определенным образом залогодателем имущество. Своеобразие этой формы заключается в том, что привилегированное положение залогодержателя находится в зависимости от исполнения залогодателем возложенных на него обязанностей¹.

12. Залог вещей в ломбарде

Статья 358 ГК называет признаки залога вещей в ломбарде, позволяющие выделить его в самостоятельный вид залога.

Во-первых, залогодателями в этом договоре могут быть только физические лица, а залогодержателями - специализированные организации, ломбарды, имеющие на это лицензию и осуществляющие такую деятельность в качестве предпринимательской².

Во-вторых, ломбарды могут принимать в залог только движимое имущество, предназначенное для личного потребления (п. 1 ст. 358 ГК). Закладываемые вещи обязательно передаются ломбарду (ч. 1 п. 3 ст. 358 ГК). Ломбард не вправе пользоваться и распоряжаться заложенными вещами (ч. 3 п. 3 ст. 358 ГК).

В-третьих, такой залог может быть обеспечением только краткосрочного кредита. Правила кредитования (соответственно правила о максимальных сроках кредитования) граждан ломбардами под залог принадлежащих гражданам вещей должны устанавливаться законом в соответствии с ГК (п. 6 ст. 358 ГК).

В-четвертых, при залоге вещей в ломбарде ответственность заемщика ограничивается стоимостью заложенной вещи. Это указано в п. 5 ст. 358 ГК, согласно которому после реализации заложенного имущества с торгов требования ломбарда к залогодателю (должнику) погашаются, даже если сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, недостаточна для их полного удовлетворения.

1 См.: Агарков ММ. Основы банковского права Учение о ценных бумагах М, 1994 С. 109.

2 См.: Положение о лицензировании деятельности ломбардов, утвержденное постановлением Правительства РФ от 9 октября 1995 г. № 984 //СЗ РФ. 1995. № 42. Ст. 3985. Данное постановление применяется в части, не противоречащей Федеральному закону от 25 сентября 1998 г "О лицензировании отдельных видов деятельности" //СЗ РФ. 1998 № 39. Ст 4857.

Это роднит залог вещей в ломбарде с древнерусским залогом, при котором в случае непокрытия долга за счет заложенного имущества обращение взыскания на иное имущество должника было невозможно.

Специфично и оформление договоров при залоге вещей в ломбарде. Договор о залоге вещей в ломбарде оформляется путем выдачи ломбардом залогового билета (п. 2 ст. 358 ГК), а заключение договора хранения в ломбарде удостоверяется выдачей ломбардом поклажедателю именной сохранной квитанции (п. 2 ст. 919 ГК).

Поскольку ломбард является коммерческой организацией, он обязан за свой счет страховать в пользу залогодателя принятые в залог вещи в полной сумме их оценки.

Оценка производится на основании соглашения сторон в соответствии с обычно устанавливаемыми в торговле ценами на вещи такого же рода и качества, как и закладываемая на момент ее принятия в залог (п. 3 ст. 358, п. 3 ст. 919 ГК).

ГК устанавливает презумпцию вины ломбарда как профессионального хранителя (ст. 919 ГК) за утрату и повреждение заложенных вещей. Ломбард несет ответственность за утрату и повреждение заложенных вещей, если не докажет, что утрата или повреждение произошли вследствие непреодолимой силы (п. 4 ст. 358 ГК).

В случае невозвращения в установленный срок суммы кредита, обеспеченного залогом вещей в ломбарде, обращение взыскания на имущество должника производится ломбардом на основании исполнительной надписи нотариуса по истечении льготного

месячного срока. Реализация же этого имущества производится в обычном порядке (п. 3, 4, 6, 7 ст. 350 ГК).

Договор залога вещей в ломбарде является публичным договором, вследствие чего на него распространяется законодательство о защите прав потребителей. Договор залога вещей в ломбарде является также и договором присоединения (ст. 428 ГК), а п. 7 ст. 358 ГК специально оговаривает, что условия договора о залоге вещей в ломбарде, ограничивающие права залогодателя по сравнению с правами, предоставляемыми ему ГК и иными законами, ничтожны. Вместо таких условий применяются соответствующие положения закона¹

¹ Подробнее об особенностях залога вещей в ломбарде см.: Брагинский М И. Деятельность ломбардов по Гражданскому кодексу //Право и экономика 1998. № 1 С. 126-129.

§ 8. Удержание

1. Понятие права удержания вещи

Право удержания (*jus retentionis*) - институт древнего происхождения. Он был известен в римском праве¹, применялся и применяется во многих правовых системах². В действующем российском гражданском законодательстве право удержания легализовано нормой п. 1 ст. 359 ГК.

Кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с ней издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено. Удержанием вещи могут обеспечиваться также требования, хотя и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и связанных с ней других убытков, но возникшие из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели.

Как видно, право удержания вещи применяется ретентором (лицом, удерживающим вещь) к нарушителю его прав самостоятельно, без обращения за защитой права к компетентным государственным органам. Поэтому само легальное определение дает основания для отнесения права удержания к разновидности мер оперативного воздействия, а именно к мерам оперативного воздействия, связанным с обеспечением встречного удовлетворения³.

Право удержания относится к числу правоохранительных мер обеспечительного характера, предусмотренных непосредственно законом. Иначе говоря, содержание этого права и основания его применения определяются законом, а не волей ретентора.

¹ См.: Каткое М. М. Понятие права удержания в римском праве. Киев, 1910; Удинцев ВЛ. Понятие права удержания в римском праве (исследование Каткова). Киев, 1910.

² Исторический и сравнительно-правовой анализ применения института права удержания содержится в монографии С. В. Сарбаша (см.: Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. М., 1998).

³ Подробнее об этом см. с. 418-420 т. 1 настоящего учебника. Против квалификации права удержания в качестве меры оперативного воздействия высказывается С. В. Сарбаш (см.: Сарбаш С. В. Указ. соч. С. 192-195), утверждающий, что до появления нового ГК вполне оправданно было относить удержание к мерам оперативного воздействия, ибо другого места в законодательстве на тот период праву удержания не нашлось (см. там же. С 194). В связи с этим следует отметить, что понятие меры оперативного воздействия - это категория научная, неизвестная до сих пор законодательству.

Волей ретентора определяется решение вопроса, использовать или не использовать

право удержания при наличии основания для этого, а также действия по осуществлению права удержания вещи. Поэтому одностороннюю сделку представляет собой только действие по осуществлению права на удержание вещи, но никак не само право удержания.

Функции права удержания сводятся к решению двух задач:

1. обеспечение и стимулирование надлежащего исполнения должником соответствующего денежного обязательства;
2. компенсация денежных требований кредитора (ретентора) из стоимости удерживаемой вещи в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом (ст. 360 ГК).

Право удержания сохраняется при переходе права на удерживаемую вещь к третьим лицам. В соответствии с п. 2 ст. 359 ГК кредитор может удерживать находящуюся у него вещь, несмотря на то что после того, как эта вещь поступила во владение кредитора, права на нее приобретены третьим лицом.

По содержанию функций, определенных действующим законодательством, право удержания можно подразделить на два вида:

1. общегражданское, используемое для обеспечения исполнения обязательств, субъектами которых могут быть как предприниматели, так и лица, не являющиеся таковыми;
 2. торговое (предпринимательское), применяемое с целью обеспечения исполнения обязательств, обе стороны (участники) которых действуют как предприниматели.
- От права удержания, являющегося институтом гражданского права, необходимо отличать право удержания, предусмотренное в таможенном законодательстве с целью обеспечения исполнения обязанностей субъектов по уплате таможенных пошлин и платежей и применяемое государством в лице уполномоченных органов¹.

Основаниями возникновения общегражданского права удержания являются:

- а) неисполнение должником в срок обязательства по оплате вещи;
- б) неисполнение должником в срок обязательства по возмещению издержек и других убытков (ч. 1 п. 1 ст. 359 ГК).

Требования, которые могут обеспечиваться правом удержания, всегда носят денежный характер. Для отнесения требования к числу обеспечиваемых общегражданским правом удержания той или иной вещи необходимо, чтобы требование являлось следствием реализации обязательства, материальным предметом которого выступала удерживаемая вещь.

¹ Подробнее об этом см. - Сарбаш С В Указ, соч С 151-152

Требования, находящиеся вне связи с обязательством, предметом которого является вещь, подлежащая передаче должнику, не могут обеспечиваться общегражданским правом удержания такой вещи. Так, гражданин не вправе удерживать после истечения срока аренды арендованный легковой автомобиль, ссылаясь на то, что арендодатель получил у него заем и не исполняет обязательства по возврату суммы займа и выплате процентов.

Торговое (предпринимательское) право удержания в качестве основания своего возникновения имеет неисполнение должником требований, хотя не связанных с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков, но возникших из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели (ч. 2 п. 1 ст. 359 ГК). Например, строительной организации, арендовавшей экскаватор с экипажем у прокатной организации, неправильными действиями экипажа по эксплуатации экскаватора при рытье котлована причинен вред - порча теплосети. В этом случае арендатор вправе удерживать экскаватор до полного возмещения арендодателем вреда, причиненного экипажем в процессе эксплуатации экскаватора, несмотря на то, что требование о возмещении вреда не связано с оплатой экскаватора, возмещением издержек и убытков, вызванных его эксплуатацией. Дело в том, что строительная организация и прокатная фирма действовали как предприниматели, а сам вред явился следствием реализации обязательства по аренде экскаватора, преследовавшего

предпринимательские цели.

Все приведенные положения носят диспозитивный характер, так как они применяются постольку, поскольку стороны в договоре не оговорили иное (п. 3 ст. 359 ГК). Должник и кредитор своим соглашением могут расширить или сузить круг оснований для применения права удержания, определить, какое имущество может быть предметом удержания, оговорить конкретные права и обязанности сторон, возникающие в связи с удержанием, описать виды требований, которые могут обеспечиваться удержанием, и т. п. Своим соглашением должник и кредитор могут вообще исключить возможность применения кредитором права удержания.

Сроки существования и начала осуществления права удержания законом не определены. Кредитор может начать осуществление права на удержание в любое время после возникновения основания права удержания, но до истечения срока исковой давности

по требованию, вытекающему из обеспечиваемого обязательства. Если истек срок исковой давности для заявления требования, вытекающего из обеспечиваемого обязательства, кредитор не может начать удерживать вещь, тем более удовлетворить свои требования из стоимости удерживаемой вещи в порядке, предусмотренном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом.

Вместе с тем право удержания - явление производное, оно возникает и существует, поскольку существует и не исполняется обязательство, которое обеспечивается правом удержания. Поэтому по истечении срока исковой давности для заявления требования об истребовании собственником вещи (или субъектом, обладающим ею на ином титуле) удерживаемая вещь не может быть истребована у ретентора, но и не может считаться находящейся в удержании. В сложившейся ситуации вопрос о судьбе удерживаемой вещи может решаться следующим образом. Отсутствие со стороны должника действий по истребованию удерживаемой вещи до истечения срока исковой давности можно рассматривать как форму отказа от права собственности на нее. Бездействие ретентора, не предпринявшего мер по удовлетворению своих требований в порядке, предусмотренном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом, можно оценивать как действия по приобретению в собственность вещи, от которой отказался собственник¹.

2. Предмет права удержания

Предметом права удержания может быть только вещь, являющаяся собственностью должника (или принадлежащая ему на ином титуле), т. е. чужая для кредитора вещь. Объектом удержания не может быть собственная вещь ретентора, подлежащая передаче должнику, например, в случае допущенной покупателем вещи просрочки платежа, так как абсурдно само предположение, что собственник вещи должен получить удовлетворение своих денежных требований за счет стоимости собственной вещи. Поэтому "удержание" собственной вещи может рассматриваться исключительно как форма приостановки исполнения обязательства или отказа от исполнения, предусмотренная п. 2 ст. 328 ГК.

Если удерживаемая вещь относится к вещам, ограниченным в обороте, ее ретентор должен иметь законные полномочия на владение ею (например, надлежаще оформленное право на использование и хранение взрывчатых материалов и т. п.).

¹ Б. М. Гонгало полагает, что о возникновении права собственности кредитора на удерживаемую вещь можно говорить, только применяя по аналогии нормы о при-обретательной давности (см.: Гонгало Б. М. Указ. соч. С. 40)

Если вещь находится у лица без законных оснований (например, похищена), оно не может удерживать ее с целью побуждения собственника к исполнению каких-либо денежных требований, тем более получить удовлетворение за счет ее стоимости. Следовательно, предметом права удержания могут быть только те вещи, которыми ретентор владеет на законном основании.

В соответствии с нормой п. 1 ст. 359 ГК объектом удержания может быть лишь вещь,

подлежащая передаче должнику. Следовательно, иные объекты гражданских прав, указанные в ст. 128 ГК, в частности имущественные права, работы и услуги, информация, результаты интеллектуальной деятельности и нематериальные блага, не могут быть объектом удержания.

Вместе с тем к вещам относятся деньги и ценные бумаги. Как иностранная валюта, так и документарные ценные бумаги могут быть предметами права удержания.

Бездокументарные ценные бумаги не могут быть объектом права удержания, так как являются разновидностью имущественных прав. Деньги (имеются в виду рубли РФ), несмотря на то что закон относит их к вещам, не могут быть предметом права удержания в силу его сущности и целей, стоящих перед ним. При допущении удержания денег создавалась бы ситуация, при которой у кредитора-ретентора и должника были бы встречные однородные требования: со стороны ретентора - требование по оплате, возмещению издержек или убытков, а со стороны должника - требование о выдаче денег, принадлежащих ему. Но два однородных требования могут быть зачтены, в результате чего обязательства прекратятся полностью или частично (ст. 410 ГК). Следовательно, кредитор, удерживающий денежные средства должника, может удовлетворить свои требования путем заявления о зачете. Сказанное справедливо в отношении как наличных, так и безналичных денег. Последние к тому же не могут быть объектом права удержания, так как являются разновидностью имущественных прав.

Спорным является вопрос о возможности удержания недвижимых вещей. В странах общей системы права по общему правилу удержание недвижимости возможно. В законодательстве отдельных европейских стран можно найти нормативные предписания, которые допускают удержание только движимых вещей¹.

¹ См., например:

§ 369 Германского Торгового уложения //Германское право. Ч. 2 Гражданское Торговое уложение и другие законы. М., 1996. С. 134.

Вместе с тем Гражданский кодекс Нидерландов предоставил арендатору недвижимости право удерживать ее в случае невыплаты собственником причитающегося в определенных случаях арендатору возмещения (ст. 100 Книги 5 Гражданского кодекса Нидерландов)¹.

Буквальное толкование п. 1 ст. 359 ГК приводит к выводу, что удержание недвижимой вещи не запрещено законом. Вместе с тем следует иметь в виду, что в соответствии с принципом обязательности (внесения) все права на недвижимость должны быть внесены в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним, после чего они становятся обязательными для всех третьих лиц². Однако ни Закон РФ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", ни ст. 131 и 164 ГК напрямую не говорят о регистрации права удержания. Право удержания, несомненно, можно отнести к ограничениям (обременениям), стесняющим правообладателя при осуществлении права собственности либо иных вещных прав на конкретный объект недвижимого имущества (сервитут, ипотека, доверительное управление, аренда, арест имущества и др.)³. Поэтому право удержания подлежит обязательной государственной регистрации по требованию ретентора как заинтересованного лица в соответствии с п. 1 ст. 4 Закона РФ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним"⁴. Следовательно, право удержания недвижимого имущества может иметь место, но становится обязательным для третьих лиц только после его регистрации в качестве обременения на недвижимое имущество.

Практическая целесообразность удержания недвижимого имущества видна из следующего примера. Банк заключил договор аренды и произвел с согласия арендодателя перестройку арендуемого помещения под банковский офис, вложив в ремонт и улучшения большие средства. По истечении договора аренды собственник отказался от его пролонгации и возмещения банку в соответствии с условиями договора аренды стоимости перестройки и неотделимых улучшений. Банк отказался освободить помещение, ссылаясь на ст. 359 ГК.

1 См.: Гражданский кодекс Нидерландов Новая кодификация /Отв. ред Ф. Й. М. Фельдбрюгге. Лейден, 1996. С. 267. Указанная норма породила немало проблем в гражданском праве Голландии, и сейчас ведутся дискуссии о введении регистрации этого права арендатора (см.: Сарбаш С. В. Указ. соч. С. 157).

2 См.: п. 1 ст. 2 Закона РФ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" //СЗ РФ. 1997. № 30 Ст. 3594.

3См.: ст. 1 Закона РФ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним"

4 Регистрация права удержания вполне соответствует правилам п. 43-61 Правил ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, утвержденных 18 февраля 1998 г. Правительством РФ //СЗ РФ. 1998. № 8 Ст 963.

Предметом права удержания могут быть как индивидуально-определенные вещи, так и вещи, определяемые родовыми признаками. Допустим, хранитель заключил с поклажедателем договор хранения зерна в элеваторе (договор хранения вещей с обезличением - ст. 890 ГК). При наступлении срока выдачи зерна у хранителя возникает обязанность возвратить поклажедателю обусловленное в договоре количество зерна того же рода и качества. Однако хранитель может применить право удержания против по-клажедателя в связи с тем, что ему не были оплачены расходы, связанные с хранением. При этом он удерживает именно являющееся предметом договора хранения с обезличением обусловленное количество вещей определенного рода и качества. В случае их выставления на торги с целью удовлетворения требований хранителя они соответствующим образом индивидуализируются, в силу чего должник может понести имущественные потери, не выходящие за пределы стоимости обусловленного договором количества вещей определенного рода и качества.

3. Права и обязанности ретентора и должника

Ретентору в рамках права на удержание вещи принадлежат два правомочия. Во-первых, ретентор, удерживая вещь, является ее титульным владельцем, а потому может совершать фактические действия по обеспечению сохранности предмета удержания (самозащита - ст. 14 ГК), а также предъявлять иски по защите прав владельца, не являющегося собственником'(ст. 305 ГК).

Во-вторых, ретентор обладает правом на получение удовлетворения своих требований из стоимости удерживаемой вещи в объеме и в порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом (ст. 360 ГК). Отсюда следует, что нормы ст. 348-350 ГК, регламентирующие порядок обращения взыскания на заложенное имущество и его реализацию, в полной мере применяются при осуществлении указанного полномочия ретентора. В обращении взыскания на удерживаемую вещь может быть отказано, если допущенное должником нарушение будет незначительно, а размер требований ретентора вследствие этого будет явно несоразмерен стоимости удерживаемой вещи.

Основной обязанностью ретентора является необходимость принятия мер сохранения удерживаемой вещи, соответствующих обычаям делового оборота. Если ретентор допустит порчу вещи, ухудшение ее качества, то он несет ответственность: при общегражданском удержании - при наличии вины, а при торговом удержании - независимо от нее. Если ретентор использует удерживаемую вещь, то в силу неправомерности такого пользования он должен возместить собственнику или иному титульному владельцу удерживаемой вещи убытки, причиненные этим, а также выплатить неосновательное обогащение, возникшее в связи с этим.

Должник в случае удержания его вещи ретентором имеет права, корреспондирующие с обязанностями последнего, - право требовать обеспечения сохранности вещи, возмещения убытков, причиненных порчей удерживаемой вещи, и т. д. Вместе с тем у

должника при удовлетворении требований ретентора из стоимости удерживаемой вещи в объеме и порядке, предусмотренном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом, возникают права, однопорядковые права залогодержателя при наложении взыскания на предмет залога и его реализации. В частности, должник вправе просить суд, обращающий взыскание на удерживаемое имущество, об отсрочке его продажи с публичных торгов на срок до одного года.

Следует иметь в виду, что правило ст. 360 ГК об удовлетворении требований ретентора из стоимости удерживаемой вещи в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом, отнюдь не означает трансформации права удержания в право залога. Дело в том, что вместо определения особого порядка обращения взыскания на предмет удержания законодатель использовал известный порядок обращения взыскания на заложенное имущество¹.

Коренное отличие права удержания вещи от залога заключается в следующем.

Во-первых, залогом обеспечиваются требования кредитора, строго определенные в договоре залога или указанные в законе (при установлении залога в силу закона).

Требование, обеспечиваемое правом удержания, становится очевидным только из нарушения, допускаемого должником.

Во-вторых, залог обеспечивает требования кредитора до наступления основания для обращения взыскания на заложенное имущество, т. е. до нарушения должником обеспечиваемого обязательства. Право удержания обеспечивает требования кредитора после допущенного должником нарушения обеспечиваемого обязательства, т. е. после возникновения основания для обращения взыскания на удерживаемую вещь

¹См Брагинский М И, Витрянский В В Указ соч С 449

4. Особые случаи применения права удержания

Особые случаи применения права удержания имеют место при реализации обязательств, вытекающих из договоров подряда, перевозки, поручения, комиссии, постройки и ремонта морского судна.

При неисполнении заказчиком обязанности уплатить установленную цену либо иную сумму, причитающуюся подрядчику в связи с выполнением договора подряда, подрядчик имеет право на удержание результата работ, а также принадлежащих заказчику оборудования, переданной для переработки (обработки) вещи, остатка неиспользованного материала и другого оказавшегося у него имущества заказчика до уплаты последним соответствующих сумм (ст. 712 ГК).

Поверенный, действующий в качестве коммерческого представителя (п. 1 ст. 184 ГК), вправе удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение своих требований по договору поручения (п. 3 ст. 972 ГК). Поверенный, не являющийся коммерческим представителем, имеет право удерживать вещи доверителя в качестве обеспечения своих требований по уплате вознаграждения (если договор является возмездным) и по оплате понесенных им издержек в силу общих норм ст. 359 ГК.

Перевозчик имеет право удерживать переданные ему для перевозки грузы и багаж в обеспечение причитающихся ему провозной платы и других платежей по перевозке (ст. 359, 360 ГК), если иное не установлено законом, иными правовыми актами, договором перевозки или не вытекает из существа обязательства (п. 4 ст. 790 ГК). В случае уклонения грузополучателя от внесения платы за перевозку груза и иных причитающихся железной дороге платежей железная дорога вправе удерживать груз с уведомлением в письменной форме об этом грузоотправителя, который обязан в течение четырех суток после получения такого уведомления распорядиться грузом (ст. 41 Транспортного устава железных дорог РФ)¹. Если в течение указанного срока грузополучатель не примет соответствующие меры по внесению платы за перевозку груза и иных причитающихся железной дороге платежей и грузоотправитель не распорядится грузом, железная дорога имеет право, если иное не предусмотрено договором перевозки, реализовать удерживаемый груз, за исключением:

¹СЗРФ 1998 №2 Ст 218

1. груза, изъятого из оборота или ограниченного в обороте в соответствии с федеральными законами;
2. груза специального, в том числе воинского, предназначенного для удовлетворения государственных и оборонных нужд;
3. груза, плата за перевозку которого и иные причитающиеся железной дороге платежи вносятся на железнодорожной станции назначения по согласованию,

предусмотренному ст. 36 Устава железных дорог РФ
Комиссионер вправе удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче комитенту либо лицу, указанному комитентом, в обеспечение своих требований по договору комиссии (п. 2 ст. 996 ГК).

В случае объявления комитента несостоятельным (банкротом) право удержания комиссионера прекращается, а его требования к комитенту в пределах стоимости удерживаемых вещей, которые он удерживал, удовлетворяются в соответствии со ст. 360 ГК наравне с требованиями, обеспеченными залогом. Следовательно, при банкротстве комитента удерживаемая ретентором вещь подлежит передаче в конкурсную массу, а требования ретентора подлежат удовлетворению согласно п. 2 ст. 106 Закона РФ "О несостоятельности (банкротстве)"¹ в третью очередь.

Для обеспечения требований, возникающих в связи с постройкой судна, а также ремонтом судна, в том числе его реконструкцией, судостроительная и судоремонтная организации имеют право удержания такого судна в период, когда оно находится во владении указанных организаций [п. 1 ст. 373 Кодекса торгового мореплавания РФ (далее - КТМ)]². Право удержания судна прекращается в момент, когда ремонтируемое или строящееся судно выбывает из владения судостроительной или судоремонтной организации, если только это не является следствием его ареста.

Удовлетворение требований судостроительной или судоремонтной организации производится за счет суммы, вырученной от принудительной продажи удерживаемого судна. В случае, если в момент принудительной продажи такое судно находится во владении судостроительной или судоремонтной организации, имеющей на него право удержания, данная организация должна отказаться от владения им в пользу покупателя; при этом она имеет право на удовлетворение своего требования за счет суммы, вырученной от продажи указанного судна (п. 4 ст. 386 КТМ).

1СЗРФ 1998. №2 Ст 222

2 Ко деке торгового мореплавания РФ от 30 апреля 1999 г //РГ 1999 1-5 мая

§ 9. Прекращение обязательств

1. Понятие и основания прекращения обязательств

Обязательственные правоотношения, в отличие от вещных, по самой своей природе не могут быть бессрочными. В их существовании непременно наступает такой момент, когда они прекращаются, т. е. погашаются составляющие содержание обязательства права и обязанности.

Такой результат наступает в силу действия правопрекращающих юридических фактов, составляющих основания (способы) прекращения обязательств. Одни из них погашают обязательство по воле его участников, удовлетворяя при этом имущественный интерес кредитора и тем самым достигая основной цели обязательства. К ним относятся:

- надлежащее исполнение;
- отступное;
- зачет встречного требования;
- новация;
- прощение долга.

Указанные способы по своей юридической природе являются сделками.

Другие основания не относятся к сделкам и прекращают обязательство независимо от достижения его цели. Таковы:

- * совпадение должника и кредитора в одном лице;
- * невозможность исполнения;

- * принятие специального акта государственного органа;
- * смерть гражданина (должника или кредитора), участвовавшего в обязательстве личного характера;
- * ликвидация юридического лица.

Перечисленные юридические факты составляют систему оснований (способов) прекращения обязательств.

Однако их перечень не является исчерпывающим, поскольку другие законы, иные правовые акты или соглашения сторон могут предусмотреть и иные случаи прекращения обязательств. Например, договорные обязательства прекращаются при расторжении договора по соглашению сторон или по требованию одной из них, в частности при существенном нарушении договора другой стороной (ст. 450 ГК). В случаях, прямо предусмотренных законом или договором, как отмечалось ранее, допускается односторонний отказ от исполнения некоторых договорных обязательств, также влекущий их прекращение.

Конкретное обязательство может прекращаться как полностью, так и частично.

2. Прекращение обязательства сделкой

Прекращающие обязательство сделки могут быть как односторонними (надлежащее исполнение, зачет встречного требования), так и двусторонними (отступное, новация и прощение долга). Главным и наиболее распространенным способом прекращения обязательств является их надлежащее исполнение (п. 1 ст. 408 ГК), об условиях которого говорилось ранее.

Зачет взаимных требований как способ прекращения обязательства требует соблюдения некоторых условий (ст. 410 ГК).

Во-первых, выставляемые к зачету требования должны быть встречными, предъявляемыми друг к другу одними и теми же лицами, каждое из которых в одном обязательстве выступает кредитором, а в другом - должником¹.

Во-вторых, данные требования должны быть однородными, т. е. такими, предметом которых является одинаковое имущество, определенное родовыми признаками. Чаще всего зачет используется для прекращения встречных денежных обязательств.

Например, один гражданин дал другому займы некоторую денежную сумму, а затем купил у него же определенную вещь. В этом случае он может зачесть в счет покупной цены сумму займа, однако при условии, что срок возврата займа наступил. Поэтому третье необходимое для зачета условие - наступление срока исполнения по встречным обязательствам, которые должны "созреть" для исполнения. В противном случае зачет невозможен. Зачету подлежат также обязательства с неопределенным сроком и обязательства, по которым допускается досрочное исполнение.

К зачету может быть предъявлено одновременно несколько требований, каждое из которых должно отвечать перечисленным выше условиям. При этом взаимные обязательства погашаются только при одинаковом размере основанных на них требований. Поэтому возможно и частичное прекращение обязательств зачетом. Зачет экономически весьма выгоден для имущественного оборота, поэтому закон устанавливает, что для его осуществления достаточно заявления одной стороны.

¹ Лишь при уступке требования должник может зачесть против нового кредитора свое требование к прежнему кредитору, т. е. применить зачет к лицу, не участвовавшему в первоначальном обязательстве, но только если срок такого требования наступил до получения должником уведомления о состоявшейся уступке либо вообще не был указан или был определен моментом востребования (ст. 412 ГК)

Следовательно, зачет является односторонней сделкой (хотя не исключено и соглашение сторон о зачете). Более того, иногда зачет становится обязательным. Так, кредитору запрещено обращаться со своим требованием к субсидиарному должнику, если оно может быть удовлетворено путем зачета встречного требования к основному должнику (п. 2 ст. 399 ГК). Заявление о зачете либо делается непосредственно

Контрагенту, либо оформляется в виде встречного иска. Заявленные к зачету требования считаются погашенными не с момента зачета, а с момента наступления срока их исполнения¹.

Не допускается, однако, зачет требований, к которым по заявлению контрагента подлежит применению исковая давность (и она уже истекла к моменту зачета), а также зачет требований личного характера и зачет иных требований, прямо указанных в законе или в договоре (ст. 411 ГК), например требования акционерного общества к акционеру об оплате акции (п. 2 ст. 99 ГК).

Большинство обязательств может прекращаться по соглашению сторон - путем замены исполнения (передачи должником кредитору отступного), замены самого обязательства на другое (новации), а также сложения (прощения) долга. Ведь управомоченные лица по своему усмотрению осуществляют свои гражданские права (п. 1 ст. 9 ГК), а стороны договора по общему правилу могут своим соглашением расторгнуть или изменить его, прекратив соответствующие обязательства (п. 1 ст. 450 ГК).

Отступное прекращает обязательство путем предоставления должником взамен предусмотренного исполнения другого, согласованного с кредитором исполнения (уплаты денег, передачи иного имущества, уступки права и т. п.) (ст. 409 ГК). Таким образом, отступное представляет собой замену исполнения. При передаче отступного - "суррогата исполнения" - должник, по сути, "откупается" от своего кредитора и обязательство между ними прекращается как исполненное надлежащим образом.

Нетрудно видеть, что гражданско-правовой институт зачета не имеет ничего общего с периодически проводимыми у нас по решению федерального правительства или иных органов публичной власти, т. е. в сугубо административном порядке, "взаимозачетами", в том числе по налоговым (публично-правовым) требованиям

При этом обязательство прекращается не в момент достижения его участниками соглашения об отступном, а в момент предоставления должником кредитору нового исполнения (которое по стоимости может не только быть меньше первоначального исполнения, но и совпадать с ним, и даже превышать его)¹. В роли отступного могут выступить согласованные сторонами исключительная неустойка, заменяющая собой реальное исполнение обязательства (п. 3 ст. 396 ГК), а также задаток (ст. 380, 381 ГК). Своим возмездным характером, предполагающим определенное удовлетворение интересов кредитора, отступное отличается от прощения долга.

При новации существовавшее между сторонами первоначальное обязательство по их соглашению заменяется другим, предусматривающим иной предмет или способ исполнения (п. 1 ст. 414 ГК). Иначе говоря, в этом случае речь идет о замене обязательства. Например, при заключении арендатором договора с собственником-арендодателем о приобретении арендованной вещи в собственность прекращаются обязательства по ранее заключенному ими договору аренды, но одновременно возникают обязательства из договора купли-продажи. Этим замена обязательства отличается от замены исполнения (отступного), предоставление которого прекращает всякие обязательственные отношения сторон.

Новация прекращает и дополнительные (акцессорные) по отношению к первоначальному (основному) обязательства (п. 3 ст. 414 ГК), прежде всего обеспечивавшие его исполнение (например, неустойку, залог или поручительство). Для их сохранения применительно к новированному обязательству необходимо специальное соглашение сторон об этом.

Не допускается новация обязательств личного характера, имеющих целевое назначение, - по возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью, и по уплате алиментов (п. 2 ст. 414 ГК).

Прощение долга (ст. 415 ГК) представляет собой безвозмездное освобождение кредитором должника от лежащих на нем обязанностей. По сути, речь идет о разновидности дарения, требующего, следовательно, согласия должника².

¹ В современной литературе представлены доводы в пользу признания соглашения об отступном консенсуальной сделкой, прекращающей обязательство фактом своего заключения и одновременно порождающей новое обязательство - по предоставлению

отступного, в том числе в виде результата работ, услуги и т. п. (см.: Шилохвост О. Ю. Отступное - способ прекращения обязательства //Российская юстиция. 1998. № 11. С. 7-9). Но при таком подходе отступное утрачивает принципиальные отличия от другого способа прекращения обязательств - новации.

2 Иногда прощение долга рассматривается и в качестве совершаемой кредитором односторонней сделки. Отсутствие по этому поводу единства взглядов [ср., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой. М., 1995. С. 404 (автор комментария - О. Н. Садилов) и Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). М., 1996. С. 666 (автор комментария - М. И. Брагинский)] имеет давнюю историю, до конца не решенную и современным законодательством (см. об этом: Шилохвост О. Ю. О прекращении обязательств прощением долга //Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. Сборник памяти С. А. Хохлова /Отв. ред. А. Л. Маковский. М, 1998).

Поэтому к прощению долга применимы правила о договоре дарения, в том числе о запрете и ограничении возможностей дарения (ст. 575, 576 ГК). Прощение (сложение) долга недопустимо, если оно нарушает права иных лиц в отношении имущества кредитора, например в случае его совершения в преддверии предстоящего банкротства кредитора.

3. Прекращение обязательства по иным основаниям

Обязательство прекращается совпадением должника и кредитора в одном лице (ст. 413 ГК). Речь идет о случаях, когда должник по обязательству (пассивная сторона) получает право требования в этом же обязательстве, становясь в нем кредитором (активной стороной) в отношении самого себя. Например, должник по договору займа (заемщик) после смерти своего кредитора (заимодавца) оказывается его наследником. В такой ситуации обязательство прекращается из-за отсутствия необходимых для него элементов, поскольку вместо двух его сторон (участников) остается только одна. Как отмечал Г. Ф. Шершеневич, "обстоятельством, вызывающим совпадение в одном лице активного и пассивного субъектов, до этого времени разъединенных, служит общее преемство"¹, т. е. наследование в отношении граждан и реорганизация в форме слияния или присоединения в отношении юридических лиц. Вследствие универсального правопреемства некоторые права и обязанности могут оказываться принадлежащими одному и тому же субъекту. Частное (сингулярное) правопреемство не может привести к такому результату, ибо оно всегда основано на исполнении одному из субъектов, а не на их слиянии.

Исполнение обязательства может оказаться невозможным вследствие объективных причин, например гибели индивидуально-определенной вещи (предмета обязательства) в результате действия случайных причин или непреодолимой силы. Поэтому обязательство прекращается также невозможностью исполнения, но лишь в случае, когда она вызвана обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает (п. 1 ст. 416 ГК). При этом каждый из участников вправе требовать возврата того, за что он не получил встречного удовлетворения, например возврата аванса, уплаченного за погибшую вещь (поскольку иначе возникнет ситуация неосновательного обогащения одной стороны за счет другой).

Если же невозможность исполнения вызвана виновными действиями участника обязательства, например должника, не обеспечившего надлежащую охрану предмета обязательства, наступает его ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

1 Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). С. 302.

В отдельных случаях должник, как известно, отвечает и за случайно наступившую невозможность исполнения, в частности при допущенной им просрочке, а также в

обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Невозможность исполнения чаще всего касается случаев, когда предметом обязательства являются индивидуально-определенные вещи. В отношении вещей, определенных родовыми признаками, практически невозможно доказать их полное отсутствие в обороте ("род никогда не погибает"), поэтому, например, невозможность исполнения никогда не может прекратить денежное обязательство¹. Кроме того, речь здесь идет о фактической, или "физической", невозможности, которую следует отличать от юридической невозможности исполнения соответствующего обязательства. Последняя заключается в установлении каких-либо публично-правовых запретов или ограничений, например по вывозу или ввозу товаров на определенные территории. Принятие акта государственного органа, делающего юридически невозможным исполнение обязательства, прекращает его (п. 1 ст. 417 ГК). Однако стороны обязательства вправе требовать возмещения причиненных им публичной властью убытков, если изданный акт будет признан судом не соответствующим закону или иным правовым актам (ст. 16 и 13 ГК). Последующее признание такого акта недействительным по общему правилу восстанавливает обязательство, если только иное не вытекает из соглашения сторон или существа самого обязательства и кредитор не утратил интерес к его исполнению (п. 2 ст. 417 ГК).

Обязательства, неразрывно связанные с личностью должника или кредитора, т. е. имеющие личный характер, прекращаются смертью гражданина, являвшегося соответственно должником или кредитором (ст. 418 ГК), поскольку в этих ситуациях невозможно правопреемство. Таковы, например, обязательства, вытекающие из договора поручения.

По этой же причине ликвидация юридического лица (должника или кредитора) также прекращает его обязательства (ст. 419 и п. 1 ст. 61 ГК). Исключения составляют некоторые, прямо установленные законодательством случаи возложения исполнения отдельных обязательств ликвидированного юридического лица на иных лиц, например его долгов по требованиям о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью граждан (обычно - в виде повременных платежей), подлежащих капитализации в соответствии с п. 1 ст. 64 ГК, на страховые организации. По сути, закон предусматривает здесь частичное правопреемство.

¹ См Новицкий И Б, Лунц Л А. Указ соч С 348; Принципы международных коммерческих договоров С 198

Дополнительная литература

Белов В. А. Поручительство. Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики М., 1999; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 1997 (гл. V, VI); Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М., 1994 (ч. II); Гонгало Б. М. Обеспечение исполнения обязательств. М., 1999; Ерпылева Н. Ю. Международное банковское право. М., 1998; Кассо Л. А. Понятие о залоге в современном праве (по изданию 1898 г.). М., 1999; Маковская А. А. Залог денежных средств и ценных бумаг. М., 1999; Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 1 (по исправленному и дополненному 8-му изданию 1902 г.). М., 1997; Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. 2-е изд. М., 1999 (подразд. 2 разд. III); Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950 (гл. II); Правовые проблемы организации рынка ипотечного кредитования в России /Под ред. В. С. Ема. М., 1999; Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. М., 1998.

Глава 30. Гражданско-правовой договор

§ 1. Понятие и значение гражданско-правового договора

1. Сущность и значение договора

Имущественный (гражданско-правовой) оборот как юридическое выражение товарно-денежных, рыночных экономических связей складывается из многочисленных конкретных актов отчуждения и присвоения имущества (товара), совершаемых собственниками или иными законными владельцами. В подавляющем большинстве случаев эти акты выражают согласованную волю товаровладельцев, оформленную и закрепленную в виде договоров. Поскольку рыночный обмен есть обмен товарами, осуществляемый их собственниками, постольку он и не может строиться иначе как в виде отражающих взаимные интересы равноправных товаровладельцев актов их свободного и согласованного волеизъявления. Поэтому гражданско-правовой договор представляет собой основную, важнейшую правовую форму экономических отношений обмена.

В рыночном хозяйстве договор становится одним из основных способов регулирования экономических взаимосвязей, так как их участники, будучи собственниками, по своему усмотрению определяют направления и порядок использования принадлежащего им имущества. В качестве товаропроизводителей собственники самостоятельно организуют производство и сбыт своей продукции (товаров, работ, услуг) путем заключения и исполнения договоров со своими контрагентами, тем самым определяя характер и содержание отношений, составляющих экономический оборот. Ведь условия договоров в большинстве случаев формируются самими сторонами и отражают баланс их частных интересов, учитывающий конкретную экономическую ситуацию.

Таким образом, с помощью договоров экономические отношения подвергаются саморегулированию их участников - наиболее эффективному способу организации хозяйственной деятельности. Реализация сторонами договора их собственных, частных интересов (а не навязанных им "сверху" публичных, государственных интересов, как это во многих случаях имело место в прежнем правопорядке) становится основным стимулом его надлежащего исполнения и достижения при этом необходимых экономических результатов. Гражданско-правовой договор дает своим участникам возможность свободно согласовать свои интересы и цели и определить необходимые действия по их достижению. Вместе с тем он придает результатам такого согласования общеобязательную для сторон юридическую силу, при необходимости обеспечивающую его принудительную реализацию. Не случайно ч. 1 ст. 1134 Французского гражданского кодекса говорит о том, что "законно заключенные соглашения занимают место закона для тех, кто их заключил". Следовательно, договор становится эффективным способом организации взаимоотношений его сторон, учитывающим их обоюдные интересы.

Конечно, договорное саморегулирование всегда опирается на силу допустившего его закона, т. е. на силу публичной власти (государства). Однако последняя, как свидетельствует весь исторический, и прежде всего отечественный, опыт не может произвольно допускать или исключать договор (и стоящий за ним товарно-денежный обмен) в экономике в целом и даже в ее отдельных сферах, не рискуя при этом получить крайне негативные экономические последствия. Последние, таким образом, предопределяют рамки необходимого государственного вмешательства в хозяйственную жизнь общества. С этой точки зрения договор предстает как экономико-правовая категория, в которой экономическое содержание (акт товарообмена) получает объективно необходимое ему юридическое (гражданско-правовое) оформление и закрепление.

2. Понятие договора

Будучи порождением, необходимой формой товарообмена, цивилистическая категория

договора и ее правовое оформление развивались и усложнялись по мере соответствующего развития самого оборота (обмена). Так, уже в классическом римском праве стали различаться "соглашение" (conventio) как согласованное волеизъявление сторон и "договор" (contractus) как основа возникающих между ними обязательственных отношений (от лат. contrahere - стягивать, вступать в обязательство путем соглашения). Поэтому и стороны договорных отношений обычно именуется контрагентами.

В современном гражданском праве само понятие договора стало многозначным. Во-первых, договор рассматривается как совпадающее волеизъявление (соглашение) его участников (сторон), направленное на установление либо изменение или прекращение определенных прав и обязанностей. С этой точки зрения он является сделкой -

стр. 152 - 153 пропущены!!!

заключать им или не заключать тот или иной договор, поскольку никто из них не обязан вступать в договор против своей воли. Принудительное заключение договора допускается лишь как исключение, прямо предусмотренное либо законом (например, для публичных договоров в соответствии с п. 3 ст. 426 ГК), либо добровольно принятым на себя обязательством (например, по предварительному договору в соответствии со ст. 429 ГК). Таким образом, отпала широко распространенная в прежнем правопорядке обязанность заключения договора на основе различных плановых и других административно-правовых актов, как и сама вызванная к жизни условиями планового хозяйства категория "хозяйственных договоров" (которые стороны заключали по административному принуждению и на условиях, установленных указанными актами, а не определенных волей сторон).

Во-вторых, свобода договора состоит в свободе определения характера заключаемого договора. Иными словами, субъекты имущественного (гражданского) оборота сами решают, какой именно договор им заключить. Они вправе заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами, если только такой договор не противоречит прямым законодательным запретам и соответствует общим началам и смыслу гражданского законодательства (п. 1 ст. 8, п. 2 ст. 421 ГК). Развитое гражданское законодательство не предусматривает исчерпывающего, закрытого перечня (numerus clausus) договоров и не обязывает стороны "подгонять" их договорные взаимосвязи под одну из известных закону разновидностей. Данное обстоятельство особенно важно в условиях формирующегося рыночного хозяйства, когда экономические потребности весьма изменчивы, а правовое оформление нередко отстает от них. В частности, различные сделки, совершаемые в настоящее время на фондовых и валютных биржах, далеко не всегда имеют прямые законодательные "прототипы".

Более того, стороны свободны в заключении смешанных договоров, содержащих элементы различных известных разновидностей договора (п. 3 ст. 421 ГК). Например, в договор о поставке товара могут быть включены условия о его страховании, хранении, перевозке, погрузке и выгрузке и т. д., выходящие за рамки традиционной купли-продажи и вместе с тем вовсе не требующие заключения нескольких различных договоров. К такому единому, комплексному договору будут в соответствующих частях применяться правила о тех договорах, элементы которых содержатся в нем.

Наконец, в-третьих, свобода договора проявляется в свободе определения его условий (содержания) (п. 2 ст. 1, п. 4 ст. 421 ГК). Стороны договора по своей воле определяют его содержание и формируют его конкретные условия, если только содержание какого-либо условия императивно не определено законом или иными правовыми актами. Так, условие о цене приобретаемого товара согласуется самими контрагентами и лишь в отдельных случаях определяется по установленным государством тарифам, ставкам и т. п. (например, когда дело касается продукции "естественных монополий").

В развитом рыночном хозяйстве свобода договоров не может иметь абсолютного характера и неизбежно подвергается тем или иным ограничениям, установленным в публичном интересе. Прежде всего, договор безусловно должен соответствовать императивным нормам закона и иных правовых актов (п. 1 ст. 422 ГК)¹, которые в сфере договорных обязательств практически всегда устанавливают те или иные

ограничения договорной свободы в общественных и государственных (публичных) интересах. Однако императивные правила закона, принятого после заключения договора, не должны распространяться на условия ранее заключенных договоров, если только сам этот закон прямо не придаст им обратную силу (п. 2 ст. 422 ГК).

Подзаконными же актами, включая президентские указы, во всяком случае нельзя предписывать изменения условий заключенных договоров.

В ряде случаев ограничения договорной свободы вызваны развитием самого рынка, который не сможет нормально функционировать при их отсутствии. Так, ограничиваются возможности монопольных производителей товаров или услуг, которые не вправе навязывать своим контрагентам условия договоров, используя свое выгодное положение и невозможность потребителей обратиться к другим производителям, т. е. нарушая принцип конкуренции².

¹ Диапозитивные нормы закона, превалирующие в договорно-правовом регулировании, в большинстве случаев, по сути, представляют собой некоторую "подсказку" участникам имущественных отношений со стороны законодателя, обычно не требующуюся в развитом обороте, но намеренно сохраненную в отечественном правопорядке (см Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей М, 1995 С 335)

² Так, согласно ст 6 Федерального закона "О естественных монополиях" (СЗ РФ 1995. № 34 Ст 3426) органы регулирования естественных монополий вправе определять потребителей, подлежащих обязательному обслуживанию, а также устанавливать цены (тарифы) или их предельный уровень на продукцию таких монополий, т е определять контрагентов и некоторые существенные условия соответствующих договоров

Таким же незаконным будет и навязывание контрагентам условий договоров на основе заключенных соглашений о разделе тех или иных товарных рынков или иных форм недобросовестной конкуренции¹. В тщательной защите нуждаются граждане-потребители, выступающие в качестве заведомо более слабой стороны в их взаимоотношениях с профессиональными предпринимателями². Так, в договорах, где кредитором является гражданин как потребитель товаров, работ или услуг, стороны лишены права своим соглашением ограничивать установленный законом размер ответственности должника-услугодателя (п. 2 ст. 400 ГК).

В этой сфере действует и общий принцип запрета злоупотребления правом (п. 1 ст. 10 ГК), в том числе свободой договоров³. Применение данного принципа оправданно, например, в ситуациях, когда банк в качестве стороны кредитного договора навязывает своему клиенту-ссудополучателю несоразмерно большую неустойку за просрочку в возврате кредита (например, 5% от суммы кредита за каждый день просрочки, что составляет 1825% годовых!) и затем требует ее принудительного взыскания, ссылаясь на свободу договора.

§ 2. Виды договоров в гражданском праве

1. Общие классификации гражданско-правовых договоров

Гражданско-правовые договоры классифицируются как соглашения (сделки) и как договорные обязательства. В первом случае можно говорить об особенностях юридической природы реальных и консенсуальных, возмездных и безвозмездных, каузальных и абстрактных, а также фидуциарных договоров⁴. Возмездные договоры (сделки) могут быть также подразделены на меновые и рисковые (алеаторные), к которым, в частности, относятся сделки по проведению игр и пари (ст. 1062, 1063 ГК). Во втором случае проводится тщательная систематизация (типизация) соответствующих обязательств по типам, видам и подвидам.

¹См.: Закон РФ "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на

товарных рынках" (ВВС РФ. 1991. № 16 Ст. 499; 1992. № 34 Ст. 1966; СЗ РФ 1995. № 22. Ст. 1977; 1998. № 19. Ст. 2066).

2 См.: Закон РФ "О защите прав потребителей" (ВВС РФ. 1992. № 15 Ст. 766; 1993. № 29. Ст. 1111; СЗ РФ. 1996. № 3 Ст. 140).

3 Подробнее об истории таких ограничений см.: Покровский И А. Основные проблемы гражданского права С. 251-275.

4 Подробнее о видах сделок см.
§ 2гл Ют 1 настоящего учебника

При этом традиционно, по существу со времен римского частного права, по направленности на определенный результат выделяются такие типы договоров (договорных обязательств), как договоры, направленные на передачу имущества в собственность (или в иное вещное право) либо в пользование, на производство работ или на оказание услуг, которые затем подразделяются на отдельные виды и подвиды по различным юридическим критериям (например, по объему передаваемых контрагенту имущественных прав и др.) Данное деление договоров как обязательств составляет их основную, "базовую" классификацию, отраженную в законе. Так, в системе второй части ГК, посвященной отдельным видам обязательств, четко просматривается традиционная четырехчленная типизация договорных обязательств на договоры по отчуждению имущества (гл. 30-33), по передаче его в пользование (гл. 34-36), по производству работ (гл. 37-38) и по оказанию услуг (гл. 39-53). На этой основе затем выделено 26 отдельных видов договоров, 6 из которых, в свою очередь, разделены на подвиды (число которых достигает 30).

Она дополняется классификацией договорных обязательств по иным основаниям. С этой точки зрения прежде всего выделяются договоры односторонние и двусторонние. В одностороннем договоре у одной из сторон имеются только права, тогда как у другой - исключительно обязанности. Примером такого договора является договор займа, в котором у займодавца есть только право, а у заемщика - только обязанность (п. 1 ст. 807 ГК). В отличие от этого в двустороннем договоре у каждой из сторон есть и права и обязанности (например, у продавца и покупателя в договоре купли-продажи). Односторонний договор есть не что иное, как простое (одностороннее) обязательство, участник которого является либо кредитором, либо должником, тогда как в сложном двустороннем обязательстве каждый из участников одновременно выступает в роли и кредитора и должника.

Кроме того, выделяются договоры в пользу третьего лица (ст. 430 ГК), которым противопоставляются все остальные договоры как "договоры в пользу контрагента" (кредитора), а также дополнительные, или акцессорные, договоры, обеспечивающие исполнение "основных" договоров (например, договор о залоге или о поручительстве). Как и в предыдущих случаях, речь здесь, по сути, идет о соответствующих разновидностях договорных обязательств.

По субъектному составу обособляются предпринимательские договоры и договоры с участием граждан-потребителей, которые имеют особый правовой режим. Однако такое различие не может быть проведено последовательно для всех гражданско-правовых

договоров, ибо многие из них могут иметь различный субъектный состав и в зависимости от этого способны быть и предпринимательскими, и "потребительскими" (например, кредитные договоры и другие банковские сделки)¹.

Все эти классификации и их юридическое значение подробнее рассмотрены ранее (см. § 3 и 5 гл. 28 настоящего тома учебника). Вместе с тем договоры подвергаются и иной, свойственной только им классификации.

Из принципа свободы договора вытекает возможность заключения договоров как предусмотренных, так и не предусмотренных законодательством. На этом основано деление договоров на поименованные (названные в ГК или в ином законе) и непоименованные (неизвестные закону, но не противоречащие общим началам и

смыслу гражданского законодательства). Такие договоры иногда называют также договорами *suī generis* ("своего", т. е. особого, "рода") или "нетипичными договорами". К ним применяются нормы о наиболее сходном с конкретным договором виде или типе договоров (в чем, между прочим, проявляется практическое значение типизации договорных обязательств) и общие положения обязательственного (договорного) права, т. е. правило об аналогии закона, а при невозможности этого - аналогия права. Этим непоименованные (нетипичные) договоры отличаются от смешанных договоров, которые представляют собой определенный "набор" известных договорных обязательств, что в соответствии с п. 3 ст. 421 ГК влечет применение к ним в соответствующих частях конкретных правил об этих поименованных договорах и тем самым исключает всякую аналогию.

2. Организационные и имущественные договоры

Гражданско-правовые договоры подразделяются на имущественные и организационные. К имущественным относятся все договоры, непосредственно оформляющие акты товарообмена их участников и направленные на передачу или получение имущества (материальных и иных благ). Организационные договоры направлены не на товарообмен, а на его организацию, т. е. на установление взаимосвязей участников будущего товарообмена. Таков, например, предварительный договор, в силу которого его стороны обязуются заключить в будущем основной (имущественный) договор на условиях, установленных предварительным договором (п. 1 ст. 429 ГК).

1 Что также свидетельствует об искусственности попыток обособления "предпринимательского права" даже в сфере договорных отношений

Типичной разновидностью данного договора является традиционно известный русскому праву договор запродажи, по которому стороны обязываются в определенный ими срок заключить договор купли-продажи (например, в отношении вещи, которой пока нет у продавца или в отношении которой он не имеет права собственности либо оно обременено правами иных лиц).

Предварительный договор содержит условия, во-первых, относящиеся к его содержанию и, во-вторых, относящиеся к содержанию основного договора. Из числа первых следует прежде всего назвать срок, в течение которого стороны обязуются заключить основной договор (при его отсутствии в соответствии с правилом абз. 2 п. 4 ст. 429 ГК применяется годичный срок). Кроме того, предварительный договор необходимо должным образом оформить (как правило, письменно) под страхом его ничтожности. Ко второй группе относятся условие о предмете и другие существенные условия основного договора, отсутствие которых превращает предварительный договор в юридически необязательное соглашение о намерениях.

Предварительный договор отличается от договора, совершенного под условием (условной сделки), поскольку порождает безусловную обязанность в установленный срок заключить предусмотренный им основной договор под угрозой судебного принуждения к его заключению. Последняя существенно отличает рассматриваемый договор от обычных договоров, заключаемых по свободному усмотрению сторон.

По своей юридической природе к предварительным договорам весьма близки заключаемые в сфере предпринимательской деятельности так называемые генеральные договоры, на основании и во исполнение которых стороны затем заключают целый ряд конкретных однотипных (локальных) договоров. Это, например, направленные на организацию перевозок грузов годовые и аналогичные им договоры перевозчиков с грузоотправителями, служащие основанием для последующего заключения договоров перевозки конкретных грузов; двусторонние соглашения (договоры) участников межбанковских отношений об организации их взаимных расчетов по конкретным будущим сделкам купли-продажи валюты или ценных бумаг (типа "расчетных форвардных контрактов") и т. п. От предварительных договоров они отличаются не только особым субъектным составом и множественностью заключаемых на их основе

"локальных" договоров, но прежде всего отсутствием принудительно осуществляемой обязанности заключения последних.

К числу организационных относятся также многосторонние Договоры - учредительный договор о создании юридического лица и договор простого товарищества (о совместной деятельности), определяющие организацию взаимоотношений сторон в связи с их предстоящим участием в гражданском обороте. Предварительные, генеральные и многосторонние договоры можно рассматривать в качестве основных типов организационных договоров.

В свою очередь, имущественные договоры в литературе предложено разделять на обязательственные и вещные¹. К последним относят договоры, в силу которых передача вещи контрагенту и возникновение у него вещного права происходит "на стадии возникновения договора, а не его исполнения", например при дарении вещи. Получается, что такие договоры (сделки) об отчуждении вещей не порождают договорных обязательств. В действительности речь идет о ситуациях, когда момент заключения договора (сделки) совпадает с моментом исполнения договорного обязательства, состоящего исключительно в передаче вещи (порождающей в силу п. 1 ст. 223 ГК возникновение права собственности на вещь у приобретателя), что характерно для некоторых реальных сделок (например, в розничной купле-продаже). Но "вещные элементы" таких правоотношений исчерпываются переходом права собственности (абз. 1 п. 2 ст. 218 ГК), а "близкая" к виндикационному иску возможность истребования индивидуально-определенной вещи (ст. 398 ГК) характерна для "обязательственных", а не "вещных договоров". В связи с этим выделение последних представляется необоснованным.

3. Публичный договор и договор присоединения

С точки зрения порядка заключения и формирования содержания особыми разновидностями договоров являются публичный договор и договор присоединения. Правила об этих договорах, по сути, представляют собой ограничения принципа договорной свободы и даже известные отступления от начал юридического равенства субъектов частного права, установленные с целью защиты интересов более слабой стороны.

Публичным признается договор, подлежащий заключению коммерческой организацией или индивидуальным предпринимателем в силу характера их деятельности с каждым, кто обратится за получением отчуждаемых ими товаров, производимых работ или оказываемых услуг (п. 1 ст. 426 ГК).

¹ См Брагинский МИ К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений//Гражданский кодекс России Проблемы Теория Практика Сборник памяти С А Хохлова/Отв ред А Л Маковский М,1998 С 117-121

Следовательно, речь идет о договоре, в котором в качестве услугодателя выступает профессиональный предприниматель, занимающийся такими видами деятельности, которые должны им осуществляться в отношении любых обратившихся к нему лиц. В соответствии с этим к числу публичных относятся, в частности, договоры розничной купли-продажи, энергоснабжения, проката и бытового подряда, банковского вклада граждан и др.

Предприниматель (услугодатель) как сторона публичного договора, во-первых, обязан заключить его с любым обратившимся к нему для этого лицом и не вправе оказывать кому-либо предпочтение (если только иное не предусмотрено законом или иными правовыми актами, например для ветеранов войны, инвалидов или других категорий граждан). Во-вторых, цена и иные условия таких договоров тоже должны быть одинаковыми для всех потребителей (за аналогичными исключениями). Более того, с целью соблюдения этих предписаний федеральному правительству предоставлено право издавать обязательные для сторон правила заключения и исполнения публичных договоров (типовые договоры, положения и т. п.), т. е. определять их содержание независимо от воли сторон.

Наконец, в соответствии с п. 3 ст. 426 ГК потребитель может через суд понудить

предпринимателя к заключению такого договора или передать на рассмотрение суда разногласия по его отдельным условиям¹. Следовательно, в отношении выбора контрагента и условий договора для предпринимателя здесь исключается действие принципа свободы договора. Такое законодательное решение призвано служить защите интересов массовых потребителей, прежде всего граждан, обычно находящихся по отношению к профессиональным предпринимателям в заведомо более слабом положении.

Указанным целям соответствуют также правила о договоре присоединения.

Договором присоединения признается договор, условия которого определены лишь одной из сторон, причем таким образом (в формуляре, типовом бланке или иной стандартной форме), что другая сторона лишена возможности участвовать в их формировании и может их принять лишь путем присоединения к договору в целом (п. 1 ст 428 ГК)

¹ См п 55 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г № 6/8//Вестник ВАС РФ 1996 №9 С 18

Очевидно, что при таком способе заключения договора интересы присоединяющейся стороны могут оказаться ущемленными и потому требуют специальной, дополнительной защиты.

Сам по себе способ заключения договора путем предварительного формулирования его условий в определенной стандартной форме может оказаться весьма полезным, упрощая и облегчая процедуру оформления договора. Такие ситуации встречаются, например, в массовых договорах в сфере бытового обслуживания населения, в отношениях различных клиентов с банками, страховыми и транспортными организациями, традиционно использующими типовые бланки договорной документации (заявление об открытии банковского счета, страховые полисы, товарно-транспортные накладные и т. п.). От них следует отличать ситуации, когда предложение одной из сторон использовать заранее растиражированный образец текста договора отнюдь не исключает согласование и переформулирование изложенных в нем условий.

Сторона, подписавшая предложенный ей контрагентом договор присоединения, вправе требовать его изменения или расторжения по особым основаниям, не допускаемым в отношении иных, обычных договорных обязательств. Такие основания не являются следствием незаконности условий договора - они становятся следствием появления у стороны, разрабатывавшей договор, односторонних льгот и преимуществ либо наличия чрезмерно обременительных для присоединившейся стороны условий. Тем самым они лишают одну из сторон возможности злоупотребить принципом договорной свободы, а для другой как бы восполняют отсутствие этой свободы в отношении формирования условий договора.

Поэтому присоединившаяся сторона получает право требовать изменения или расторжения такого договора даже при формальной законности его содержания в следующих случаях:

- если она при этом лишается прав, обычно предоставляемых по аналогичным договорам,
- если другая сторона исключает или ограничивает свою ответственность по договору;
- если в договоре содержатся иные, явно обременительные для присоединившейся стороны условия (п. 2 ст 428 ГК)

Данные последствия, однако, практически не применяются в договорах между предпринимателями, поскольку профессиональный предприниматель в качестве присоединившейся стороны обычно осознает (или должен осознавать), на каких условиях он заключает договор (п 3 ст. 428 ГК), и уже на этой стадии может прибегнуть к квалифицированной защите своих интересов.

Будучи по сути особым способом заключения договоров, договор присоединения даже при его использовании в отношениях между предпринимателями и потребителями не сливается с понятием публичного договора. Ведь последний предполагает возможность его принудительного заключения по требованию потребителя, тогда как

смысл договора присоединения, напротив, состоит в предоставлении потребителю более широкой, чем обычно, возможности добиваться его изменения или расторжения.

§ 3. Содержание договора

1. Существенные условия договора

Содержание договора как соглашения (сделки) составляет совокупность согласованных его сторонами условий, в которых закрепляются права и обязанности контрагентов, составляющие содержание договорного обязательства. В письменных договорах условия излагаются в виде отдельных пунктов.

К основному тексту письменного договора могут, кроме того, добавляться различные согласованные сторонами приложения и дополнения, также входящие в его содержание в качестве составных частей договора. Наличие приложений, конкретизирующих содержание договора, должно оговариваться в его основном тексте. Такие приложения становятся необходимыми частями, например, для большинства договоров поставки, строительного подряда, на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, банковского счета и др. Дополнения обычно в том или ином отношении меняют содержание отдельных условий договора.

Среди условий договора необходимо выделять существенные условия.

Существенными признаются все условия договора, которые требуют согласования, ибо при отсутствии соглашения сторон хотя бы по одному из них договор признается незаключенным (п 1 ст. 432 ГК), т. е. несуществующим

Это условия, которые закон считает необходимыми и достаточными для возникновения того или иного договорного обязательства. Существенными закон признает:

- условия о предмете договора,
- условия, прямо названные в законе или иных правовых актах как существенные,
- условия, необходимые для договоров данного вида¹;
- условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Условия о предмете договора индивидуализируют предмет исполнения (например, наименование и количество поставляемых товаров), а нередко определяют и характер самого договора. Так, условие о возмездной передаче индивидуально-определенной вещи характеризует договор купли-продажи, а о ее изготовлении - договор подряда.

При отсутствии четких указаний в договоре на его предмет исполнение по нему становится невозможным, а договор, по сути, теряет смысл и потому должен считаться незаключенным.

В ряде случаев закон сам называет те или иные условия договора в качестве существенных. Например, в ст. 942 ГК прямо указаны существенные условия договора страхования, а в ст. 1016 ГК перечислены существенные условия договора доверительного управления имуществом. Иногда закон обязывает включить в договор то или иное условие, прямо не называя его существенным. Так, условие о размере вклада каждого из участников полного товарищества должно содержаться в учредительном договоре такого товарищества в силу п. 2 ст. 70 ГК, а в договоре простого товарищества оно необходимо в силу его природы, предполагающей соединение вкладов участников (п. 1 ст. 1041 ГК). В обоих случаях речь, несомненно, идет о существенном условии.

Участник будущего договора может заявить о своем желании включить в его содержание какое-либо условие, само по себе не являющееся необходимым для данного договора, например предложить облечь его в нотариальную форму и распределить между сторонами расходы по оплате пошлины, хотя по закону такая форма и не является обязательной для договоров данного вида. Данное условие также становится существенным, ибо при отсутствии соглашения по нему не получится совпадающего волеизъявления сторон и договор придется считать незаключенным. Из этого следует, что наличие у сторон договора разногласий по любому из его условий превращает последнее в существенное условие, а сам договор - в незаключенный.

1 Действующий ГК в результате неудачной редакторской правки текста абз. 2 п 1 ст. 432 говорит о признании существенными лишь тех условий договора, которые прямо названы "необходимыми" законом или иными правовыми актами. В действительности имелись в виду условия, необходимые для договоров данного вида, независимо от признания их таковыми по закону (см.: Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. С. 347).

2. Иные условия договора

Существенные условия договора могут подразделяться на предписываемые и инициативные. Такое деление важно с точки зрения организации и техники заключения договоров, особенно в сфере предпринимательской деятельности. Условия, необходимые для заключения договоров данного вида, например условия о предмете договора, считаются предписываемыми законом. Условия, которые сами по себе не требуются для заключения договора, но включены в него исключительно по желанию сторон, рассматриваются в качестве инициативных. Таковыми, в частности, могут быть условия, конкретизирующие срок исполнения договора (графики отгрузок товара, сдачи этапов работ и т. п.); условия, направленные на дополнительное улучшение качества предмета исполнения или повышение его сохранности (о таре или упаковке, порядке приемки товара или результата работ и т. п.); условия об особенностях ответственности за нарушение его условий и др.

В инициативных условиях наиболее отчетливо проявляется регулирующая функция договора и учитываются особенности конкретной экономической ситуации, в которой находятся и которую своими действиями создают или изменяют его участники.

Отсутствие в конкретном договоре таких условий обычно свидетельствует о формальном подходе сторон к его заключению, непонимании и неумении использовать его регулятивные возможности, что почти всегда неблагоприятно сказывается на интересах самих участников. Так, отсутствие в договоре конкретных условий об ответственности за его нарушение либо нередко встречающаяся ссылка на "ответственность, предусмотренную законодательством" оставляет затем для потерпевшей стороны лишь возможность взыскания с правонарушителя доказанных ею убытков, что во многих случаях является далеко не простым делом.

В теоретической и учебной литературе условия, включенные в договор по желанию сторон, называют случайными, противопоставляя их условиям обычным, которые вообще не согласуются сторонами, но входят в содержание их договорного обязательства¹. К последним традиционно относят условия, предусматриваемые дис-позитивными нормами для большинства договоров (о сроке и месте исполнения, цене и т. п.). Нетрудно видеть, что случайные условия договора, будучи прямо предложенными одной из сторон, всегда поэтому являются существенными (абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК), а обычные либо становятся таковыми (если стороны прямо выбирают соответствующий вариант поведения, предусмотренный диспозитивной нормой), либо не входят в содержание соглашения сторон.

¹См., например: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 148.

В связи с этим законодательство не использует понятия обычных и случайных условий.

К числу "обычных" условий, не являющихся существенными, относятся, например, условия о сроке исполнения и цене договора. Согласно п. 2 ст. 314 ГК обязательство, не предусматривающее срока исполнения, при невозможности его точного определения должно исполняться в разумный срок, а в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК при отсутствии в возмездном договоре цены и невозможности ее определения исполнение должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги¹. Следовательно, данные условия по общему правилу могут и не согласовываться сторонами, но войдут в содержание их договорного обязательства как условия, предусмотренные диспозитивной нормой закона. Однако для некоторых договоров такие условия

являются существенными (и, следовательно, подлежащими согласованию) по указанию самого закона. Например, срок действия договора объявлен существенным для договоров личного и имущественного страхования (ст. 942 ГК), а цена - для договоров купли-продажи товара в кредит (п. 1 ст. 489 ГК)².

Содержание договорного обязательства шире содержания лежащей в его основе сделки, ибо ряд его условий определяется не соглашением сторон, а законом и обычаями делового оборота. В связи с этим можно говорить и об иных условиях договора (обязательства), в частности предусмотренных диспозитивными нормами³. В международной коммерческой практике это дает основание для различия прямых и подразумеваемых условий договора. К последним относятся условия, прямо не выраженные в договоре (и не согласованные его участниками), но вытекающие из его характера и цели либо практики взаимоотношений сторон ("заведенного порядка"), а также из принципов добросовестности, разумности и честной деловой практики.

1 Данный подход основан на правилах, принятых в современном международном коммерческом обороте, где названные условия также не считаются существенными (см.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М., 1994. С. 94-96, 146-147).

2 К этим случаям относится и правило п. 54 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8, имеющее в виду также ситуации, когда одна из сторон настаивала на согласовании условия о цене или на включении такого условия в договор.

3 Иногда предусмотренные такими нормами условия (не согласованные сторонами) также называют существенными [см.: Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей 2-е изд. М., 1999 С 560-563 (автор комментария-В.В. Витрянский)]

Так, организация, продающая целую компьютерную сеть с обязательством ее установки, обязана передать покупателю и основную информацию о функционировании данной системы даже при отсутствии специального условия об этом в договоре, поскольку речь идет об отчуждении сверхсложных товаров, использование которых приобретателем без минимальной информации о них невозможно¹.

3. Толкование договора

Иногда отдельные условия (пункты) письменного договора по разным причинам формулируются сторонами неясно или неполно, что может повлечь возникновение разногласий и конфликтов между ними. В таких случаях приходится использовать специальные правила толкования договора. При этом обычно выявляется несоответствие между внутренней волей стороны договора, желавшей определенного результата, и внешней формой ее выражения (волеизъявлением), закрепленной текстом договора. Тогда возникает вопрос: чему же следует отдать предпочтение - действительной воле стороны или зафиксированному в договоре ее волеизъявлению? По этому поводу как в литературе, так и в различных право-порядках обосновывались различные, нередко прямо противоположные подходы². Дело в том, что если предпочтение будет отдано воле стороны, то могут пострадать интересы контрагента и гражданского оборота в целом, ибо окажется, что волеизъявление, воспринятое контрагентом, может и не иметь юридического значения. С другой стороны, предпочтение, отданное волеизъявлению, означает переход на формальные позиции и может поставить в затруднительное положение более слабую (в частности, добросовестно заблуждающуюся) сторону.

Действующий ГК в принципе исходит из приоритета волеизъявления, защищая интересы имущественного оборота. Поэтому при толковании договора судом он должен прежде всего принимать во внимание буквальное значение содержащихся в

тексте слов и выражений (ч. 1 ст. 431 ГК).

1 См.: Принципы международных коммерческих договоров С 115-116.

2 Подробнее о различных взглядах по этому поводу см.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г.). С 245-249; Сарбаш С.В. Некоторые тенденции развития института толкования в гражданском праве//ГиП 1997.

№ 2, а также

§ 2 гл. Ют 1 настоящего учебника

Устанавливая содержание конкретного условия при его неясности, суд сопоставляет его с содержанием других условий и общим смыслом договора. Разумеется, речь при этом идет о толковании действительного договора, не оспариваемого контрагентом по мотиву пороков воли, например заблуждения (ст. 178 ГК).

Если же такой подход не позволяет установить содержание договорного условия, суд должен выяснить действительную общую волю сторон (а не волю каждой из них), принимая во внимание не только текст договора, но и его цель, переписку контрагентов и их последующее поведение, практику их взаимоотношений ("заведенный порядок"), обычаи делового оборота (ч. 2 ст. 431 ГК). При неясности содержания конкретного условия договора предпочтение должно быть отдано толкованию, представленному контрагентом стороны, ссылающейся на неясное условие или сформулировавшей его, ибо последняя несет риск возможной неясности избранной ею или согласованной с ней формулировки¹.

§ 4. Заключение договора

1. Понятие заключения договора

Заключение договора - достижение сторонами в надлежащей форме соглашения по всем существенным условиям договора в порядке, предусмотренном законодательством.

Договор считается заключенным при соблюдении двух необходимых условий:

1. сторонами должно быть достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора;

2. достигнутое сторонами соглашение по своей форме должно соответствовать требованиям, предъявляемым к такого рода договорам (ст. 432 ГК).

1 См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 216-217. Из этого же правила "contra proferentum" ("против предложенного") исходят и Принципы международных коммерческих договоров, закрепившие в ст. 4.6 положение о том, что "если условия договора, выдвинутые одной стороной, являются неясными, то предпочтение отдается толкованию, которое противоположно интересам этой стороны" В целом же они, как и ст. 8 Венской конвенции, исходят из необходимости толковать содержание договора "в соответствии с общим намерением сторон", а при невозможности его выявления - "в соответствии со значением, которое аналогичные сторонам разумные лица придавали бы договору в таких же обстоятельствах", т е из неких усредненных, стандартных представлений, что является компромиссным вариантом, отвечающим особенностям этой сферы оборота (см/ Принципы международных коммерческих договоров. С. 102-103).

Заключение договора, исходя из природы этой гражданско-правовой категории (соглашение сторон), предполагает выражение воли каждой из сторон (волеизъявление) и ее совпадение.

Когда говорят о заключении договора, обычно имеют в виду договор как дву- или многостороннюю сделку, т. е. юридический факт, порождающий гражданско-правовое обязательство. Однако предусмотренные законодательством требования к заключению договора охватывают и иные аспекты понятия "договор". Например, когда речь идет об условиях действительности договора, имеется в виду договор как сделка (юридический

факт); ответ на вопрос, достигнуто ли сторонами договора соглашение по всем его существенным условиям, предполагает анализ договора как правоотношения; некоторые специальные требования к форме договора предъявляются к договору как к документу.

Традиционным для законодательства и гражданско-правовой доктрины является выделение двух случаев заключения договора: между "присутствующими" и между "отсутствующими". В обеих ситуациях можно выделить и аналогичные стадии заключения договора: предложение (оферта) и ее принятие (акцепт). Однако в первом случае, когда условия договора вырабатываются в ходе непосредственного контакта сторон, результатом которого является подписанный обеими сторонами текст договора, последовательность различных стадий не имеет юридического значения. Поэтому процесс заключения договора между "присутствующими" не требует детального правового регулирования.

Во втором случае, когда речь идет о заключении договора между "отсутствующими", имеется в виду не пространственное удаление сторон друг от друга, а, как подчеркивал Г.Ф. Шершеневич, "момент разъединенности по времени изъявления воли. Если стороны поставили себя в невозможность обмениваться волеизъявлениями непосредственно одна после другой, то договор между отсутствующими контрагентами налицо, как бы ни были близки они друг от друга"¹. Имеющий место разрыв во времени между волеизъявлениями сторон порождает ряд вопросов, в частности: может ли быть отозвано предложение сделавшей его стороной; как оценить принципиальное согласие другой стороны заключить договор, но на несколько отличающихся условиях; с какого момента считать договор заключенным - с момента направления уведомления о принятии предложения либо по получении такого уведомления стороной, сделавшей предложение; может ли служить доказательством заключения договора ответ о согласии с предложением, полученный (направленный) за пределами срока, указанного в самом предложении, и др.

1 Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). С 193.

2. Порядок и стадии заключения договора

Порядок заключения договора состоит в том, что одна из сторон направляет другой свое предложение о заключении договора (оферту), а другая сторона, получив оферту, принимает предложение заключить договор (п. 2 ст. 432 ГК).

Соответственно можно выделить следующие стадии заключения договора:

- 1) преддоговорные контакты сторон (переговоры);
- 2) оферта;
- 3) рассмотрение оферты;
- 4) акцепт оферты.

При этом две стадии: оферта и акцепт оферты - являются обязательными для всех случаев заключения договора. Стадия преддоговорных контактов сторон (переговоров) носит факультативный характер и используется по усмотрению сторон, вступающих в договорные отношения. Что касается стадии рассмотрения оферты ее адресатом, то она имеет правовое значение только в тех случаях, когда законодательство применительно к отдельным видам договоров устанавливает срок и порядок рассмотрения оферты (проекта договора). Например, порядок и срок рассмотрения оферты предусмотрен законодательством в отношении тех договоров, заключение которых является обязательным для одной из сторон (ст. 445 ГК).

3. Оферта

Под офертой понимается предложение заключить договор (ст. 435 ГК)

Такое предложение должно отвечать следующим обязательным требованиям:

1. во-первых, быть адресованным конкретному лицу (лицам);
2. во-вторых, быть достаточно определенным;
3. в-третьих, выражать намерение сделавшего его лица заключить договор с адресатом, которым будет принято предложение;
4. в-четвертых, содержать указание на существенные условия, на которых предлагается

заклучить договор.

По форме оферты может быть самой различной: письмо, телеграмма, факс и т. д. Офертой может служить и разработанный стороной, предлагающей заключить договор, проект такого договора.

Направление оферты связывает лицо, ее пославшее. Связанность фактом направления оферты означает, что лицо, сделавшее предложение заключить договор, в случае безоговорочного акцепта этого предложения его адресатом автоматически становится стороной в договорном обязательстве. Такое особое состояние связанности своим собственным предложением наступает для лица, направившего оферту, с момента ее получения адресатом. С этого момента указанное лицо должно соизмерять свои действия с возможными юридическими последствиями, которые могут быть вызваны акцептом оферты.

Например, лицо, направившее определенному адресату предложение о заключении договора купли-продажи имеющегося у него товара, не лишено возможности направить такое же предложение и другим потенциальным покупателям. Но в результате в случае акцепта оферты сразу несколькими покупателями может возникнуть ситуация, когда один и тот же товар явится предметом различных договоров купли-продажи. Причем покупатели по всем таким договорам приобретут право требовать от продавца передачи товара, а в случае неисполнения этой обязанности - и возмещения причиненных убытков (ст. 398 ГК).

Оферта может считаться неполученной лишь в том случае, если ее опередит или будет получено одновременно с ней извещение об ее отзыве.

Оферте (направленной и полученной адресатом) присуще еще одно важное свойство - безотзывность.

Принцип безотзывности оферты, т. е. невозможности для лица отзывать свое предложение о заключении договора в период с момента получения его адресатом и до истечения установленного срока для ее акцепта, сформулирован в виде презумпции (ст. 436 ГК). Право лица, направившего оферту, отозвать ее (отказаться от предложения) может быть предусмотрено самой офертой. Возможность отказа от сделанного предложения может также вытекать из существа самого предложения или из обстановки, в которой оно было сделано.

Несколько иной подход к проблеме отзывности (безотзывности) оферты отмечается в практике заключения международных коммерческих договоров. При наличии прямо противоположных позиций англо-американского общего права, согласно которому оферта является отзывной, и континентальных правовых систем (безотзывность оферты) принципы международных коммерческих договоров закрепили компромиссную позицию. Суть этой позиции выражена в общем правиле о том, что, пока договор не заключен, оферта может быть отозвана, если сообщение об отзыве будет получено адресатом оферты до отправления им акцепта. Одновременно установлены два исключения, когда оферта является безотзывной. Оферта не может быть отозвана:

1. во-первых, если в ней путем установления определенного срока для акцепта или иным образом указывается, что она является безотзывной;
2. во-вторых, если для адресата оферты было разумным рассматривать оферту как безотзывную и он действовал, полагаясь на оферту (ст. 2.4 Принципов).

Вместе с тем далеко не всякое предложение вступить в договорные отношения может быть признано офертой. В некоторых случаях такого рода предложения могут считаться лишь приглашением делать оферту. Так, реклама и иные подобные предложения товаров, работ и услуг не являются офертой. Реклама адресована неопределенному кругу лиц и, как правило, не бывает достаточно определенной для заключения договора. Цель рекламы - показать свойства товаров, выгодно отличающие их от аналогичных. Однако она не преследует цели сообщения потенциальному контрагенту существенных условий будущего договора. Поэтому реклама и подобные предложения товаров, работ и услуг квалифицируются лишь как приглашение лицам, ознакомившимся с информацией, содержащейся в рекламе, самим обратиться к рекламодателю с просьбой о продаже товара, выполнении работ, оказании услуг и с предложением о заключении соответствующего договора (приглашение делать

оферты).

Публичной офертой признается такое предложение неопределенному кругу лиц, которое включает все существенные условия будущего договора, а главное - в котором явно выражена воля лица, делающего предложение, заключить договор с каждым, кто к нему обратится.

В практической деятельности многих коммерческих организаций, предложения которых могут расцениваться как публичная оферта, лицам, обращающимся к ним, нередко предлагается также совершить определенные конклюдентные действия. Например, издательство, предлагая свои книги широкому кругу читателей, сообщает также свои платежные реквизиты и выдвигает в качестве условия получения соответствующих книг предоставление копии платежного поручения, свидетельствующего о перечислении платы за книги в пределах установленных издательством цен. В сфере розничной купли-продажи публичной офертой признается предложение товара в его рекламе, каталогах и описаниях товаров, обращенных к неопределенному кругу лиц, если оно содержит все существенные условия договора розничной купли-продажи.

Юридические последствия признания предложения публичной офертой заключаются в том, что лицо, совершившее необходимые действия в целях акцепта оферты (например, приславшее заявку на соответствующие товары), вправе требовать от лица, сделавшего такое предложение, исполнения договорных обязательств.

В оферте выражена воля лишь одной стороны, а договор, как известно, заключается по волеизъявлению обеих сторон. Поэтому решающее значение в оформлении договорных отношений имеет ответ лица, получившего оферту, о согласии заключить договор.

4. Акцепт

Акцепт, т. е. ответ лица, которому была направлена оферта, о принятии ее условий, должен быть полным и безоговорочным (ст. 438 ГК).

Акцепт может быть выражен не только в форме письменного ответа (включая сообщение по факсу, с помощью телеграфа и других средств связи). В случае, если предложение заключить договор было выражено в форме публичной оферты, к примеру путем помещения товара на прилавке или в витрине магазина либо в торговый автомат, акцептом могут быть фактические действия покупателя по оплате товара. В определенных ситуациях акцептом могут быть признаны и другие действия контрагента по договору (заполнение карты гостя и получение квитанции в гостинице, приобретение билета в трамвае и т. п.).

В качестве акцепта в соответствующих случаях признается и совершение действий по выполнению условий договора, указанных в оферте (конклюдентные действия). Для этого требуется, чтобы такие действия были совершены в срок, установленный для акцепта. Данное правило носит диспозитивный характер, но имеет важное значение для правового регулирования имущественного оборота.

Ранее действовавшим законодательством акцепт путем совершения действий по выполнению предусмотренных офертой условий договора не допускался (ср. ст. 58 Основ гражданского законодательства 1991 г.) Это нередко ставило в тяжелое положение добросовестных участников имущественного оборота. Например, встречались ситуации, когда предприятие-поставщик, получив телеграмму предприятия-покупателя с просьбой поставить определенное количество товаров и с гарантией их оплаты в кратчайший срок, производило отгрузку соответствующих товаров, однако денежные средства покупателем не перечислялись. Если такой поставщик обращался с иском в суд (арбитражный суд), он был вправе претендовать только на сумму, составляющую стоимость отгруженного товара. В то же время суд отказывал ему во взыскании с покупателя пени за просрочку платежа и убытков, вызванных несвоевременной оплатой товаров, поскольку отношения сторон квалифицировались судом как бездоговорные. Названные же требования могли быть предъявлены к контрагенту лишь за невыполнение договорных обязательств. В итоге принималось безупречное с позиции законности, но ущербное с точки зрения

справедливости решение суда

Теперь закон рассматривает действия стороны, получившей оферту, по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, выполнение работ, предоставление услуг и т. п.) в качестве акцепта оферты. Таким образом, в приведенном примере отношения сторон будут признаны договорными, а действия покупателя, задержавшего оплату товаров, - нарушением договорных обязательств со всеми вытекающими из этого правовыми последствиями

В арбитражно-судебной практике возник вопрос, можно ли считать акцептом проекта договора, предусматривающего в течение срока его действия неоднократную отгрузку товаров (выполнение работ, оказание услуг), случай, когда лицо, получившее такой проект договора, исполнило обязанности, предусмотренные только на первый период его действия. В связи с этим Пленумы Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации разъяснили, что для признания соответствующих действий адресата оферты акцептом не требуется выполнения условий оферты в полном объеме. В этих целях достаточно, чтобы лицо, получившее проект договора, приступило к его исполнению на условиях, указанных в проекте договора и в условленный для его акцепта срок (п. 58 постановления от 1 июля 1996 г. № 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации").

Молчание не признается акцептом Это правило также сформулировано в форме презумпции иное допускается, если возможность акцепта оферты путем молчания вытекает из закона, обы-гчая делового оборота или из прежних деловых отношений сторон.

К примеру, если арендатор продолжает пользоваться арендованным имуществом после истечения срока договора аренды при отсутствии возражения со стороны арендодателя, договор считается возобновленным на тех же условиях на неопределенный срок (ст. 621 ГК). В данном случае и оферта, и акцепт по возобновленному договору совершаются в форме молчания.

Получение акцепта лицом, направившим оферту, является свидетельством того, что договор заключен. В связи с этим отзыв акцепта после его получения адресатом является, по сути, односторонним отказом от исполнения договорных обязательств, что по общему правилу не допускается (ст. 310 ГК). Поэтому отзыв акцепта возможен лишь до того момента, когда договор будет считаться заключенным. В случаях, когда извещение об отзыве акцепта опережает сам акцепт (т. е. акцепт еще не получен лицом, направившим оферту) либо поступает одновременно с ним, акцепт признается неполученным (ст. 439 ГК).

Большое значение в практике заключения договоров имеет срок для акцепта, поскольку именно своевременный акцепт может признаваться свидетельством заключения договора. Правила о сроке для акцепта сформулированы в ГК применительно к двум различным ситуациям, когда срок для акцепта указан в самой оферте и когда оферта не содержит срока для ее акцепта.

Если срок для акцепта определен в оферте, обязательным условием, при котором договор будет считаться заключенным, является получение лицом, направившим оферту, извещения о ее акцепте в срок, установленный офертой (ст. 440 ГК).

Необходимо обратить внимание на то, что правовое значение придается не дате направления извещения об акцепте, а дате получения этого извещения адресатом.

Поэтому лицо, получившее оферту и желающее заключить договор, должно позаботиться о том, чтобы извещение об акцепте было направлено заблаговременно с таким расчетом, чтобы оно поступило адресату в пределах срока, указанного в оферте. Заключение договора на основании оферты, не определяющей срок для акцепта, производится с учетом того, что срок для него, помимо самой оферты, может быть установлен в законе или ином правовом акте. В этом случае договор будет считаться заключенным при условии, что ответ получен лицом, направившим оферту, в пределах указанного срока (ст. 441 ГК). Если же срок для акцепта не определен ни самой офертой, ни законом или иным правовым актом, то обязательным условием, при котором договор будет считаться заключенным, является получение извещения об акцепте его оферты в течение нормально необходимого для этого времени

Продолжительность "нормально необходимого времени" определяется судом, исходя из конкретных обстоятельств каждого спора.

Немедленное заявление об акцепте как условие, обязательное для признания договора заключенным, требуется лишь в ситуации, когда оферта, не содержащая срок для ее акцепта, сделана в устной форме. Речь идет только о тех договорах, в отношении которых допускается устная форма (ст. 159 ГК).

Акцепт, полученный с опозданием, по общему правилу не влечет за собой заключения договора. Договор может считаться заключенным лишь при условии получения лицом, направившим оферту, извещения о ее акцепте в срок, предусмотренный офертой, законом или иным правовым актом, а если такой срок не предусмотрен - в нормально необходимое время.

Данное положение в определенных случаях могло привести к негативным последствиям в отношении лица, получившего оферту и своевременно направившего извещение о ее акцепте, которое, однако, по вине органов связи доставлено адресату несвоевременно. Поэтому в соответствии со ст. 442 ГК своевременно направленное извещение об акцепте, которое получено адресатом с опозданием, в порядке исключения не считается опоздавшим, а, следовательно, получение такого акцепта с опозданием не является препятствием для признания договора заключенным, кроме случаев, когда сторона, получившая извещение об акцепте оферты с опозданием, немедленно уведомит об этом сторону, направившую указанное извещение об акцепте. Извещение об акцепте, полученное с опозданием, может быть признано надлежащим акцептом, свидетельствующим о заключении договора, даже в тех случаях, когда не будет представлено доказательств, подтверждающих своевременность его направления. Однако для этого требуется, чтобы лицо, получившее извещение об акцепте оферты с опозданием, немедленно сообщило другой стороне о принятии ее акцепта. При отсутствии такого сообщения опоздавший акцепт не порождает правовых последствий, а договор не может быть признан заключенным.

Для того чтобы договор был признан заключенным, необходим полный и безоговорочный акцепт, т. е. согласие лица, получившего оферту, на заключение договора на предложенных в оферте условиях. Акцепт на иных условиях, т. е. ответ о согласии заключить договор, но на условиях (всех или части), отличающихся от тех, которые содержались в оферте, не является ни полным, ни безоговорочным, а поэтому не может быть признан надлежащим акцептом, получение которого оферентом свидетельствует о заключении договора (ст. 443 ГК).

Для предпринимательских отношений наиболее типична ситуация, когда сторона, получившая проект договора (оферту), составляет протокол разногласий по одному или нескольким условиям договора и возвращает подписанный экземпляр договора вместе с протоколом разногласий. В этом случае договор не считается заключенным до урегулирования сторонами разногласий. В то же время ответ о согласии заключить договор на иных условиях рассматривается в качестве новой оферты. Это означает, что лицо, направившее такой ответ, признается им связанным на весь период, пока в соответствии с законом или иными правовыми актами должна осуществляться процедура урегулирования разногласий.

Определенные обязанности в связи с получением акцепта на иных условиях иногда могут возлагаться и на лицо, направлявшее Оферту. Согласно ст. 507 ГК в случае, когда при заключении договора поставки между сторонами возникли разногласия по отдельным условиям договора, сторона, предложившая заключить договор и получившая от другой стороны предложение о согласовании этих условий, должна в течение 30 дней со дня получения этого предложения (если иной срок не установлен законом или не согласован сторонами) принять меры по согласованию соответствующих условий договора либо письменно уведомить другую сторону об отказе от его заключения. Невыполнение этой обязанности влечет возмещение убытков, причиненных уклонением от согласования разногласий, возникших при заключении договора.

5. Заключение договора в обязательном порядке

Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена ГК, законом или добровольно принятым обязательством. Имеется немало случаев, когда заключение договора является обязательным для одной из сторон. В частности, это имеет место в случаях заключения основного договора в срок, установленный предварительным договором (ст. 429 ГК); заключения публичного договора (ст. 426 ГК); заключения договора с лицом, выигравшим торги (ст. 447 ГК) Обязательным для банка является заключение договора банковского счета с клиентами (п. 2 ст. 846 ГК), для фондов государственного и муниципального имущества обязательным является заключение договора купли-продажи приватизированного имущества с юридическим или физическим лицом, признанным победителем соответствующего конкурса или аукциона (ст. 21 Закона о приватизации); для коммерческих организаций, обладающих монополией на производство отдельных видов продукции, обязательным является заключение государственного контракта на поставку продукции для федеральных государственных нужд, если размещение заказа не влечет за собой убытков от производства соответствующей продукции (п. 2 ст. 5 Закона РФ "О поставках продукции для федеральных государственных нужд") и т. д.

Общие положения о порядке и сроках заключения договоров, обязательных для одной из сторон (ст. 445 ГК), применяются в случаях, когда законом, иными правовыми актами или соглашением сторон не предусмотрены другие правила и сроки заключения таких договоров. Они охватывают две различные ситуации:

1. обязанная сторона выступает в роли лица, получившего предложение заключить договор;
2. обязанная сторона сама направляет контрагенту предложение о заключении договора.

В обоих случаях действует общее правило, согласно которому правом на обращение с иском в суд о разногласиях по отдельным условиям договора, а также о понуждении к его заключению наделяется то лицо, которое вступает в договорные отношения со стороной, в отношении которой установлена обязанность заключить договор.

Получив оферту (проект договора), сторона, для которой заключение договора является обязательным, должна в 30-дневный срок рассмотреть предложенные условия договора. Рассмотрение условий договора и подготовка ответа на предложение заключить договор являются обязанностью, а не правом стороны, получившей оферту, как это происходит при заключении договора в обычном порядке.

По результатам рассмотрения предложенных условий договора возможны три варианта ответа:

1. во-первых, полный и безоговорочный акцепт (подписание договора без протокола разногласий). В этом случае договор будет считаться заключенным с момента получения лицом, предложившим заключить его, извещения об акцепте;
2. во-вторых, извещение об акцепте на иных условиях (направление стороне, предложившей заключить договор, подписанного экземпляра договора вместе с протоколом разногласий). В отличие от общего порядка заключения договора, когда акцепт на иных условиях рассматривается в качестве новой оферты, получение извещения об акцепте на иных условиях от стороны, обязанной заключить договор, дает право лицу, направившему оферту, передать разногласия, возникшие при заключении договора, на рассмотрение суда в течение 30 дней со дня получения извещения об акцепте оферты на иных условиях;
3. в-третьих, извещение об отказе от заключения договора. Оно имеет практический смысл при наличии обстоятельств, которые рассматриваются законодательством в качестве обоснованных причин, являющихся основанием к отказу от заключения договора. Например, если речь идет о публичном договоре, в качестве таких обстоятельств будут расцениваться доказательства отсутствия возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги или выполнить для него определенную работу (п. 3 ст. 426 ГК).

Во всяком случае, своевременное извещение лица, направившего оферту, об отказе заключить договор может избавить обязанную его заключить сторону от возмещения убытков, вызванных необоснованным уклонением от заключения договора.

Если оферта исходит от стороны, обязанной заключить договор, и на ее предложение имеется ответ другой стороны в виде протокола разногласий к условиям договора, направленный в течение 30 дней, сторона, отправившая проект договора (обязанная заключить договор), должна рассмотреть возникшие разногласия в 30-дневный срок. По результатам рассмотрения возможны два варианта действий в отношении стороны, заявившей о своих разногласиях к предложенным условиям договора:

1. во-первых, принятие договора в редакции, зафиксированной в протоколе разногласий другой стороны. В этом случае договор будет считаться заключенным с момента получения этой стороной извещения о принятии соответствующих условий договора в ее редакции;
2. во-вторых, сообщение стороне, заявившей о разногласиях к условиям договора, об отклонении (полностью или частично) протокола разногласий. Получение извещения об отклонении протокола разногласий либо отсутствие ответа о результатах его рассмотрения по истечении 30-дневного срока дают право стороне, заявившей о разногласиях по отношению к предложенным условиям договора, обратиться в суд с требованием о рассмотрении разногласий, возникших при заключении договора. Уклонение от заключения договора может повлечь для стороны, в отношении которой установлена обязанность заключить договор, два вида юридических последствий: решение суда о понуждении к заключению договора, которое может быть принято по заявлению другой стороны, направившей оферту; обязанность возместить другой стороне убытки, причиненные уклонением от заключения договора.

Нарушение сроков на рассмотрение оферты другой стороны или, соответственно, протокола разногласий стороной, обязанной заключить договор, может повлечь для нее негативные последствия даже в том случае, если судом не будет признан факт необоснованного уклонения от заключения договора. На эту сторону могут быть отнесены расходы по государственной пошлине, поскольку дело в суде возникло вследствие ее неправильных действий.

6. Заключение договора на торгах

Существенными особенностями отличается такой способ оформления договорных отношений, как заключение договора на торгах (ст. 447-449 ГК). Путем проведения торгов может быть заключен любой договор, если только это не противоречит его существу. Например, невозможно представить заключение подобным способом издательского договора с автором определенного произведения, договора дарения либо договора о совместной деятельности. В то же время не существует препятствий для продажи в порядке проведения торгов какого-либо имущества, включая недвижимость, ценные бумаги, имущественные права (скажем, права аренды помещения) и т. п. К их числу, в частности, относятся:

1. продажа государственного или муниципального имущества на аукционе, в том числе продажа на специализированном аукционе акций созданных в процессе приватизации открытых акционерных обществ;
2. продажа государственного или муниципального имущества на коммерческом конкурсе с инвестиционными и (или) социальными условиями;
3. отчуждение находящихся в государственной или муниципальной собственности акций созданных в процессе приватизации открытых акционерных обществ владельцам государственных или муниципальных ценных бумаг, удостоверяющих право приобретения таких акций (ст. 16 Закона о приватизации).

При продаже вещей или имущественных прав на открытых торгах договор должен быть заключен с лицом, выигравшим торги. Заключение такого договора - обязанность продавца, поэтому в случае необоснованного уклонения от заключения договора победитель торгов вправе потребовать понуждения продавца к его заключению, а также возмещения убытков, вызванных уклонением от заключения договора.

В определенных случаях, предусмотренных законом, договоры о продаже имущества, в том числе имущественных прав, могут заключаться только путем проведения торгов. В частности, среди способов приватизации государственного и муниципального имущества имеются такие, которые могут быть реализованы исключительно путем

проведения открытых торгов.

При обращении взыскания на заложенное имущество предмет залога реализуется путем проведения торгов (ст. 350 ГК).

Собственник вещи или обладатель имущественного права, решивший заключить договор об их отчуждении на торгах, может сам организовать торги либо обратиться к услугам специализированной организации, которая выступит в качестве организатора торгов. При этом специализированная организация должна действовать на основе договора с собственником (обладателем права) и в зависимости от условий такого договора выступает от имени собственника или от своего имени.

Форма торгов избирается собственником реализуемой вещи (обладателем права), если иное не будет установлено законом. Однако его выбор ограничен лишь двумя возможностями: торги могут быть проведены в форме либо конкурса, либо аукциона. Разница между ними заключается в том, что на аукционе выигравшим признается лицо, предложившее наиболее высокую цену, а по конкурсу - лицо, которое, по заключению конкурсной комиссии, предложит лучшие условия. В свою очередь, и аукцион, и конкурс могут быть открытыми или закрытыми. В первом случае участником аукциона или конкурса, а следовательно, и его победителем может быть любое лицо; во втором - только лица, специально приглашенные для участия в конкурсе (аукционе).

На организатора торгов возлагаются определенные обязанности как по подготовке торгов, так и по их проведению. Прежде всего он обязан обеспечить доведение до предполагаемых участников извещения об их проведении не менее чем за 30 дней до этого. Извещение должно содержать сведения о времени, месте и форме торгов, их предмете и порядке проведения, в том числе об оформлении участия в торгах, определении лица, выигравшего торги, а также сведения о начальной цене продаваемого объекта. Впоследствии организатор торгов, давший извещение, может отказаться от их проведения в срок не позднее чем за три дня до наступления объявленной даты проведения торгов в форме аукциона и не позднее чем за 30 дней до проведения конкурса. Если при этом предполагалось провести закрытые торги, их организатору придется возместить участникам понесенные ими убытки (реальный ущерб). Что же касается открытых торгов, то обязанность возместить их участникам понесенные убытки возникает у организатора торгов только в случае нарушения установленных сроков отказа от их проведения.

Определенные обязательные условия должны соблюдаться также участниками торгов - они обязаны внести задаток. Размер, сроки и порядок внесения задатка определяются извещением о проведении торгов. Судьба задатка, внесенного участниками торгов, определяется специальными правилами, суть которых состоит в том, что тем лицам, которые приняли участие в торгах, но не стали их победителями, задаток должен быть возвращен. Задаток также подлежит возврату всем участникам, если торги не состоялись. Иначе решается судьба задатка, внесенного лицом - будущим победителем торгов: соответствующая денежная сумма засчитывается в счет исполнения его обязательств по оплате приобретенной вещи или имущественного права.

Результаты торгов удостоверяются протоколом, который подписывается организатором торгов и их победителем и имеет силу договора. Если же какая-либо из названных сторон будет уклоняться от подписания договора, возникают определенные неблагоприятные последствия: победитель торгов утрачивает внесенный им задаток, а на организатора торгов возлагается обязанность вернуть лицу, выигравшему торги, внесенный им задаток в двойном размере, а также возместить ему убытки в части, превышающей сумму задатка.

В случаях, когда предметом торгов является право на заключение договора (например, договора аренды помещения), соответствующий договор должен быть подписан сторонами не позднее 20 дней после завершения торгов и оформления протокола, если иной срок не был указан в извещении о проведении торгов. Уклонение одной из сторон от оформления договорных отношений дает право другой стороне обратиться в суд с требованиями как о понуждении к заключению договора, так и о возмещении убытков, вызванных уклонением от его заключения.

Торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть

признаны судом недействительными, что влечет за собой недействительность договора, заключенного по их результатам.

Аукцион или конкурс, в которых принял участие только один участник, признаются несостоявшимися.

7. Урегулирование разногласий, возникающих при заключении договора

Разногласия, возникающие при заключении договора, могут быть переданы на рассмотрение суда в двух случаях, если имеется соглашение сторон о передаче возникшего или могущего возникнуть спора на разрешение арбитражного суда либо такая передача предусмотрена законодательством (ст. 446 ГК).

Соглашение сторон о передаче разногласий, возникших при заключении договора, на разрешение суда может быть достигнуто путем обмена письмами, телеграммами. Возможен и такой вариант, когда условие о передаче разногласий на разрешение суда включается одной из сторон в проект договора, а вторая сторона в протоколе разногласий не высказывает замечаний по соответствующему условию проекта договора. Не исключена возможность принятия судом к своему производству споров, подлежащих передаче в суд по соглашению сторон, даже если отсутствует письменное соглашение, однако контрагентом стороны, обратившейся в суд, совершен ряд действий, свидетельствующих о том, что он не возражает против рассмотрения конкретного спора в суде.

Законодательством предусматривается рассмотрение преддоговорных споров судом в двух случаях.

Во-первых, когда непосредственно в законе или ином правовом акте предусмотрена процедура урегулирования разногласий по договору, включающая и передачу этих разногласий на рассмотрение суда. Такие нормы содержатся, например, в транспортных уставах и кодексах и изданных в соответствии с ними правилах перевозки грузов (договоры на эксплуатацию подъездных путей, на подачу и уборку вагонов и др.).

Во-вторых, когда в соответствии с законом заключение отдельных видов договоров обязательно для одной из сторон.

Правилам ст. 446 ГК о судебном рассмотрении разногласий сторон, возникших при заключении договора, корреспондирует положение о том, что гражданские права и обязанности могут возникнуть из судебного решения, установившего их (пп. 3 ч. 2 п. 1 ст. 8 ГК).

8. Форма договора

Договоры как дву- и многосторонние сделки совершаются устно или в письменной форме (простой или нотариальной).

Требования, предъявляемые к форме договора, аналогичны тем, которые приняты в отношении сделок. Исключение составляют случаи, когда непосредственно в законе установлена определенная форма для конкретного вида договоров.

Поэтому, если иное не установлено соглашением сторон, в устной форме могут совершаться договоры, исполняемые при самом их совершении, за исключением сделок, для которых установлена нотариальная форма, и договоров, несоблюдение простой письменной формы которых влечет их недействительность (п. 2 ст. 159 ГК). Договоры, заключаемые между юридическими лицами, а также между ними, с одной стороны, и гражданами - с другой, должны совершаться в простой письменной форме (п. 1 ст. 161 ГК), а в случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон, договоры должны быть нотариально удостоверены (п. 2 ст. 163 ГК).

Форма договора может быть определена по соглашению сторон. Причем в этом случае стороны не связаны тем обстоятельством, что законом не требуется соответствующая форма для заключения договора. Если сторонами достигнуто соглашение об определенной форме договора, этот договор будет считаться заключенным лишь после совершения на тексте договора удостоверительной надписи нотариусом или другим должностным лицом, имеющим право совершать такое нотариальное действие.

Правила о способах заключения договора в простой письменной форме несколько отличаются от тех, которые предусмотрены в отношении сделок, совершаемых в письменной форме. Такие сделки должны быть совершены путем составления документа, выражающего содержание сделки и подписанного лицами, совершающими сделку, или уполномоченными ими лицами (п. 1 ст. 160 ГК). Для заключения договора в письменной форме помимо составления одного документа, подписываемого сторонами, могут быть использованы и такие способы, как обмен документами с помощью почтовой, телеграфной, телетайпной, электронной или иной связи. Независимо от того, какой вид связи используется, главное, чтобы при этом можно было достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. В связи с этим стороны вправе использовать факсимильное воспроизведение подписи с помощью средств механического или иного копирования, а также электронно-цифровую подпись.

1См.. Гражданское право В2т.Т 1. Учебник/Отв. ред. ЕЛ Суханов. 1998. С. 344- 356.

Однако применительно к отдельным видам договоров ГК делает исключение, предписывая сторонам обязательное заключение договора в форме единого документа, подписываемого ими. Такие требования установлены, к примеру, в отношении формы договоров продажи недвижимости (ст. 550 ГК); продажи предприятия (ст. 560 ГК); доверительного управления недвижимым имуществом (ст. 1017 ГК). Понятие "форма договора" иногда рассматривается как вся совокупность средств и способов изображения, фиксации и передачи договорной информации а сам термин "форма договора" обобщенно характеризует совокупность действий, содержащих сообщение о намерениях сторон вступить в договорные отношения на определенных условиях. Сторонники такой позиции применительно к заключению договора в надлежащей форме различают форму оферты, форму акцепта оферты и формы действий, совершаемых с целью конкретизации содержания договора, внесения в него изменений, фиксации и урегулирования возникших между сторонами разногласий¹. Такой подход охватывает, по существу, все требования, предъявляемые законодательством к порядку заключения договора, включая способы достижения сторонами соглашения по условиям договора и стадии его заключения. В международной коммерческой практике преобладают более либеральные требования к форме договоров. Так, принципы международных коммерческих договоров специально указывают на отсутствие в них каких-либо положений о том, что договор должен быть заключен или подтвержден в письменной форме. Более того, существование договора может быть доказано любым способом, включая свидетельские показания (ст. 1.2). Венская конвенция "О договорах международной купли-продажи товаров" не требует, чтобы договор купли-продажи был заключен или подтвержден в письменной форме или подчинялся иному требованию в отношении формы. Его существование может доказываться любыми средствами, а значит, и свидетельскими показаниями (ст. 11). Аналогичное положение имеется в Венской конвенции относительно формы соглашения сторон об изменении или прекращении договора (п. 1 ст. 29). Устная форма оферты и акцепта допускается ч. II Венской конвенции, посвященной заключению договора.

1 См , например: Хохлов С А. Правовое обеспечение выбора предприятиями надлежащей формы хозяйственных договоров //Правовые средства реализации самостоятельности и инициативы производственных объединений и предприятий. Свердловск, 1986. С. 47-55.

Правда, необходимо отметить, что при ее ратификации Советский Союз вместе с рядом других государств сделал оговорку о неприменении отмеченных положений, если хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие в соответствующих государствах. В настоящее время указанная оговорка считается внесенной от имени Российской Федерации.

9. Момент заключения договора

Момент заключения договора имеет важное значение, поскольку именно с ним законодатель связывает вступление договора в силу, т. е. обязательность для сторон условий заключенного договора.

Исключения составляют лишь случаи, когда соглашением сторон предусмотрено, что условия заключенного ими договора применяются и к их отношениям, возникшим до заключения договора (п. 1 и 2 ст. 425 ГК). Кроме того, с моментом заключения договора связаны и некоторые иные юридические последствия. В частности, именно на момент заключения договора устанавливается правоспособность и дееспособность лиц, заключивших договор; на этот момент определяется соответствие заключенного договора требованиям закона (ст. 422 ГК); в зависимости от момента заключения договора иногда решается вопрос о месте его заключения, что имеет практическое значение во внешнеторговом обороте, так как данное обстоятельство предопределяет применимое право.

В законодательстве различных стран встречаются два варианта определения момента заключения договора:

1. система получения акцепта, которой придерживаются государства континентального права;
2. система отправления акцепта (mail-box theory), применяемая в англо-американском праве, а также в Японии.

В первом случае договор считается заключенным в момент получения лицом, направлявшим оферту, уведомления об ее акцепте. Во втором случае акцепт считается совершенным и, следовательно, договор - заключенным в момент отправления акцепта¹.

В международном торговом обороте, как общее правило, применяется первая система. Принципы международных коммерческих договоров устанавливают, что акцепт оферты вступает в силу, когда указанное согласие получено оферентом.

1 См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. 2-е издание, переработанное и дополненное. М., 1984. С. 264-265; Халфина Р.О., Цивилизованный рынок: правила игры. М., 1993. С. 86-87

Исключения составляют лишь случаи, когда в силу оферты или в результате практики, которую стороны установили в своих взаимоотношениях, или обычая делового оборота адресат оферты может, не извещая оферента, выразить согласие с офертой путем совершения какого-то действия. При этих условиях акцепт вступает в силу в момент совершения такого действия (п. 2 и 3 ст. 2.6 Принципов). Причина предпочтения принципа "получения" акцепта (а не его "отправки") заключается в том, что риск передачи уведомления об акцепте лучше возлагать на адресата оферты, поскольку он выбирает способ связи и наилучшим образом может принять меры, обеспечивающие получение такого уведомления по назначению¹.

По российскому законодательству для определения момента заключения договора имеет значение дата получения стороной, направившей оферту, ее акцепта. Однако имеются два исключения из этого общего правила.

Во-первых, это случаи, когда стороны оформляют свои отношения реальным договором, т. е. когда для заключения договора требуется не только направление оферты и получение акцепта, но и передача имущества. В подобных ситуациях моментом заключения договора признается момент передачи имущества. При этом следует учитывать, что передачей имущества является не только его вручение соответствующему лицу, но также и сдача транспортной организации либо организации связи для доставки адресату, а также передача коносамента или иного товарораспорядительного документа (ст. 224 ГК).

Во-вторых, это случаи, когда заключается договор, требующий государственной регистрации, к примеру, если предметом договора является земля или иное недвижимое имущество (ст. 164 ГК). Такой договор считается заключенным с момента его государственной регистрации, если иное не установлено законом. Однако, если одна из сторон уклоняется от государственной регистрации договора, суд вправе по

требованию другой стороны вынести решение о регистрации (п. 3 ст. 165 ГК). В подобных ситуациях момент заключения договора также должен определяться в соответствии с решением суда. Иногда, впрочем, договор, по которому требуется государственная регистрация, вступает в силу ранее момента такой регистрации. Так, договор продажи недвижимости (за исключением продажи жилых помещений и предприятий) для его сторон (продавца и покупателя) вступает в силу с момента его подписания (хотя исполнение договора продажи недвижимости его сторонами до государственной регистрации перехода прав собственности не является основанием для изменения их отношений с третьими лицами).

1 См Принципы международных коммерческих договоров С. 41.

В тех случаях, когда акцепт выражается в форме совершения лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата денежной суммы), договор считается заключенным в момент совершения адресатом оферты соответствующих действий.

Применительно к отдельным видам договоров законодательством предусмотрены специальные правила относительно момента их заключения и вступления в силу. Например, договор розничной купли-продажи товаров считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара, а такой же договор с использованием автоматов - с момента совершения покупателем действий, необходимых для получения товара (ст. 493 и 498 ГК); в случае, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления, договор считается заключенным с момента первого фактического подключения абонента в установленном порядке к присоединенной сети (п. 1 ст. 540 ГК); договор страхования, если в нем не предусмотрено иное, вступает в силу в момент уплаты страховой премии или первого ее взноса (п. 1 ст. 957 ГК).

§ 5. Расторжение и изменение договора

1. Способы расторжения и изменения договора

Основаниями для расторжения (изменения) договора служат соглашение сторон, существенное нарушение договора либо иные обстоятельства, предусмотренные законом или договором. Расторгнуть или изменить можно только такой договор, который признается действительным и заключенным.

Основным способом расторжения (изменения) договора является его расторжение или изменение по соглашению сторон (ст. 450 ГК). Однако законом или договором эта возможность может быть ограничена. К примеру, если речь идет о договоре в пользу третьего лица, действует специальное правило: с момента выражения третьим лицом должнику намерения воспользоваться своим правом по договору стороны не могут расторгать или изменять заключенный ими договор без согласия третьего лица, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором (п. 2 ст. 430 ГК). При расторжении (изменении) договора по соглашению сторон основания такого соглашения имеют правовое значение лишь для определения последствий расторжения или изменения договора, но не для оценки законности соглашения сторон.

Кроме того, договор может быть расторгнут или изменен судом по требованию одной из сторон. Законодательством предусмотрены два случая, когда изменение или расторжение договора производится по требованию одной из сторон в судебном порядке. Это, во-первых, случаи нарушения условий договора, которые могут быть квалифицированы как существенное нарушение, т. е. нарушение, которое влечет для контрагента такой ущерб, что он в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора. Например, договор найма жилого помещения может быть расторгнут в судебном порядке по требованию наймодателя в

случаях невнесения нанимателем платы за жилое помещение за шесть месяцев, если договором не установлен более длительный срок, а при краткосрочном найме - в случае невнесения платы более двух раз по истечении установленного договором срока платежа либо в случаях разрушения или порчи жилого помещения нанимателем или другими гражданами, за действия которых он отвечает (п. 2 ст. 687 ГК).

Во-вторых, договор может быть изменен или расторгнут в судебном порядке в случаях, прямо предусмотренных ГК, другими законами или договором. К примеру, основанием для изменения или расторжения договоров присоединения по требованию присоединившейся стороны может служить включение в договор условий, хотя и не противоречащих закону, но являющихся явно обременительными для присоединившейся стороны (ст. 428 ГК).

Третий способ расторжения или изменения договора заключается в том, что одна из сторон реализует свое право, предусмотренное законом или договором, на односторонний отказ от договора (от исполнения договора). Односторонний отказ от договора (от исполнения договора) возможен только в тех случаях, когда это прямо допускается законом или соглашением сторон. Например, после истечения срока договора аренды он считается возобновленным на неопределенный срок и каждая из сторон вправе в любое время отказаться от договора, предупредив об этом другую сторону не менее чем за три месяца (ст. 621 ГК); по договору поручения доверитель вправе отменить поручение, а поверенный - отказаться от него во всякое время (п. 1 ст. 977 ГК).

2. Порядок расторжения и изменения договора

Порядок расторжения (изменения) договора зависит от применяемого способа расторжения или изменения договора. При расторжении (изменении) договора по соглашению сторон должен применяться порядок заключения соответствующего договора, а также требования, предъявляемые к форме такого договора, поскольку она должна быть идентичной той, в которой заключался договор (ст. 452 ГК). Правда, законом, иным правовым актом или договором могут быть предусмотрены иные требования к форме соглашения об изменении и расторжении договора. Иное может вытекать и из обычаев делового оборота. Например, договором, содержащим условие о предварительной оплате товаров, может быть предусмотрено, что оплата их в меньшей сумме, чем предусмотрено договором, означает отказ от части товаров, т. е. изменение условия договора о количестве подлежащих передаче товаров. В этом случае несмотря на то, что договор заключался в простой письменной форме, основанием его изменения будет считаться не письменное соглашение сторон, как того требует общее правило, а конклюдентные действия покупателя.

Обязательным условием изменения или расторжения договора в судебном порядке по требованию одной из сторон является соблюдение специальной досудебной процедуры урегулирования спора непосредственно между сторонами договора. Существо процедуры досудебного урегулирования состоит в том, что заинтересованная сторона до обращения в суд должна направить другой стороне свое предложение изменить или расторгнуть договор. Иск в суд может быть предъявлен только при соблюдении одного из двух условий:

1. либо получения отказа другой стороны на предложение об изменении или расторжении договора;
2. либо неполучения ответа на соответствующее предложение в 30-дневный срок, если иной срок не предусмотрен законом, договором или не содержался в предложении изменить или расторгнуть договор.

В случае нарушения установленного досудебного порядка урегулирования такого спора суд будет обязан возратить исковое заявление без рассмотрения.

При расторжении (изменении) договора вследствие одностороннего отказа одной из сторон от договора необходимо обязательное письменное уведомление контрагента. Указанное требование должно признаваться соблюденным в случае доведения соответствующего уведомления до другой стороны договора посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей

установить, что документ исходит от стороны, отказавшейся от договора (от исполнения договора).

3. Последствия расторжения и изменения договора

Последствия расторжения или изменения договора состоят в том, что,

1. во-первых, прекращаются либо изменяются обязательства, возникшие из этого договора;
2. во-вторых, определяется судьба исполненного по договору до момента его расторжения (изменения);
3. в-третьих, решается вопрос об ответственности стороны, допустившей существенное нарушение договора, которое послужило основанием его расторжения или изменения.

В случае расторжения договора обязательства, из него возникшие, прекращаются, если же речь идет об изменении договора, то обязательства сторон сохраняются в измененном виде (п. 1 и 2 ст. 453 ГК), что может означать как их изменение, так и частичное прекращение. Например, в случаях, когда поставщик и покупатель достигают соглашения по вопросу об уменьшении объема поставки, это означает, что изменение договора привело к частичному прекращению обязательств.

Момент, с которого обязательства считаются измененными или прекращенными, зависит от того, как осуществлено изменение или расторжение договора:

- * по соглашению сторон;
- * по решению суда (по требованию одной из сторон);
- * вследствие одностороннего отказа от исполнения договора в случаях, предусмотренных законом или договором.

В первом случае возникшие из договора обязательства считаются измененными или прекращенными с момента заключения соглашения сторон об изменении или расторжении договора. В свою очередь, этот момент должен определяться по правилам, установленным в отношении момента заключения договора (ст. 433 ГК).

Данное положение носит диспозитивный характер: из соглашения сторон или характера изменения договора может вытекать иное (например, в самом соглашении сторон о расторжении договора может быть указана дата, с которой обязательства сторон признаются прекращенными). Стороны могут достичь соглашения об изменении договора поставки в отношении последующих или предыдущих периодов поставки. Очевидно, что в данном случае обязательства не могут считаться измененными с момента заключения подобного соглашения.

В случае, когда изменение или расторжение договора производится по решению суда, действует императивное правило о том, что обязательства считаются измененными или прекращенными с момента вступления решения в законную силу.

Если договор был расторгнут или изменен вследствие отказа одной из сторон от договора (от исполнения договора), обязательства, возникшие из такого договора, считаются прекращенными или измененными с момента получения контрагентом уведомления об отказе от договора (от исполнения договора).

Что касается судьбы исполненного по договору (переданного имущества, выполненной работы, оказанной услуги и т. п.), то стороны лишены права требовать возвращения того, что было ими исполнено до изменения или расторжения договора (п. 4 ст. 453 ГК). Данная норма носит диспозитивный характер - законом или соглашением сторон судьба исполненного по обязательствам может быть решена по-иному. Например, если требование о расторжении договора предъявлено покупателем в связи с передачей ему продавцом товара ненадлежащего качества, покупатель вправе также, возвратив товар продавцу, потребовать от него возврата уплаченной за него суммы (ст. 475 ГК).

Расторжение или изменение договора может сопровождаться предъявлением одной из сторон другой стороне требования о возмещении причиненных этим убытков. Однако удовлетворение судом такого требования возможно лишь в случае, когда основанием для расторжения или изменения договора послужило существенное нарушение этой стороной (ответчиком) условий договора (ст. 450 ГК).

Особый случай представляет собой расторжение или изменение договора в связи с

существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК).

4. Расторжение и изменение договора по соглашению сторон

Соглашение об изменении или о расторжении договора совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное (п 1 ст. 452 ГК).

Соглашение о расторжении (изменении) договора представляет собой дву- или многостороннюю сделку. Поэтому к нему применяются общие правила о совершении сделок (гл. 9 ГК). Как и любой другой договор, оно заключается путем акцепта одной из сторон соответствующего предложения, полученного контрагентом. Лицо, которое внесло предложение о расторжении или изменении договора, не получив от контрагента ответа на свое предложение в течение тридцати дней, вправе потребовать расторжения или изменения договора в судебном порядке.

Соглашение о расторжении договора необходимо отличать от соглашения об отступном. При отступном прекращение обязательства, возникшего из договора, обусловлено передачей кредитору определенного имущества, поэтому момент прекращения обязательства будет определяться не датой подписания соглашения, а моментом фактической передачи имущества в качестве отступного (ст. 409 ГК). Определенные границы имеет соглашение об изменении договора. В этом случае допустимо изменение лишь конкретных условий договора, но не вида (типа) договорного обязательства. Например, если по договору мены соглашением сторон изменяется предмет, подлежащий передаче взамен имущества, полученного контрагентом, либо способ исполнения этого обязательства (вместо отгрузки железнодорожным транспортом предусматривается самовывоз), то имеет место соглашение об изменении договора. Если же стороны предусматривают обязанность контрагента, получившего имущество, уплатить за него денежную сумму, то тем самым осуществляется переход к иному виду обязательства - купле-продаже, что признается соглашением о новации обязательства, возникшего из договора мены (ст. 414 ГК).

Законом или договором применительно к отдельным видам договоров могут быть предусмотрены как принципиальная невозможность расторжения или изменения договора, так и особые основания, порядок и последствия расторжения или изменения договора. Примером таких норм может служить положение ГК о недопустимости изменений условий договора государственного займа (п. 4 ст. 817). По договору продажи предприятия предусмотренные ГК правила об изменении или расторжении договора купли-продажи, предусматривающие возврат или взыскание в натуре полученного по договору с одной стороны или с обеих сторон, применяются, если такие последствия существенно не нарушают права и охраняемые законом интересы кредиторов продавца и покупателя, других лиц и не противоречат общественным интересам (ст. 566 ГК).

Особый случай изменения договоров по соглашению сторон представляет собой мировое соглашение, заключаемое между должником (арбитражным управляющим) и его кредиторами при несостоятельности (банкротстве) должника. В соответствии с Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)"¹ решение о заключении мирового соглашения от имени конкурсных кредиторов принимается собранием кредиторов большинством их голосов. Мировое соглашение вступает в силу со дня его утверждения арбитражным судом. Оно может содержать условия об отсрочке или о рассрочке исполнения обязательств должника; об уступке прав требования должника; об исполнении обязательств должника третьими лицами; о скидке с долга; об обмене требований на акции; об удовлетворении требований кредиторов иными способами, не противоречащими законодательству. По общему правилу расторжение мирового соглашения, утвержденного арбитражным судом, по соглашению между отдельными кредиторами и должником не допускается.

5. Расторжение и изменение договора по требованию одной из сторон в судебном порядке

Основанием для расторжения или изменения договора по требованию одной из сторон в судебном порядке является существенное нарушение договора другой стороной либо иные основания, прямо предусмотренные законом или договором (п. 2 ст. 450 ГК). Существенный характер нарушения договора состоит не в размере ущерба, причиненного неисполнением или ненадлежащим исполнением договора, а в его соотношении с тем, чего могла ожидать соответствующая сторона договора от исполнения обязательства контрагентом. Поэтому возможно удовлетворение судом требования о расторжении (изменении) договора и в том случае, когда вызванный нарушением договора ущерб незначителен по размеру. Решение суда зависит от того, является ли действительно существенной разница между тем, на что сторона, заключая договор, вправе была рассчитывать, и тем, что фактически ей удалось получить. При определении, является ли допущенное нарушение существенным во внешнеторговом обороте, принимаются во внимание следующие обстоятельства:

1. существенно ли неисполнение договора лишает потерпевшую сторону того, что она имела право ожидать (кроме случаев, когда другая сторона не предвидела и не могла предвидеть такой результат);
2. имеет ли принципиальный характер с точки зрения договора строгое соблюдение неисполненного обязательства;
3. является ли неисполнение умышленным или совершено по грубой небрежности;
4. дает ли неисполнение потерпевшей стороне основание верить, что она не может полагаться на будущее исполнение другой стороны;
5. понесет ли неисполнившая сторона несоизмеримые потери в результате подготовки или осуществления исполнения, если договор будет прекращен (ст. 7.3.1 Принципов международных коммерческих договоров).

1 СЗРФ. 1998. №2. Ст. 222.

Иные случаи, предусмотренные законом или договором, представляют собой конкретные нарушения отдельных видов договоров (в том числе и не обладающие признаками существенного нарушения условий договора), которые признаются основанием для расторжения (изменения) договора по требованию одной из сторон. Например, неисполнение продавцом обязанности по передаче покупателю товара свободным от любых прав третьих лиц дает покупателю право требовать уменьшения цены товара (т. е. изменения условия договора о цене) либо расторжения договора купли-продажи, если не будет доказано, что покупатель знал или должен был знать о правах третьих лиц на этот товар (п. 1 ст. 460 ГК).

Основанием для изменения или расторжения договора могут служить также обстоятельства, не связанные с нарушением договора одной из сторон при условии, что они прямо предусмотрены законом или договором. К примеру, страховщик, уведомленный об обстоятельствах, влекущих увеличение страхового риска, вправе потребовать изменения условий договора страхования или уплаты дополнительной страховой премии соразмерно увеличению риска. Если страхователь возражает против изменения условий договора страхования или доплаты страховой премии, страховщик вправе потребовать расторжения договора в судебном порядке (п. 2 ст. 959 ГК).

Договор может быть расторгнут или изменен судом по требованию одной из сторон при условии соблюдения последней определенного порядка. Суть его заключается в том, что такое требование может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законом или договором, а при его отсутствии - в тридцатидневный срок (п. 2 ст. 452 ГК). В случае согласия с этим предложением договор будет считаться соответственно расторгнутым или измененным по соглашению сторон (с момента получения лицом, направлявшим предложение, письменного сообщения контрагента о его согласии с расторжением или изменением договора)

Применительно к отдельным видам договоров ГК предусматривает дополнительные требования, касающиеся порядка расторжения или изменения соответствующего договора по требованию одной из сторон. Так, право арендодателя требовать досрочного расторжения договора аренды в связи с допущенными арендатором

нарушениями его условий дополнительно обусловлено обязанностью арендодателя направить арендатору письменное предупреждение о необходимости исполнения последним обязательства в разумный срок (ст. 619)

В качестве исключения законом допускается предъявление требования о расторжении (изменении) договора третьими лицами. Например, по иску заинтересованного лица судом может быть отменено дарение, совершенное индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом в нарушение положений Закона о несостоятельности (банкротстве) за счет средств, связанных с его предпринимательской деятельностью, если соответствующая сделка совершена в течение шести месяцев, предшествовавших объявлению несостоятельным (банкротом) дарителя (п. 3 ст. 578 ГК)

Последствия расторжения или изменения договора по требованию одной из сторон связаны с возможностью предъявления самостоятельного требования о возмещении убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением договорных обязательств. Если неисполнение договора обладает признаками существенного нарушения договора, контрагент получает также право требовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора. В отдельных видах договоров сторона, обладающая правом требовать расторжения договора в связи с его нарушением контрагентом, получает право на возмещение убытков, причиненных расторжением договора, независимо от того, является ли нарушение договора существенным или несущественным. Например, арендатор при неполучении в срок арендованного имущества имеет право на возмещение убытков, вызванных расторжением договора (п. 3 ст. 611 ГК)

6. Расторжение и изменение договора вследствие одностороннего отказа от договора. В случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор считается соответственно расторгнутым или измененным (п. 3 ст. 450 ГК)

По общему правилу односторонний отказ от исполнения договора и одностороннее изменение его условий не допускаются. Исключения составляют лишь случаи, предусмотренные законом. Однако, если речь идет о договоре, связанном с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, такие случаи могут быть также предусмотрены соглашением сторон (ст. 310 ГК)

Для реализации права одностороннего отказа от исполнения договора (отказа от договора) либо изменения его условий не требуется обращаться в суд с иском о расторжении или изменении договора. Договор считается расторгнутым или измененным с момента, когда сторона, наделенная правом на односторонний отказ от договора либо изменение его условий, доведет свое решение в надлежащей форме до контрагента по договору.

Все предусмотренные законом случаи одностороннего отказа от договора или одностороннего изменения договора могут быть сгруппированы в зависимости от оснований и условий одностороннего расторжения или изменения договора. Первую группу составляют случаи, когда стороны договора либо одна из них наделяются правом одностороннего отказа от договора по своему усмотрению при условии принятия на себя определенных дополнительных обязательств. Так, при продаже товаров по образцам покупатель до передачи ему товара продавцом вправе отказаться от исполнения договора розничной купли-продажи при условии возмещения продавцу необходимых расходов, понесенных в связи с совершением действий по выполнению договора (п. 3 ст. 497 ГК). По договору возмездного оказания услуг заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов, а исполнитель наделен таким же правом лишь при условии полного возмещения заказчику убытков (ст. 782 ГК). Аналогичные правила предусмотрены для договоров транспортной экспедиции (ст. 806 ГК) и подряда (ст. 717 ГК)

Вторую группу представляют случаи, когда наделение стороны правом на односторонний отказ от договора либо одностороннее изменение его условий является одним из последствий нарушения контрагентом по договору своих обязательств. Тогда реализация этого права не лишает возможности требовать возмещения убытков в

судебном порядке Например, по договору купли-продажи покупатель вправе отказаться от договора при существенном нарушении продавцом требований к качеству товара, невыполнении требований покупателя о доукомплектовании товара в разумный срок, передачи незатаренного товара (п. 2 ст. 475, п. 2 ст. 480, п. 2 ст. 482 ГК), а продавец - при отказе покупателя от оплаты товара (п. 3 ст. 484 ГК). Аналогичные правила предусмотрены для договоров поставки (ст. 525 ГК), перевозки пассажиров (п. 2 ст. 795 ГК), кредитных договоров (ст. 821 ГК).

В третью группу могут быть включены случаи, когда возможность одностороннего отказа от договора либо изменения его условий связывается с наступлением определенных обстоятельств, не зависящих от воли стороны. К примеру, даритель вправе отказаться от исполнения договора, содержащего обещание передать в будущем одаряемому вещь или право либо освободить одаряемого от имущественной обязанности, если после заключения договора имущественное или семейное положение либо состояние здоровья дарителя изменилось настолько, что исполнение договора в новых условиях приведет к существенному снижению уровня его жизни (п. 1 ст. 577 ГК).

Четвертая группа объединяет случаи, когда достаточным основанием одностороннего расторжения (изменения) договора признается одно лишь предположение о возможной неспособности стороны исполнить принятое на себя обязательство. Так, кредитор по кредитному договору наделяется правом отказать заемщику в предоставлении кредита полностью или частично при возникновении обстоятельств, которые с очевидностью свидетельствуют, что предоставленную ему сумму заемщик не сможет возратить (п. 1 ст. 821 ГК). Заказчик вправе отказаться от договора подряда, если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным (п. 2 ст. 715 ГК).

Пятую группу составляют случаи, когда предоставление права на односторонний отказ от договора (отказ от исполнения договора) или на одностороннее изменение его условий диктуется особой природой соответствующих договорных обязательств: sinalлагматических, бессрочных, фидуциарных.

Синаллагматические (двусторонние) договоры (от гр. *synal-lagma* - обмен, меновое соглашение) характеризуются наделением стороны, обязательство которой обусловлено исполнением своих обязательств другой стороной (субъекта встречного исполнения), правом на односторонний отказ от исполнения договора. Этим правом сторона, признаваемая субъектом встречного исполнения обязательства, может воспользоваться в случае непредставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок

(ст. 328 ГК). Например, продавец по договору купли-продажи, предусматривающему предварительную оплату всей партии товаров, вправе в одностороннем порядке отказаться от договора при неполучении от покупателя в предусмотренный договором срок суммы предварительной оплаты.

В договорах, не предусматривающих срок исполнения вытекающих из них обязательств (бессрочные обязательства), право отказаться от договора установлено для отдельных видов. К примеру, по договору аренды, заключенному на неопределенный срок, каждая из сторон вправе в любое время отказаться от договора, предупредив об этом другую сторону за один месяц, а при аренде недвижимости - за три месяца (п. 2 ст. 610 ГК).

В фидуциарных договорах право одностороннего отказа предусмотрено для каждой из сторон. Так, по договору поручения доверитель вправе отменить поручение, а поверенный отказаться от него во всякое время (п. 2 ст. 977).

Шестая группа включает случаи, когда наделение одной из сторон правом одностороннего отказа от договора или одностороннего изменения его условий рассматривается в качестве дополнительного средства защиты слабого участника договорных отношений. Например, договор банковского счета может быть расторгнут по одностороннему заявлению клиента в любое время, банк же наделяется правом требования расторжения договора банковского счета лишь в определенных случаях,

предусмотренных ГК (ст. 859).

Особые основания отказа от договоров предусмотрены законодательством в отношении договоров должника при наличии признаков его несостоятельности (банкротства). Такой отказ может быть заявлен внешним управляющим в трехмесячный срок с момента введения арбитражным судом внешнего управления при наличии одного из следующих обстоятельств:

1. исполнение договора повлечет убытки для должника по сравнению с аналогичными договорами, заключаемыми при сравнимых обстоятельствах;
2. договор считается долгосрочным (заключен на срок более одного года либо рассчитан на получение положительных результатов для должника лишь в долгосрочной перспективе);
3. имеются иные обстоятельства, препятствующие восстановлению платежеспособности должника.

В этом случае должник возмещает соответствующим кредиторам убытки в виде прямого ущерба (ст. 77 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)").

7. Расторжение и изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств

Изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, признается существенным, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях (ст. 451 ГК).

Расторжение (изменение) договора в связи с существенным изменением обстоятельств представляет собой самостоятельный случай прекращения либо изменения договорных обязательств. Здесь существенное значение приобретает цель, которой предопределяется изменение либо прекращение договорного обязательства, а именно: необходимость восстановления баланса интересов сторон договора, существенным образом нарушенного в силу непредвиденного изменения внешних обстоятельств, не зависящих от воли сторон.

При этом конкретные явления, события, факты, которые могут признаваться существенным изменением обстоятельств, применительно к конкретным условиям в состоянии определить лишь суд при рассмотрении соответствующего требования. Однако согласно ст. 451 ГК для того, чтобы какое-либо изменение обстоятельств, связанных с конкретным договором, было отнесено к категории существенных (и тем самым достаточных для изменения или расторжения договора на основании решения суда), требуется наличие одновременно четырех условий.

Во-первых, предполагается, что стороны при заключении договора исходили из того, что такого изменения обстоятельств не произойдет. Решающим фактором в оценке изменения обстоятельств будет ответ на вопрос, могли ли они разумно предвидеть такое изменение в момент заключения договора. К примеру, заключая договор в 1994 г., стороны, действующие разумно, не могли не предвидеть инфляцию. Однако необходимо признать, что при заключении договора они разумно исходили из того, что такое событие, как обвальный курс рубля, имевший место в печально известный "черный вторник" (11 октября 1994 г.), не наступит. Подобным образом могут оцениваться и некоторые иные изменения условий имущественного оборота, например кратковременное многократное увеличение ставки рефинансирования в целях регулирования денежного обращения (с 40 до 150 процентов годовых), как это имело место в 1998 г.

Во-вторых, изменение обстоятельств должно быть вызвано причинами, которые заинтересованная сторона была не в состоянии преодолеть после их возникновения при той степени заботливости и осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру договора и условиям оборота.

В-третьих, исполнение договора при наличии существенно изменившихся обстоятельств без соответствующего изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее соотношение имущественных интересов сторон и повлекло бы для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

В-четвертых, из обычаев делового оборота или существа договора не вытекает, что

риск обстоятельств несет заинтересованная сторона, т. е. сторона, обратившаяся в суд с требованием об изменении или расторжении договора.

Названные четыре условия должны присутствовать одновременно и в совокупности. По своему характеру существенно изменившиеся обстоятельства напоминают непреодолимую силу. Однако имеется значительное отличие: они не влекут за собой невозможность исполнения обязательств, возникших из договора, напротив, возможность его исполнения во всех случаях должна присутствовать, но такое исполнение значительно нарушило бы баланс интересов сторон.

При наличии существенного изменения обстоятельств стороны сначала должны попытаться восстановить баланс своих интересов путем достижения соглашения об изменении условий договора. Лишь при недостижении такого соглашения заинтересованная сторона может обратиться в суд с требованием о расторжении или изменении договора.

При расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельств суд по требованию любой из сторон должен определить последствия расторжения договора, исходя из необходимости справедливого распределения между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением договора. При расторжении договора в обычном порядке стороны, напротив, не вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по обязательству до момента расторжения договора (если иное не установлено законом или их соглашением).

При наличии существенно изменившихся обстоятельств изменение договора по решению суда допускается лишь в исключительных случаях и только тогда, когда его расторжение будет противоречить общественным интересам либо повлечет для сторон ущерб, который значительно превышает затраты, необходимые для исполнения договора на измененных судом условиях (п. 4 ст. 451 ГК).

Дополнительная литература

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997 (гл. III-V, VIII);

Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975 (гл. 2); Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 2 (по исправленному и дополненному 8-му изданию 1902 г.). М., 1997; Новицкий И.Б., Лунц Л.Л. Общее учение об обязательствах. М., 1950; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г.). М., 1998 (гл. XV);

Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 2-е изд. М., 1996; Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)". Постатейный комментарий /Под ред. С.С. Витрянского. М., 1998 (ст. 77- 78,120-130); Халфина Р.О. Современный рынок: правила игры. М., 1993.

1. Раздел VIII. Обязательства по передаче имущества в собственность (в иное вещное право)

Глава 31. Договор купли-продажи

§ 1. Понятие договора купли-продажи

1. Значение и сфера применения купли-продажи

Договор купли-продажи относится к числу важнейших традиционных институтов гражданского права, имеющих многовековую историю развития. Уже в классическом римском праве складывается в качестве консенсуального контракта *emptio-venditio*. Под ним понимался договор, посредством которого одна сторона - продавец (*venditor*) обязуется предоставить другой стороне - покупателю (*emptor*) вещь, товар (*res*), а другая сторона - покупатель обязуется уплатить продавцу за указанную вещь определенную денежную цену (*pretium*). Римскому праву были известны договоры о продаже будущего урожая, в таких случаях применялся договор о продаже вещи будущей или ожидаемой (*rei futurae sivi speratae*), а продажа считалась совершенной

под отлагательным условием. Договор купли-продажи мог иметь своим предметом также бестелесную вещь (*res incorporates*), т. е. имущественное право (право требования, право осуществления узуфрукта и т. п.)¹.

В российском дореволюционном гражданском законодательстве собственно договором купли-продажи (или, как предусматривалось действовавшим законодательством, "продажи и купли") признавались лишь сделки по продаже движимого имущества. Что же касается недвижимого имущества, то его купля-продажа была отнесена законом не к договорам, а к способам приобретения прав на имущество; купчая крепость рассматривалась в качестве акта перенесения права собственности на недвижимость. Российские цивилисты, критикуя законодательство той поры, полагали, что имеется единый двусторонний договор купли-продажи как движимого, так и недвижимого имущества, поскольку основанием приобретения покупателем права собственности на продаваемую вещь во всех случаях является соглашение сторон. Вместе с тем и законодательством, и гражданско-правовой доктриной признавалось, что сфера действия договора купли-продажи ограничивается лишь вещами физическими и не включает имущественные права, поскольку с юридической точки зрения в последнем случае нет покупки или продажи, а есть только передача, уступка прав¹

При подготовке проекта Гражданского Уложения, который, как известно, был внесен на рассмотрение Государственной Думы в 1913 г, нормы о продаже были помещены в разд II ("Обязательства по договорам") кн. V ("Обязательственное право") проекта, поскольку "продажа есть договор двусторонний" и "входит непосредственно в область договорных отношений"² Под договором продажи³ понимался договор, по которому продавец передает или обязуется передать недвижимое имущество в собственность покупателя ("покупщика") за условленную денежную сумму. При этом правила о продаже подлежали применению также к возмездной уступке прав⁴.

Советский период развития гражданского права существенно ограничил сферу применения договора купли-продажи и свел ее к отношениям между гражданами, а также между гражданами и розничными торговыми предприятиями. Отношения, складывающиеся между "социалистическими" организациями в связи с реализацией производимых ими продукции и товаров, регулировались договорами поставки, контрактации, энергоснабжения, которые имели плановую основу и являлись самостоятельными договорами. В юридической литературе того периода данное обстоятельство объяснялось тем, что "при социализме закон стоимости утрачивает всеобщее значение, а потому ограничивается и сфера применения договора купли-продажи, используемого преимущественно для реализации предметов потребления и лишь в сравнительно небольших масштабах для реализации средств производства⁵

Реализация экономических реформ, главный смысл которых заключался в отказе от неэффективной административно-команд-

1 См Мепер ДИ Русское гражданское право В 2 ч Ч 2 (по исправленному и дополненному 8-му изданию 1902 г) С 225-227, Шершеневт ГФ Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г) С 316-317

2 Гражданское Уложение Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения/Под ред ИМ Тютрюмова СПб, ШО С 303-304 ' Термин "купля-продажа" был признан неудачным, как буквальный перевод латинского *emptio-venditio*, не соответствующий духу русского языка

4 См Гражданское Уложение Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения/ Под ред ИМ Тютрюмова С 303 5Июффе О С Указ соч С 206

дои системы управления экономикой, выявила насущную потребность в обновлении законодательства о купле-продаже. В условиях свободного рынка были неприемлемыми пришедшие из "планового" прошлого правила оборота товаров, содержащиеся в Гражданском кодексе РСФСР 1964 г, Положениях о поставках продукции и товаров 1988 г., а также многочисленных положениях, инструкциях и типовых договорах, принятых в свое время Госснабом, Минторгом и другими

ведомствами Союза ССР. В новых условиях наметилась тенденция расширения сферы действия института купли-продажи, который стал охватывать отношения, связанные и с поставками товаров, и с контрактацией сельскохозяйственной продукции, и со снабжением энергетическими и иными ресурсами. Наиболее последовательно такой подход был отражен уже в Основах гражданского законодательства 1991 г. (гл. 9)¹. Сфера применения договора купли-продажи значительно расширилась также за счет того, что правила о нем должны субсидиарно применяться к купле-продаже имущественных прав, результатов интеллектуальной деятельности, фирменных наименований, товарных знаков и знаков обслуживания, если иное не вытекает из содержания или характера соответствующих прав или существа объекта гражданских прав. К продаже ценных бумаг и валютных ценностей положения о купле-продаже применяются, если законом не установлены специальные правила их продажи. Вместе с тем теперь закон не может и не должен регламентировать каждый шаг продавцов и покупателей. Условия продажи по общему правилу могут быть ими определены самостоятельно. И здесь возможны многостраничные тексты договоров, являющиеся результатом тщательного согласования. Ясно, однако, что миллионы продаж совершаются в расчете на обычные для всех правила. Именно таковые предусмотрены в законе на случай, если стороны не посчитают нужным установить для себя иные условия продажи.

Договор купли-продажи является родовым понятием по отношению к некоторым другим договорам (отдельным видам договора купли-продажи), суть которых заключается в том, что одно лицо обязуется передать в собственность другого лица какое-либо имущество, а последнее обязуется принять это имущество и уплатить за него определенную денежную сумму (цену). К числу договоров, признаваемых отдельными видами договора купли-продажи, относятся договоры, розничной купли-продажи, поставки товаров, 'ВВССССР 1991 №26 Ст 733

поставки товаров для государственных нужд, контрактации, энергоснабжения, продажи недвижимости, продажи предприятия.

Выделение названных видов договора купли-продажи служит прежде всего целям наиболее простого и оптимального правового регулирования сходных правоотношений. Отсюда правило, согласно которому к указанным договорам подлежат субсидиарному применению общие положения ГК, регулирующие договор купли-продажи (п. 5 ст. 454 ГК). Регулируя названные договоры в качестве отдельных видов договора купли-продажи, закон мог ограничиться лишь указанием на их квалифицирующие признаки и установлением применительно к этим договорам некоторых подлежащих приоритетному применению специальных правил, учитывающих специфику регулируемых правоотношений. Какой-либо единый критерий для разграничения отдельных видов договора купли-продажи отсутствует¹.

В ряде случаев законодатель допускает возможность субсидиарного применения к некоторым отдельным видам договора купли-продажи правил, регулирующих другие виды договора купли-продажи. Например, к отношениям по договору контрактации, не урегулированным нормами, содержащимися в

§ 5 гл. 30 ГК ("Контрактация"), применяются правила о договоре поставки (п. 2 ст. 535); правила, регулирующие продажу недвижимости, применяются к продаже предприятия постольку, поскольку иное не предусмотрено нормами о договоре продажи предприятия (п. 2 ст. 549 ГК). Данное обстоятельство иногда используется для аргументации вывода о том, что соответствующие договоры не являются отдельными видами договора купли-продажи, а представляют собой разновидности других видов договора купли-продажи (к примеру, контрактация - разновидность договора поставки; продажа предприятия - разновидность договора продажи недвижимости и т. п.)². В связи с этим необходимо подчеркнуть, что данная возможность является лишь приемом законодательной техники, который не может служить критерием для классификации договора купли-продажи по видам и разновидностям. По этим же причинам нормы, допускающие применение правил об отдельных видах договора купли-продажи к иным договорам, не могут в юридической литературе предпринимались попытки выделить такие критерии.

Например, по мнению Н. И. Клейн, "в ГК используются либо два, либо три признака: сторона договора, цель покупки, а в ряде договоров и объект покупки.." (Гражданское право России Часть вторая. Обязательственное право. Курс лекций / Отв. ред. О. Н. Садилов. М., 1997. С 9-10).

2 См., например: Гражданское право России Часть вторая Обязательственное право: Курс лекций/Отв реп. О. Н. Садилов С. 11-12

служить основанием для расширения перечня видов договора купли-продажи. К примеру, нельзя рассматривать в качестве отдельных видов договора купли-продажи договоры снабжения газом, нефтью, нефтепродуктами, водой¹ несмотря на то, что при определенных условиях они могут регулироваться правилами о договоре энергоснабжения (п. 2 ст. 548 ГК). Критерием для применения норм о договоре энергоснабжения является способ исполнения обязательства, а именно передача соответствующих товаров через присоединенную сеть, да и то только в тех случаях, когда иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не вытекает из существа обязательства.

2. Понятие договора купли-продажи

По договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену) (п. 1 ст. 454 ГК).

Договор купли-продажи является консенсуальным. Передача товара покупателю представляет собой исполнение заключенного и вступившего в силу договора купли-продажи со стороны продавца. Если момент вступления договора в силу совпадает с фактической передачей товара, то он исполняется в момент заключения.

Договор купли-продажи является возмездным и двусторонним. Он является договором синаллагматическим, поскольку исполнение обязательств покупателем по оплате товара обусловлено исполнением продавцом своих обязательств по передаче товара покупателю (п. 1 ст. 328 ГК). Иными словами, покупатель не должен исполнять свои обязанности по оплате товара до исполнения продавцом своих обязанностей по передаче ему товара. Если же договор купли-продажи заключен с условием о предварительной оплате товара покупателем, субъектом встречного исполнения становится продавец, который может не производить исполнение обязанностей по передаче товара до получения от покупателя обусловленной суммы предоплаты. Товаром по договору купли-продажи признаются любые вещи, как движимые, так и недвижимые, индивидуально-определенные

1 См., например: Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право: Курс лекций /Отв. ред. О. Н. Садилов. С. 8-9

либо определяемые родовыми признаками. Общие положения о купле-продаже товаров применяются и к продаже имущественных прав, если иное не вытекает из содержания или характера этих прав. В этом смысле необходимо признать, что всякая возмездная уступка имущественных прав (цессия) является продажей этих прав, а правила, регулирующие переход прав кредитора, и в частности уступку требования (ст. 382-390 ГК), подлежат приоритетному (по отношению к общим положениям о купле-продаже товаров) применению. Договор может быть заключен на куплю-продажу будущих товаров, т. е. тех товаров, которые будут созданы или приобретены продавцом.

Если к моменту заключения договора купли-продажи индивидуально-определенные вещи были утрачены продавцом в результате их гибели, перехода права собственности на них к третьим лицам и т. п., вопрос о судьбе договора купли-продажи должен решаться в зависимости от того, были ли известны данные обстоятельства покупателю. Если покупатель, заключая договор купли-продажи, знал или должен был знать, что вещь, являющаяся объектом продажи, утрачена продавцом, налицо договор, который должен быть признан незаключенным по признаку отсутствия соглашения сторон относительно предмета договора. В случаях, когда покупателю на момент заключения договора не было известно, что индивидуально-определенная вещь, служащая товаром, утрачена продавцом, он, обнаружив впоследствии данное обстоятельство, вправе потребовать признания данного договора недействительным как заключенного под влиянием обмана (ст. 179 ГК). Такая сделка является оспоримой, поэтому покупатель вместо того, чтобы добиваться признания ее недействительной, имеет право, исходя из

того, что договор действителен, потребовать от продавца возмещения убытков и применения иных мер ответственности в связи с неисполнением последним обязательств, вытекающих из договора купли-продажи.

Цель договора купли-продажи состоит в перенесении права собственности на вещь, служащую товаром, на покупателя. По общему правилу право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором. В тех случаях, когда отчуждение имущества подлежит государственной регистрации, право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации, если иное не установлено законом (ст. 223 ГК).

Если покупатель (юридическое лицо) не относится к числу субъектов, обладающих правом собственности на закрепленное за ним имущество (к примеру, унитарные государственные или муниципальные предприятия, учреждения), передача продавцом имущества (а в соответствующих случаях - государственная регистрация) служит основанием для возникновения у покупателя ограниченного вещного права.

В отношении по купле-продаже государственной регистрации подлежит переход права собственности на недвижимое имущество (ст. 551 ГК), на предприятие как имущественный комплекс (ст. 564 ГК), а также на жилые дома, квартиры и иные жилые помещения (ст. 558 ГК). В случаях продажи предприятий и жилых помещений государственной регистрации подлежат также и заключаемые договоры купли-продажи.

По общему правилу отчуждение собственником имущества другим лицам влечет прекращение права собственности последнего (п. 1 ст. 235 ГК). Применительно к купле-продаже право собственности продавца прекращается с момента передачи вещи, служащей товаром, покупателю (в соответствующих случаях - с момента регистрации права собственности покупателя). Если продавец, не являясь собственником товара, отчуждает его на основании предоставленных ему полномочий по распоряжению товаром, передача товара покупателю (государственная регистрация) служит основанием прекращения права собственности у лица, являющегося собственником товара, а также полномочий продавца по распоряжению товаром. Исключения составляют случаи, когда стороны заключают договор с условием о сохранении права собственности на переданный покупателю товар за продавцом до оплаты товара либо наступления иных определенных обстоятельств. В подобной ситуации продавец, оставаясь собственником товара, при неоплате покупателем товара в установленный срок или ненаступлении иных предусмотренных договором обстоятельств, при которых право собственности переходит к покупателю, вправе потребовать от покупателя возвратить переданный ему товар (ст. 491 ГК).

Риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит на покупателя также с момента, когда в соответствии с законом или договором продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю. Однако в тех случаях, когда товар продается во время нахождения его в пути (в частности, путем передачи коносамента или других товарораспорядительных документов на товар), риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит на покупателя с момента заключения договора купли-продажи, если иное не предусмотрено самим договором или обычаями делового оборота (ст. 459 ГК).

3. Стороны договора купли-продажи

Сторонами договора купли-продажи (его субъектами) являются продавец и покупатель. По общему правилу продавец товара должен быть его собственником или обладать иным ограниченным вещным правом, из которого вытекает правомочие продавца по распоряжению имуществом, являющимся товаром (например, правом хозяйственного ведения).

В случаях, предусмотренных законом или договором, правомочия по распоряжению имуществом могут быть предоставлены лицу, не являющемуся субъектом права собственности или ограниченного вещного права на это имущество. В частности, при заключении договора купли-продажи путем проведения публичных торгов продавцом, подписывающим договор, признается организатор торгов (п. 5 ст. 448 ГК); при продаже имущества во исполнение договора комиссии продавцом по договору

купли-продажи с покупателем этого имущества является комиссионер, действующий от своего имени (ст. 990 ГК); в таком же порядке заключает договор купли-продажи агент, действующий от своего имени по поручению и за счет принципала на основании агентского договора (п. 1 ст. 1005 ГК); право на заключение сделок от своего имени (в том числе в качестве продавца) предоставлено также доверительному управляющему в отношении имущества, переданного ему по договору доверительного управления (п. 3 ст. 1012 ГК).

В качестве продавца могут выступать публично-правовые образования при продаже государственного или муниципального имущества, не закрепленного за образованными ими юридическими лицами.

Покупателем по договору купли-продажи может быть всякое лицо, признаваемое субъектом гражданских прав и обязанностей. Приобретая товар по договору купли-продажи, покупатель по общему правилу становится его собственником. Исключения составляют, во-первых, государственные и муниципальные унитарные предприятия, обладающие правом хозяйственного ведения либо оперативного управления (казенные предприятия) на закрепленное за ними имущество, а также учреждения (субъекты права оперативного управления). В качестве покупателей они приобретают на имущество соответствующее ограниченное вещное право, собственником же товара становится лицо, являющееся собственником имущества, закрепленного за этими юридическими лицами. Во-вторых, не становятся собственниками приобретенных по договору купли-продажи товаров также граждане или юридические лица, наделенные полномочиями на совершение указанных действий от своего имени в силу договоров комиссии, агентского договора или договора доверительного управления.

Среди договоров купли-продажи выделяются договоры, продавцы и покупатели по которым, продавая или приобретая товары, действуют в рамках осуществляемой ими предпринимательской деятельности. К правоотношениям, вытекающим из таких договоров, применяются некоторые специальные правила, относящиеся к обязательствам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности. Вместе с тем данное обстоятельство не дает оснований для выделения в качестве самостоятельного вида договора купли-продажи так называемого предпринимательского договора купли-продажи¹. Особенности правового регулирования обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, в равной степени относятся ко всякому обязательству, вытекающему из любого гражданско-правового договора, и не могут служить критерием для выделения особого "предпринимательского" договора купли-продажи. Напротив, общие положения о купле-продаже (§ 1 гл. 30 ГК) распространяются на все договоры купли-продажи независимо от того, осуществляется ли их сторонами предпринимательская деятельность.

4. Предмет договора купли-продажи

Предметом договора купли-продажи являются действия продавца по передаче товара в собственность покупателя и соответственно действия покупателя по принятию этого товара и уплате за него установленной цены.

В ряде работ предмет договора купли-продажи сводится к характеристике товара (его наименованию и количеству), подлежащего передаче покупателю². Такой подход представляется упрощенным и необоснованным. Например, О. С. Иоффе говорит о материальных объектах договора купли-продажи, под которыми понимаются продаваемое имущество и уплачиваемая за него денежная сумма; его юридических объектах - действиях сторон по передаче имущества и уплате денег, а также о волевых объектах -

¹ См, например Гражданское право России Часть вторая Обязательственное право Курс лекций/Отв ред ОН Садилов С 11

² См, например Гражданское право Учебник/Под ред АП Сергеева, Ю К Толстого Ч 2 М, 1997 С 9, Гражданское право России Часть вторая Обязательственное право Курс лекций/Отв ред ОН Садилов С 12-13

индивидуальной воле продавца и покупателя в пределах, в каких она подчинена регулируемому их отношения законодательству¹ По мнению М. И. Брагинского,

правоотношения, вытекающие из договора купли-продажи, имеют два рода объектов: действия обязанного лица и вещь, которая в результате такого действия должна быть передана².

Предмет договора является существенным условием договора купли-продажи. При этом условие договора купли-продажи о товаре считается согласованным, если договор позволяет определить наименование и количество товара (п. 3 ст. 455 ГК). Данное положение относится лишь к товару; им не исчерпываются существенные условия договора купли-продажи, определяющие его предмет. Просто отсутствие в тексте договора иных пунктов, регламентирующих действия продавца по передаче товара покупателю, а также принятию последним и оплате принятого товара, компенсируется диспозитивными нормами, определяющими порядок и сроки совершения указанных действий.

Так, в случаях, когда из договора купли-продажи не вытекает обязанность продавца по доставке товара или передаче его покупателю, обязанность продавца передать товар покупателю считается исполненной в момент сдачи товара перевозчику или организации связи для доставки покупателю, если договором не предусмотрено иное (п. 2 ст. 458 ГК).

Покупатель обязан совершить действия, которые в соответствии с обычно предъявляемыми требованиями необходимы с его стороны для обеспечения передачи и получения соответствующего товара (п. 2 ст. 484 ГК), а также оплатить товар непосредственно до или после его передачи (п. 1 ст. 486 ГК).

Таким образом, для признания договора купли-продажи заключенным от сторон действительно требуется согласовать и предусмотреть непосредственно в тексте договора лишь условие о количестве и наименовании товаров. Все остальные условия, относящиеся к предмету договора, могут быть определены в соответствии с диспозитивными нормами, содержащимися в ГК.

Однако их выполнение зачастую требует совершения определенных действий как от продавца, так и от покупателя. К примеру, выполнение продавцом обязанности по передаче товара иногороднему покупателю невозможно без сообщения последним своих отгрузочных реквизитов или реквизитов конкретного полу-

²См Иоффе О С Указ соч С 211

²См Брагинский М И, Витрянский В В Указ соч С 224

чатателя; выполнение покупателем обязанности по оплате товара при аккредитивной форме расчетов предполагает совершение продавцом необходимых действий по выставлению аккредитива и т. д. В подобных случаях говорят о так называемых кредиторских обязанностях контрагента по договору, выполнение которых служит необходимым условием для выполнения должником (продавцом или покупателем) основной обязанности, предусмотренной соответствующим условием договора.

§ 2. Содержание и исполнение договора купли-продажи

1. Обязанность продавца по передаче товара в срок

Главная обязанность продавца заключается в передаче покупателю товаров, являющихся предметом купли-продажи, в срок, установленный договором, а если такой срок договором не установлен, в соответствии с правилами об исполнении бессрочного обязательства (ст. 314 ГК). Если иное не предусмотрено договором, продавец обязан передать покупателю вместе с товаром принадлежности продаваемой вещи, а также относящиеся к ней документы (технический паспорт, сертификат качества и т. п.), предусмотренные законодательством и договором, одновременно с передачей вещи.

Договор купли-продажи может быть заключен с условием о его исполнении к строго определенному сроку. Это возможно, когда из его содержания ясно вытекает, что при нарушении срока исполнения покупатель утрачивает интерес к договору. Продавец не вправе производить исполнение по такому договору до наступления или после истечения срока без согласия покупателя и в том случае, если покупатель не воспользовался правом на отказ от исполнения договора (ст. 457 ГК). Примером договора с условием его исполнения к строго определенному сроку (даже при отсутствии ссылки на то в тексте договора) может служить договор купли-продажи

партии новогодних елок. Передача продавцом такого товара покупателю за пределами новогодних праздников лишается всякого смысла.

Момент исполнения продавцом своей обязанности передать товар покупателю определяется одним из трех вариантов:

1. во-первых, при наличии в договоре условия об обязанности продавца по доставке товара - моментом вручения товара покупателю,
2. во-вторых, если в соответствии с договором товар должен быть передан покупателю в месте нахождения товара - моментом предоставления товара в распоряжение покупателя в соответствующем месте,
3. во всех остальных случаях - моментом сдачи товара перевозчику или организации связи

Таким образом, датой исполнения обязательства должна признаваться дата соответствующего документа, подтверждающего принятие товара перевозчиком или организацией связи для доставки покупателю, либо дата приемо-сдаточного документа. Дата исполнения продавцом своей обязанности по передаче товара имеет важное значение, поскольку именно этой датой, как правило, определяется момент перехода от продавца к покупателю риска случайной гибели или случайной порчи товара.

Непередача продавцом покупателю товаров в установленный срок либо просрочка в передаче товара признаются неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, вытекающего из договора купли-продажи, и влекут применение последствий, предусмотренных ГК на случай нарушения гражданско-правового обязательства. В частности, покупатель вправе требовать от продавца возмещения причиненных убытков (ст. 15, 393 ГК). В случае, если по договору купли-продажи продавец был обязан передать покупателю индивидуально-определенную вещь (вещи), покупатель вправе требовать отобрания этой вещи у продавца и передачи ее покупателю на предусмотренных договором условиях (ст. 398 ГК). Договором могут быть предусмотрены иные последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения продавцом обязанности по передаче товара покупателю.

2. Передача права собственности на товар

Продавец обязан передать покупателю товар свободным от любых прав третьих лиц¹. Исключение составляют лишь случаи, когда имеется согласие покупателя принять товар, обремененный такими правами (ст. 460 ГК). В данном случае имеются в виду си-

¹ Как отмечал Г. Ф. Шершеневич, "на продавце лежит ответственность за право на вещь, им отчуждаемую. Цель купли-продажи заключается в предоставлении права собственности, а это возможно только при условии, если такое право принадлежит самому продавцу" (Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) С. 322)

В дореволюционном российском гражданском праве соответствующие обязанности продавца по передаче покупателю товара свободным от прав третьих лиц носили название "обязательства по очистке", которые рассматривались в качестве требования закона и не относились к предмету соглашения сторон. Судебная практика основывалась на том, что "если в купчей продавец положительно не устранил себя от ответственности за все могущие возникнуть от продажи последствия, то одно умолчание об очистке не освобождает продавца от этой ответственности перед покупателем в силу обязательства, возникающего независимо от соглашения сторон" (Гражданское Уложение Проект Т. 2 1910 С. 324)

ситуации, когда продаваемое имущество ранее уже было передано в залог, аренду либо в отношении этого имущества установлен сервитут и т. п.

Покупатель, обнаружив, что на приобретенное им имущество имеются права третьих лиц, о которых он не знал и не должен был знать, может предъявить продавцу, не поставившему его в известность относительно указанных обстоятельств, требование об уменьшении цены товара либо о расторжении договора купли-продажи и возмещении причиненных убытков.

Являющийся предметом купли-продажи товар, в отношении которого имеются права третьих лиц, может оказаться истребованным этими лицами у покупателя. Для

подобных случаев ГК (ст. 462) устанавливает правило, обязывающее покупателя, к которому предъявлен иск об изъятии товара, привлечь к участию в этом деле продавца. При этом продавец не вправе отказаться от участия в таком деле на стороне покупателя¹.

3. Количество товаров

Количество подлежащих передаче покупателю товаров должно определяться в договоре в соответствующих единицах измерения или в денежном выражении. Вместе с тем допускается возможность согласования сторонами в договоре лишь порядка определения количества товара (п. 1 ст. 465 ГК). Это имеет важное значение, поскольку количество товаров относится к существенным условиям договора и его отсутствие в договоре влечет признание договора незаключенным. При любом варианте определения количества товаров договор признается заключенным, если его содержание позволяет установить количество товаров, подлежащих передаче покупателю на момент исполнения договора.

В случае нарушения условия договора о количестве товаров покупатель получает право, если иное не определено договором, отказаться от переданных товаров и их оплаты, а если они оплачены, потребовать возврата денег и возмещения убытков (ст. 466 ГК).

Если же продавец передаст покупателю товары в количестве, превышающем указанное в договоре, покупатель может, поскольку иное не предусмотрено договором, принять все количество товаров, но при условии, что в разумный срок после получения сообщения покупателя об этом продавец не распорядится соответствующими товарами. В таком случае соответствующие това-

1 В юридической литературе обязанности продавца по защите покупателя от возможного изъятия (отчуждения) у него вещи получили название "защита от эвик-Ции" (evictio - отчуждение) (см, например Иоффе О С Указ соч С 217-218) ры должны быть оплачены покупателем по цене, установленной договором, если иная цена не определена соглашением сторон.

4. Ассортимент товаров

Договором купли-продажи может быть предусмотрено, что передаче подлежат товары в определенном соотношении по видам, моделям, размерам, цветам и иным признакам (ассортимент). Продавец по такому договору обязан передать покупателю товары в ассортименте, согласованном сторонами (ст. 467 ГК).

Правила, регулирующие взаимоотношения продавца и покупателя в ситуации, когда ими не согласованы условия договора об ассортименте товаров, носят по преимуществу диспозитивный характер. Дело в том, что условие об ассортименте - это чисто договорное условие, которое должно определяться соглашением сторон. На практике нередко возникают ситуации, когда из существа обязательства с очевидностью вытекает, что партия заказанных товаров должна быть передана покупателю в определенном ассортименте (например, когда приобретаются для реализации в розничной торговой сети партии одежды или обуви), однако соответствующее условие в договоре отсутствует. В этом случае продавец может передать покупателю товары в ассортименте, исходя из известных ему на момент заключения договора потребностей покупателя, либо вовсе отказаться от исполнения договора. Товары, не соответствующие условиям договора об ассортименте, считаются принятыми, если покупатель в разумный срок после их получения не сообщит продавцу о своем отказе от товаров.

В тех же случаях, когда сторонами в договоре согласовано условие об ассортименте подлежащих передаче покупателю товаров, его нарушение влечет для продавца определенные негативные последствия (ст. 468 ГК). Такое нарушение дает покупателю право отказаться от принятия и оплаты таких товаров, а если они уже оплачены, потребовать возврата уплаченной суммы и возмещения убытков.

Если продавец передаст покупателю наряду с товарами, ассортимент которых соответствует договору, товары с нарушением условий договора об ассортименте, покупатель получает право по своему выбору:

1. принять товары в ассортименте, предусмотренном договором, и отказаться от остальных товаров;

- отказаться от всех полученных товаров;

1. потребовать заменить товары, не соответствующие условиям договора об ассортименте, товарами в ассортименте, предусмотренном договором;

- принять все переданные товары.

5. Качество товара

Требования, предъявляемые к качеству товара, должны быть предусмотрены договором купли-продажи. Продавец обязан передать покупателю товар, качество которого соответствует договору. Если договор не содержит условия о качестве, продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется. Если же продавец при заключении договора был поставлен покупателем в известность о конкретных целях приобретения товара, продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для использования в соответствии с этими целями.

При продаже по образцу или по описанию продавец обязан передать покупателю товар, который соответствует образцу или описанию.

Образец - это эталонное изделие, потребительские свойства (эксплуатационные характеристики) которого определяют требования к качеству товара, подлежащего передаче покупателю.

Описание товара представляет собой определенный перечень потребительских свойств (эксплуатационных характеристик) товара, который передается покупателю. Описание товара может сопровождаться его фотографией, графическим изображением и т. п.

Если в соответствии с установленным законом порядком предусмотрены обязательные требования к качеству продаваемого товара, то продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязан передать покупателю товар, соответствующий этим обязательным требованиям. Обязательные требования к качеству товаров определяются государственными стандартами Российской Федерации (ГОСТами)¹. К числу таких требований, являющихся обязательными, относятся требования, направленные на обеспечение безопасности, жизни, здоровья и имущества, охраны окружающей среды, технической и информационной совместимости, взаимозаменяемости товаров, единства методов их контроля и маркировки. Иные требования к качеству товаров, содержащиеся в ГОСТах, носят рекомендательный характер.

Отмеченные положения корреспондируют правилам определения соответствия товара, предусмотренным Венской конвенцией о договорах международной купли-продажи товаров (ст. 35).

¹См. Закон РФ от 10 июня 1993 г. "О стандартизации"//ВВС РФ. 1993 №25 Ст. 917.

Таким образом, во всех случаях, в том числе и при отсутствии в договоре соответствующего пункта, в договоре (как правоотношении) всегда имеется условие, определяющее требование к качеству товара. В последнем случае это условие определяется диспозитив-ными нормами ГК (ст. 469).

Важное значение имеют нормы о гарантии качества товара. Необходимо различать законную гарантию качества товара и договорную гарантию.

Законная гарантия имеется во всех случаях, если гарантия не предусмотрена договором. Сущность законной гарантии состоит в том, что товары должны соответствовать требованиям, предъявляемым к их качеству, в момент их передачи покупателю, если иной момент определения соответствия товаров этим требованиям не предусмотрен договором, и в пределах разумного срока должны быть пригодными для целей, для которых товары такого рода обычно используются.

В случае, когда предоставление продавцом гарантии качества товара предусмотрено договором (договорная гарантия), продавец обязан передать покупателю товары, которые должны соответствовать требованиям, предъявляемым к их качеству, в течение определенного периода времени, установленного договором (гарантийного срока).

От гарантии качества товара следует отличать срок годности товара, т. е. определенный законами, иными правовыми актами, государственными стандартами или иными обязательными правилами период времени, по истечении которого товар считается непригодным для использования по назначению. Очевидно, что в договоре

не может быть установлен гарантийный срок, превышающий срок годности товаров. Кроме того, продавец обязан передать покупателю товары с таким расчетом, чтобы они могли быть использованы по назначению до истечения срока годности.

В случае предоставления продавцом покупателю договорной гарантии гарантийный срок должен исчисляться с момента передачи товара покупателю, если договором не будет предусмотрен иной начальный момент течения гарантийного срока.

Гарантийный срок на комплектующее изделие считается равным гарантийному сроку на основное изделие и начинается течь одновременно с гарантийным сроком на основное изделие (п. 3 ст. 471), если иное не предусмотрено договором.

Течение гарантийного срока прерывается в случаях, когда товар не может быть использован покупателем по обстоятельствам, зависящим от продавца, например из-за недостатков товара, вследствие непередачи вместе с товаром его принадлежностей, в том числе инструкции по эксплуатации и другой необходимой документации. Течение гарантийного срока может быть возобновлено лишь после того, как продавцом будут устранены соответствующие обстоятельства.

Если в течение гарантийного срока покупатель обнаружит недостатки в переданном товаре (комплектующем изделии) и продавец по требованию покупателя произведет его замену, на вновь переданный товар (комплектующее изделие) устанавливается гарантийный срок той же продолжительности, что и на замененный. Это правило будет действовать, если договором купли-продажи не предусмотрено иное.

Ответственность продавца за ненадлежащее качество товаров во многом будет зависеть от того, имеется ли договорная гарантия качества товара. По общему правилу (т. е. при наличии законной гарантии) продавец отвечает за недостатки товаров, если покупатель докажет, что недостатки возникли до момента перехода риска случайной гибели или случайной порчи на покупателя или по причинам, возникшим до этого момента. В отношении товаров, на которые продавцом предоставлена гарантия качества, он отвечает за недостатки товаров, если не докажет, что они возникли после их передачи покупателю вследствие нарушения покупателем правил пользования товарами или их хранения, а также действий третьих лиц или непреодолимой силы (ст. 476 ГК).

В случае нарушения продавцом условия договора о качестве товара покупатель по своему выбору вправе потребовать от продавца:

- соразмерного уменьшения покупной цены, либо
- безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок, либо
- возмещения своих расходов на устранение недостатков товаров.

Если же продавец допустил существенное нарушение требований к качеству товара (например, передачу покупателю некачественных товаров с неустранимыми недостатками), покупатель наделяется дополнительными правами по своему выбору:

1. отказаться от исполнения договора и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы или
2. потребовать замены товаров ненадлежащего качества на товары, соответствующие договору (ст. 475).

Однако, чтобы иметь возможность реализовать свои права, покупатель должен соблюдать определенные правила, касающиеся порядка проверки качества товаров и сроков обнаружения недостатков в товарах.

Обязанность покупателя проверить качество переданного ему товара может быть предусмотрена законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями государственных стандартов или договором купли-продажи. Порядок осуществления такой проверки определяется договором и должен при этом соответствовать обязательным правилам (если они имеются). Если же он не определен ни договором, ни указанными правилами, но является обязательным, проверка качества товаров производится в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно применяемыми условиями такой проверки.

Обязанность проверить качество реализуемых товаров может быть возложена и на продавца (предварительное испытание, анализ и т. п.). В этом случае продавец должен предоставить покупателю документы, подтверждающие осуществление им проверки качества передаваемого товара и ее результаты, например сертификат качества товара.

В отношении подобных ситуаций важно подчеркнуть, что порядок и иные условия проверки качества товара, производимой как продавцом, так и покупателем, должны быть одинаковыми (п. 4 ст. 474 ГК).

Принципиальное значение для покупателя имеет соблюдение сроков обнаружения недостатков в переданных ему товарах. Как правило, покупатель вправе предъявить свои требования продавцу только в связи с недостатками товаров, обнаруженных в пределах сроков, определенных в ГК (ст. 477).

При наличии лишь законной гарантии на товары, т. е. когда на эти товары не установлен гарантийный срок или срок годности, недостатки в товарах должны быть обнаружены покупателем в разумный срок (что зависит от свойств товара и его обычного использования), но в пределах двух лет со дня передачи товара покупателю. Законом или договором может быть предусмотрен более длительный предельный срок для обнаружения недостатков в товаре.

При наличии договорной гарантии недостатки в товаре должны быть обнаружены покупателем в пределах гарантийного срока. Если гарантийный срок на комплектующее изделие окажется меньшей продолжительности, чем такой же срок на товар (основное изделие), недостатки в комплектующем изделии могут быть выявлены покупателем в пределах гарантийного срока, установленного на основное изделие. В случаях, когда на комплектующее изделие в договоре установлен гарантийный срок большей продолжительности, нежели на основное изделие, истечение гарантийного срока на основное изделие не имеет правового значения, поскольку недостатки в комплектующем изделии должны быть обнаружены покупателем в пределах гарантийного срока, установленного именно в отношении этого комплектующего изделия.

Если в отношении какого-либо товара установлен срок годности, недостатки в этом товаре должны быть обнаружены покупателем в пределах указанного срока годности. Только при соблюдении этого условия покупатель вправе предъявить продавцу свои требования в связи с недостатками такого товара.

6. Комплектность товара

По договору купли-продажи продавец обязан передать покупателю товар, соответствующий условию договора о комплектности, а при отсутствии такового в договоре комплектность товара определяется обычаями делового оборота либо иными обычно предъявляемыми требованиями (ст. 478 ГК). Комплектность товаров необходимо отличать от понятия комплект товаров. Договором может быть предусмотрена обязанность продавца передать покупателю определенный набор товаров в комплекте (комплект товаров). В этом случае обязательство может считаться исполненным с момента передачи покупателю всех товаров, включенных в комплект. Нарушение продавцом условий договора как о комплектности товара, так и о передаче товаров в комплекте влечет за собой одинаковые последствия: покупатель вправе по своему выбору потребовать от продавца соразмерного уменьшения покупной цены или доукомплектования товаров в разумный срок. Если же продавец в разумный срок не выполнит требования покупателя о доукомплектации товаров, покупатель может потребовать замены некомплектных товаров на комплектные либо отказаться от исполнения договора и потребовать возврата уплаченной денежной суммы (ст. 480 ГК).

Вместе с тем следует учитывать, что замена товара, его до-укомплектование фактически возможны, если покупатель со своей стороны своевременно известит продавца о несоблюдении последним условия договора о комплектности товара (о комплекте товаров).

7. Тара и упаковка

Продавец обязан передать покупателю товар в таре и (или) упаковке, за исключением товара, который по своему характеру не требует затаривания и (или) упаковки. Иное может быть предусмотрено договором купли-продажи или вытекать из существа обязательства (п. 1 ст. 481 ГК).

Тара и упаковка товара необходимы для обеспечения его сохранности при транспортировке и хранении, а в некоторых случаях служат обязательным элементом эстетического вида товара. Требования к таре и упаковке товара определяются в

договоре купли-продажи. Отсутствие в договоре соответствующих условий не освобождает продавца от обязанности затарить и упаковать товар, подлежащий передаче покупателю: в этом случае по общему правилу товар должен быть затарен и упакован обычным для такого товара способом или, во всяком случае, способом, который обеспечит его сохранность при обычных условиях хранения и транспортировки.

Продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, должен также соблюдать обязательные требования к таре и упаковке товаров (если таковые имеются). В частности, государственные стандарты могут содержать обязательные требования к таре и упаковке товаров, направленные на обеспечение безопасности жизни, здоровья граждан и охрану окружающей среды.

В некоторых случаях проданный товар может быть передан без тары или упаковки. Во-первых, освобождение продавца от обязанности затаривания или упаковки товара может быть предусмотрено договором купли-продажи.

Во-вторых, передача проданного товара покупателю без тары и упаковки может вытекать из существа обязательства, например если объектом купли-продажи является какое-либо имущество, переданное покупателю ранее в аренду либо используемое последним иным образом.

В-третьих, некоторые товары по своему характеру не требуют ни затаривания, ни упаковки: песок или уголь, перевозимые насыпью, земельные участки и иные объекты недвижимости, ценные бумаги и т. п.¹

Неисполнение продавцом обязанности по затариванию и упаковке товара, т. е. передача покупателю товара без тары или упаковки или в ненадлежащей таре или упаковке, влечет для него определенные негативные последствия. В этом случае покупатель вправе потребовать от продавца затарить или упаковать товар либо заменить ненадлежащую тару (упаковку), если иное не вытекает

¹ Критические замечания в адрес положений ГК, допускающих продажу товара без тары и упаковки (п. 1 ст. 481 ГК), не учитывают, что товаром по договору купли-продажи могут быть любые вещи, а не только потребительские товары, продаваемые в магазинах. См., например: Гражданское право. Учебник. /Под ред. АЛ. Сергеева, Ю. К. Толстого. Ч. 2. С. 33.

из договора, существа обязательства или характера товара. Например, договором предусмотрено, что продавец обеспечивает доставку мебели в место жительства (место расположения) покупателя и соответствующую ее сборку (существо обязательства); товаром являются продукты питания или напитки, потребленные покупателем (характер товара).

Учитывая, что тара и упаковка нередко определяют потребительские свойства товара, п. 2 ст. 482 ГК предусматривает, что покупатель вместо требований о затаривании (упаковке) товара или о замене ненадлежащей тары (упаковки) по своему выбору может предъявить к продавцу требования, вытекающие из передачи товара ненадлежащего качества (ст. 475 ГК):

- о соразмерном уменьшении покупной цены товара;
- 1. о безвозмездном устранении недостатков тары и упаковки в разумный срок;
- 2. о возмещении расходов покупателя, понесенных в связи с устранением недостатков тары или упаковки.

В случае же выявления существенных нарушений требований к таре и упаковке товара покупатель вправе по своему выбору потребовать замены товара товаром, затаренным или упакованным в соответствии с предъявляемыми требованиями, или отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы¹.

Реализация покупателем одного из правомочий, которыми он наделен на случай неисполнения продавцом обязанности по затариванию (упаковке) товара, не лишает его права на предъявление продавцу самостоятельного требования о возмещении причиненных убытков.

8. Извещение продавца о несоответствиях товара

Необходимым условием для предъявления покупателем продавцу каких-либо требований, связанных с нарушением условий договора купли-продажи о количестве,

об ассортименте, о качестве, комплектности, таре или об упаковке товара, является извещением продавца о ненадлежащем исполнении договора купли-продажи. Срок для такого извещения может быть установлен законом, иными правовыми актами или договором. При отсутствии уста-

1В юридической литературе высказано мнение, что "всякое нарушение условия об упаковке (таре) не относится к существенным по смыслу ст. 475 ГК" (см.: Гражданское право. Учебник. /Под ред. АЛ. Сергеева, Ю. К. Толстого. Ч. 2. С. 34). Отсюда следует, что покупатель не вправе требовать замены поврежденного пакета молока, откуда вытекло все содержимое.

новленного срока принимается во внимание разумный срок, течение которого начинается после того, как соответствующее нарушение договора должно быть обнаружено исходя из характера и назначения товара (ст. 483 ГК).

При несоблюдении покупателем требований об извещении продавца о ненадлежащем исполнении договора купли-продажи последний получает право отказаться полностью или частично от удовлетворения практически всех требований покупателя, за исключением требования о соразмерном уменьшении цены. Для этого продавцу достаточно доказать, что неполучение соответствующей информации от покупателя повлекло невозможность удовлетворения его требований (например, требований о замене товара) или несоизмеримые расходы по сравнению с теми, которые продавец понес бы, если бы был своевременно извещен о нарушении договора. Такой шанс не предоставляется продавцу, который знал или должен был знать о том, что товары не соответствуют условиям договора.

9. Обязанность покупателя по принятию товара

Покупатель по договору купли-продажи обязан принять переданный ему товар.

Исключения составляют лишь те случаи, когда покупатель наделен правом требовать замены товара или отказаться от исполнения договора, например если продавец передал покупателю товар с недостатками, которые носят существенный характер, либо не выполнил в разумный срок указания покупателя о доукомплектовании переданных товаров.

Выполнение покупателем обязанности принять товары в сроки и в порядке, предусмотренные договором, означает, в частности, что покупатель должен совершить все необходимые действия, позволяющие продавцу передать ему товары (сообщить адрес, по которому они должны отгружаться; предоставить транспортные средства для перевозки товаров, если такая обязанность покупателя вытекает из договора, и т. п.).

Конкретные действия покупателя, необходимые с его стороны для обеспечения передачи и получения соответствующего товара, в случае, когда договором не предусмотрен порядок принятия товара, предопределяются установленными сторонами способом передачи товара. Если договором предусмотрено, что товар передается путем вручения покупателю или указанному им лицу (при доставке товара продавцом), покупатель должен обеспечить принятие данного товара в предусмотренный договором срок соответствующими уполномоченными представителями. В случаях, когда согласно условиям договора купли-продажи товар должен быть передан покупателю в месте нахождения товара ("самовывоз"), покупатель должен обеспечить выделение своего представителя, а в необходимых случаях и транспортного средства для принятия товара у продавца и вывоза товара.

В остальных случаях передача товара покупателю производится продавцом путем сдачи товара транспортной организации или организации связи для доставки его покупателю. При этих условиях действия покупателя по принятию товара состоят в его приемке соответственно от перевозчика или организации связи. Такая приемка должна осуществляться с соблюдением всех требований, предусмотренных транспортным законодательством и законодательством об услугах, оказываемых организациями связи.

Неисполнение или ненадлежащее исполнение покупателем обязанностей по принятию товара либо его отказ от принятия предусмотренного договором товара влечет для него негативные последствия. Продавец получает право потребовать от покупателя принятия товара в принудительном порядке путем обращения с соответствующим иском в суд. В этом случае права продавца могут быть обеспечены также путем

взыскания с покупателя стоимости товара и расходов, связанных с его хранением продавцом. Непринятие переданного товара покупателем может также служить основанием для отказа со стороны продавца от исполнения договора, что влечет расторжение договора купли-продажи. Независимо от выбранного продавцом способа защиты от незаконных действий покупателя, продавец сохраняет право требовать от покупателя возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязанностей по принятию товара

10. Обязанность покупателя по оплате товара

Покупатель обязан оплатить, товары непосредственно до или после их передачи ему продавцом в размере их полной цены, если иное не предусмотрено законодательством или договором либо не вытекает из существа обязательства (ст 486 ГК).

Обязательство покупателя уплатить цену включает также принятие им таких мер и соблюдение таких формальностей, которые могут потребоваться в соответствии с договором или законодательством, чтобы сделать возможным осуществление платежа (открытие предусмотренного договором аккредитива, предоставление банковской гарантии и т п) Покупатель обязан оплатить товар по цене, указанной в договоре или рассчитанной в порядке (способом), предусмотренном договором. Если цена не определена в договоре, обязанность покупателя будет состоять в оплате цены, которая в момент заключения договора обычно взималась за такой товар, продававшийся при сравнимых обстоятельствах.

Правовые последствия неисполнения либо ненадлежащего исполнения покупателем обязанности по оплате проданных ему товаров заключаются в том, что продавец получает право потребовать от покупателя не только оплаты товара, но и уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами, начисляемых на сумму задолженности за весь период просрочки оплаты товаров (ст. 395 ГК). Если товары не оплачиваются покупателем в связи с необоснованным отказом от их принятия, продавец вправе по своему выбору либо потребовать оплаты товара, либо отказаться от исполнения договора.

В случаях, когда договором купли-продажи предусмотрена передача покупателю проданных товаров несколькими партиями, неисполнение последним обязанности по оплате переданных товаров дает продавцу право приостановить передачу остальных товаров до тех пор, пока ранее переданные товары не будут оплачены покупателем в полном объеме.

В дополнение к названным последствиям за продавцом сохраняется право на возмещение убытков, причиненных нарушением договора купли-продажи.

Договор купли-продажи может быть заключен с условием о предварительной оплате товаров (ст. 487 ГК). Если такой порядок расчетов предусмотрен договором, а покупатель не исполняет свою обязанность, продавец получает право отказаться от передачи товаров либо приостановить исполнение своих обязательств.

Договором купли-продажи может быть предусмотрено условие о продаже товара в кредит, т. е. о том, что оплата товара производится через определенное время после его передачи покупателю. В этом случае покупатель должен оплатить товар в срок, предусмотренный договором. Если же условие о сроке оплаты товара, проданного в кредит, в договоре отсутствует, покупатель должен произвести оплату в разумный срок после передачи товара, а по его истечении - не позже чем в семидневный срок со дня предъявления продавцом требования об оплате переданного товара (п. 1 ст. 488 ГК).

Невыполнение покупателем обязанности по оплате товара, проданного в кредит, в установленный срок дает продавцу право потребовать от него либо оплаты переданных товаров, либо возврата переданных, но неоплаченных товаров. Кроме того, на сумму, подлежащую оплате за товары, начисляются проценты, предусмотренные ст. 395 ГК, со дня, когда товар должен быть оплачен, до дня фактической оплаты товара.

Особенностью договора купли-продажи товара в кредит является также то, что товары с момента их передачи и до фактической их оплаты покупателем признаются находящимися в залоге у продавца. Следовательно, в случае неисполнения покупателем обязанности по оплате этих товаров продавец может обратиться на них взыскание преимущественно перед иными кредиторами.

Договором о продаже товара в кредит может быть предусмотрено условие об оплате

товара в рассрочку. Специфика такого договора состоит в том, что его существенными условиями становятся условия о цене товара, порядке, сроках и размерах платежей. Помимо всех прав, которыми наделяется продавец по договору о продаже товара в кредит, при наличии в таком договоре условия об оплате в рассрочку в ситуации, когда покупатель не производит в установленный договором срок очередной платеж за товар, продавец получает право отказаться от исполнения договора и потребовать возврата проданного товара. Это право не может быть реализовано продавцом только в том случае, если сумма внесенных покупателем платежей превышает половину цены товара.

Возможно заключение договора купли-продажи с условием о том, что право собственности на переданный покупателю товар сохраняется за продавцом до оплаты товара или наступления иных обстоятельств (ст. 491 ГК). Условие о сохранении права собственности на товар за продавцом означает, что получивший товар покупатель не вправе до перехода к нему права собственности отчуждать товар или распоряжаться им иным образом.

Кроме того, продавец, остающийся собственником товара, вправе потребовать его возврата, если этот товар в установленный срок не будет оплачен покупателем либо не наступят обстоятельства, предусмотренные договором.

§ 3. Договор розничной купли-продажи

1. Понятие и особенности договора розничной купли-продажи

По договору розничной купли-продажи продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, обязуется передать покупателю товар, предназначенный для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью (ст. 492 ГК) Как и договор купли-продажи в целом, договор розничной купли-продажи является двусторонним, консенсуальным и возмездным. Однако розничная купля-продажа имеет ряд специфических черт.

Прежде всего спецификой отличается субъектный состав данного договора. На стороне продавца всегда выступает коммерческая организация или гражданин-предприниматель, осуществляющие предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу. Что же касается покупателя, то им может быть любой субъект гражданского права.

В то же время, поскольку наиболее часто покупателем является гражданин, вступающий в отношения для удовлетворения своих личных бытовых нужд, к отношениям по договору розничной купли-продажи с участием покупателя-гражданина, не урегулированным

§ 2 гл. 30, применяются Закон РФ "О защите прав потребителей"¹ (далее - Закон о защите прав потребителей) и иные правовые акты, принятые в соответствии с ним. В связи с этим в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г.

№ 7 "О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей"² подчеркивается, что законодательство о защите прав потребителей регулирует отношения между гражданином, имеющим намерение заказать или приобрести либо заказывающим, приобретающим или использующим товары (работы, услуги) исключительно для личных (бытовых) нужд, не связанных с извлечением прибыли, с одной стороны, и организацией либо индивидуальным предпринимателем, производящими товары для реализации потребителям, реализующими товары потребителям по договору купли-продажи, выполняющими работы и оказывающими услуги потребителям по возмездному договору, с другой стороны. Поэтому суды не вправе руководствоваться законодательством о защите прав потребителей при разрешении споров, вытекающих из отношений между гражданами, вступающими в договорные отношения между собой с целью удовлетворения личных бытовых нужд, а также из отношений, возникающих в связи с приобретением гражданином-предпринимателем товаров, выполнением для него работ или оказанием услуг не для личных бытовых

¹ Закон РФ от 7 февраля 1992 г (в редакции Федерального закона от 9 января 1996 г) "О защите прав потребителей" //ВВС РФ 1992 № 15 Ст 766,1993 № 29 Ст 1111, СЗ РФ

1996 №3 Ст 140

г В редакции постановлений Пленума Верховного Суда РФ от 25 апреля 1995 г № 6, от 25 октября 1996 г № 10 и от 17 января 1997 г № 2 //ВВС РФ 1994 № 11, 1995 № 7, 1997 № 1, 3

нужд, а для осуществления предпринимательской деятельности либо в связи с приобретением товаров, выполнением работ и оказанием услуг в целях удовлетворения потребностей организаций

Учитывая то обстоятельство, что в договорные отношения по розничной купле-продаже вступают предприниматели, осуществляющие профессиональную деятельность по продаже товаров в розницу, и экономически более слабые потребители, другой специфической его чертой является публичность данного договора. В связи с этим к нему применяются правила, установленные ст. 426 ГК. Условия публичного договора, не соответствующие указанным требованиям, ничтожны.

Будучи публичным, договор розничной купли-продажи может заключаться с использованием публичной оферты, под которой в соответствии со ст. 437 ГК понимается содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется Согласно ст. 494 ГК предложение продавцом в розничной купле-продаже товара в его рекламе, каталогах и описаниях товаров, обращенных к неопределенному кругу лиц, признается публичной офертой, если оно содержит все существенные условия договора розничной купли-продажи.

Боле того, выставление в месте продажи (на прилавках, в витринах и т. п.) товаров, демонстрация их образцов или предоставление сведений о продаваемых товарах (описаний, каталогов, фотоснимков товаров и т. п.) в месте их продажи признается публичной офертой независимо от того, указаны ли цена и другие существенные условия договора розничной купли-продажи, за исключением случая, когда продавец явно определил, что соответствующие товары не предназначены для продажи.

Еще одной специфической чертой договора розничной купли-продажи является его предмет. Как явствует из определения, данного в ст. 492 ГК, продавец обязуется передать покупателю товар, предназначенный для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской дея-

1 См Разъяснения "О некоторых вопросах, связанных с применением Закона Российской Федерации "О защите прав потребителей"" (в редакции от 9 января 1996 г), утверждены приказом Государственного антимонопольного комитета РФ от 20 мая

1998 г №160//БНА 1999 №2 (далее-Разъяснения) Право федерального антимонопольного органа (в настоящее время - Министерство РФ по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства) давать разъяснения по вопросам защиты прав потребителей установлено п 2 ст 40 Закона о защите прав потребителей

Товары могут приобретаться для личных нужд (например, покупка предметов личной гигиены), либо для бытовых (например, приобретение электробытовых приборов), либо одновременно и для личных, и для бытовых (например, приобретение студентом микрокалькулятора для использования как дома, так и на занятиях). Не является потребителем гражданин, приобретающий товары для организаций и за их счет с целью использования этих товаров в производстве (например, приобретение фотокамеры для работы в издательстве или редакции и т. д.).

Вместе с тем предметом розничной купли-продажи могут быть и такие товары, которые дают возможность использовать их в производственных целях, не связанных с предпринимательской деятельностью. Например, предметом розничной купли-продажи может быть насос или культиватор, используемые для выращивания гражданином урожая, излишки которого могут быть им проданы на рынке.

Специфической чертой данного договора также являются особые требования к его форме. Согласно ст. 493 ГК, если иное не предусмотрено законом или договором розничной купли-продажи, в том числе условиями формуляров или иных стандартных форм, к которым присоединяется покупатель, договор розничной купли-продажи считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека либо иного документа, подтверждающего

оплату товара. В том случае, когда покупатель присоединяется к условиям формуляров или иных стандартных форм, предложенных продавцом, следует признать, что договор заключается в письменной форме. Такой договор приобретает черты договора присоединения (в ст. 493 ГК сделана прямая ссылка на ст 428 ГК).

Наиболее распространенный способ розничной торговли - через прилавок - является собой устную форму данного договора, так как это типичная сделка, в которой момент ее совершения и исполнения совпадают. В том случае, когда момент совершения и исполнения сделки не совпадают, необходимо руководствоваться требованием ст. 161 ГК, согласно которому сделки должны совершаться в простой письменной форме. Кассовый или товарный чек либо иной документ, подтверждающий оплату товара по договору розничной купли-продажи, когда момент его заключения и исполнения не совпадают, представляют собой письменную форму договора. Однако отсутствие у покупателя указанных документов не лишает его возможности сослаться на свидетельские показания в подтверждение заключения договора и его условий при заключении договора как в устной, так и в письменной форме (ст. 493 ГК).

Специфика договора розничной купли-продажи проявляется и в закреплении законом преддоговорных обязанностей продавца, которые согласно ст. 495 ГК состоят в предоставлении покупателю информации о товаре. Продавец обязан предоставить покупателю необходимую и достоверную информацию о товаре, предлагаемом к продаже, соответствующую установленным законом, иными правовыми актами и обычно предъявляемым в розничной торговле требованиям к содержанию и способам предоставления такой информации. Покупатель имеет право еще до заключения договора розничной купли-продажи осмотреть товар, потребовать проведения в его присутствии проверки свойств или демонстрации использования товара, если это не исключено ввиду характера товара и не противоречит правилам, принятым в розничной торговле.

Наконец, договор розничной купли-продажи имеет специфику по сравнению с общими правилами о купле-продаже и с точки зрения содержания, т. е. существенных условий. Покупатель в соответствии с п. 1 ст. 500 ГК обязан оплатить товар по цене, объявленной продавцом в момент заключения договора розничной купли-продажи, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не вытекает из существа обязательства. Следовательно, наряду с предметом существенным условием договора розничной купли-продажи является цена.

2. Особенности защиты прав граждан-потребителей по договору розничной купли-продажи

Потребителем по смыслу Закона о защите прав потребителей является только такой гражданин, который приобретает и использует товары исключительно для целей личного потребления, а не для перепродажи или использования с целью извлечения прибыли. Однако это вовсе не означает, что такой гражданин не может использовать их в качестве орудий производительного труда (сенокосилка или трактор, слесарный станок или грузовой автомобиль). Для применения законодательства о защите прав потребителей важно лишь, чтобы плоды и доходы, полученные гражданином в результате его производительного труда, не могли рассматриваться как прибыль, т. е. один из существенных признаков предпринимательской деятельности¹.

Гражданин рассматривается в качестве потребителя, если он не только приобретает, использует товары, заказывает работы (ус-

¹ Именно такой подход закреплен в разд I Разъяснений (луги), но и имеет намерение приобрести или заказать их. Это означает, что некоторые нормы закона должны применяться и до того, как между сторонами возникнут договорные отношения. Другими словами, ряд норм закона распространяется и на преддоговорные отношения. Это в особенности касается ст. 8-12 Закона о защите прав потребителей, регулирующих предоставление потребителям информации.

Потребителем по смыслу Закона о защите прав потребителей признается и гражданин, который купил товар или билет на поезд, и гражданин, который пользуется этим товаром (члены семьи гражданина, купившего товар, гражданин, которому он подарен, и т. п.)¹. Обязательства между изготовителями, продавцами, исполнителями и потребителями, возникающие по поводу приобретения или использования товаров для

личных (бытовых) нужд, не являются обязательствами строго личного характера (за исключением обязательств, возникающих из причинения вреда жизни и здоровью потребителя товарами, работами или услугами ненадлежащего качества), поэтому, в частности, не прекращаются смертью гражданина-потребителя (ст. 418 ГК).

Изготовителем может признаваться только такая организация или гражданин-предприниматель, которые производят товары для реализации потребителям. Следовательно, рассматриваемое законодательство не может применяться, если эти лица докажут, что выпускают продукцию, не предназначенную для потребителя, либо не передавали потребительские товары для реализации. Закон о защите прав потребителей урегулировал систему основных прав потребителей, установленных "Руководящими принципами в защиту интересов потребителей", единогласно принятыми Генеральной Ассамблеей ООН в 1985 г.2:

- право на приобретение товаров (работ, услуг) надлежащего качества,
- право на безопасность жизни и здоровья потребителей,
- 1. право на информацию о товарах (работах, услугах) и их изготовителях (исполнителях, продавцах);
- 2. право на просвещение потребителей и компетентный выбор необходимых товаров (работ, услуг);

• право на государственную и общественную защиту прав потребителей,

1 См Комментарий к Закону Российской Федерации "О защите прав потребителей" М.1993 С 5, Левшина Т Л Основы законодательства о защите прав потребителей М,1994 С 15

2 См Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 9 апреля 1985 г № 39/248

//Коммерческий вестник 1989 №7,8 С 1-13

1. право на объединение потребителей в добровольные общественные организации. Разумеется, не все перечисленные права и далеко не в одинаковой степени получают гражданско-правовую охрану. В дальнейшем будут рассмотрены только те гражданско-правовые конструкции, которые призваны обеспечить повышенную охрану прав потребителей как участников договорных отношений.

В соответствии со ст. 8-10 Закона о защите прав потребителей потребитель вправе потребовать предоставления необходимой и достоверной информации об изготовителе (исполнителе, продавце), режиме его работы и реализуемых им товарах (работах, услугах). Эта информация в наглядной и доступной форме доводится до сведения потребителей при заключении договоров купли-продажи и договоров о выполнении работ (оказании услуг) способами, принятыми в отдельных сферах обслуживания потребителей, на русском языке, а дополнительно, по усмотрению изготовителя (исполнителя, продавца), на государственных языках субъектов Российской Федерации и родных языках народов Российской Федерации¹.

Информация об изготовителе (исполнителе, продавце) включает фирменное наименование (наименование) организации, место ее нахождения и режим работы. Эти сведения продавец (исполнитель) должен размещать на вывеске. Если изготовителем (исполнителем, продавцом) является индивидуальный предприниматель, то он обязан предоставить потребителю информацию о государственной регистрации и наименовании зарегистрировавшего его органа. Если деятельность, осуществляемая изготовителем (исполнителем, продавцом), подлежит лицензированию, потребителю также должна быть предоставлена информация о номере лицензии, сроке ее действия, а также сведения об органе, выдавшем эту лицензию. Информация об изготовителе (исполнителе, продавце) должна быть доведена до сведения потребителей также при осуществлении торговли и иных видов обслуживания потребителей во временных помещениях, на ярмарках, с лотков и в других случаях, если торговля, бытовое и иные виды обслуживания потребителей осуществляются вне постоянного места нахождения продавца (исполнителя).

1 Учитывая это, предоставление данной информации на иностранном языке без сообщения перевода в объеме, указанном в п 3 ст 10 Закона о защите прав потребителей, следует расценивать как непредоставление необходимой информации с наступлением последствий, перечисленных в п 1 ст 12

Изготовитель (исполнитель, продавец) обязан своевременно предоставлять

потребителю необходимую и достоверную информацию о товарах (работах, услугах), обеспечивающую возможность их правильного выбора. При этом по отдельным видам товаров (работ, услуг) перечень и способы доведения информации до потребителя устанавливаются Правительством РФ.

Согласно п. 2 ст. 9 Закона о защите прав потребителей информация о товарах (работах, услугах) в обязательном порядке должна содержать:

сведения о качестве и безопасности товаров, работ или услуг; обозначения стандартов, обязательным требованиям которых должны соответствовать товары (работы, услуги); сведения об основных потребительских свойствах товаров (работ, услуг); гарантийный срок, если он установлен;

указания на цену и условия приобретения товаров (работ, услуг); правила и условия эффективного и безопасного использования товаров (работ, услуг);

1. срок службы или срок годности товаров (работ), установленный в соответствии с Законом о защите прав потребителей;

2. место нахождения изготовителя (исполнителя, продавца) и место нахождения организации (организаций), уполномоченной изготовителем (продавцом) на принятие претензий от потребителей и производящей ремонт и техническое обслуживание товара (работы);

3. информацию о сертификации товаров (работ, услуг), подлежащих обязательной сертификации, а также о правилах продажи товаров (выполнения работ, оказания услуг).

Информация о товарах (работах, услугах) доводится до сведения потребителей в технической документации, прилагаемой к товарам (работам, услугам), на этикетках, маркировкой или иным способом, принятым для отдельных видов товаров (работ, услуг), а информация о сертификации товаров (работ, услуг) представляется в виде маркировки в установленном порядке знаком соответствия и указанием в технической документации сведений о проведении сертификации.

Согласно п. 3 ст. 495 ГК покупатель, которому не предоставлена возможность незамедлительно получить в месте продажи необходимую информацию о товаре, вправе потребовать от продавца возмещения убытков, вызванных необоснованным уклонением от заключения договора розничной купли-продажи, а если договор заключен, в разумный срок отказаться от исполнения договора, потребовать возврата уплаченной за товар суммы и возмещения других убытков. Продавец, не предоставивший покупателю возможность получить соответствующую информацию о товаре, несет ответственность и за недостатки товара, возникшие после его передачи покупателю, в отношении которых покупатель докажет, что они возникли в связи с отсутствием у него такой информации. В ст. 12 Закона о защите прав потребителей ответственность изготовителя (исполнителя, продавца) за ненадлежащую информацию о товаре (работе, услуге), об изготовителе (исполнителе, продавце) установлена в зависимости от вида правонарушения. Если предоставление ненадлежащей, т. е. недостоверной или недостаточно полной, информации о товаре (работе, услуге), а также об изготовителе (исполнителе, продавце) повлекло:

1. приобретение товара (работы, услуги), не обладающего необходимыми потребителю свойствами, - потребитель вправе расторгнуть договор и потребовать полного возмещения убытков;

2. невозможность использования приобретенного товара (работы, услуги) по назначению - потребитель вправе потребовать предоставления ему в разумно короткий срок надлежащей информации. Если информация в оговоренный срок не будет предоставлена, потребитель вправе расторгнуть договор и потребовать полного возмещения убытков;

3. возникновение недостатков товара (работы) после передачи его потребителю - он вправе предъявить продавцу (изготовителю) требования, предусмотренные п. 1-4 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, а исполнителю - требования, предусмотренные п. 1 ст. 29 данного Закона,

4. причинение вреда жизни, здоровью и имуществу потребителя - он вправе потребовать от изготовителя (исполнителя, продавца) возмещения вреда в порядке, предусмотренном гл. 59 ГК и ст. 14 Закона о защите прав потребителей.

Пунктом 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей предусматривается общее правило, по которому условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей, признаются недействительными.

Убытки, возникшие у потребителя вследствие исполнения договора, в котором имеются условия, нарушающие действующее законодательство или являющиеся менее благоприятными, чем установленные им, подлежат возмещению изготовителем (продавцом, исполнителем) в полном объеме. При этом не обязательно весь договор в целом должен признаваться недействительным. Если договор мог быть исполнен и без включения в него недействительной части, недействительная часть сделки (договора) не влечет недействительность прочих ее частей (ст. 180 ГК).

Согласно п. 2 и п. 3 ст. 16 рассматриваемого Закона запрещается обуславливать приобретение одних товаров (работ, услуг) обязательным приобретением иных товаров (работ, услуг). Имеется в виду навязывание потребителю товаров "в наборе", "заказе" или услуг "в комплексе". Продавец не вправе навязывать потребителю приобретение товара, не являющегося единой ассортиментной единицей - "комплект" согласно п. 1 ст. 479 ГК (набор посуды или мебели). Присоединение иного дополнительного товара к необходимому потребителю фактически приводит к увеличению цены одних товаров (работ, услуг) за счет других, не пользующихся спросом и не могущих быть реализованными иным способом. Подобные действия и составляют "ущемление" прав потребителей. С другой стороны, продавцу (исполнителю) запрещается без согласия потребителя предоставлять дополнительные услуги за плату. Закон в данном случае предоставляет право потребителю, получившему подобные услуги без согласования дополнительных условий, требовать возврата уплаченных продавцу (исполнителю) сумм.

3. Права и обязанности сторон договора розничной купли-продажи

Согласно ст. 454 и 492 ГК основной обязанностью продавца является передача покупателю в собственность вещи (товара). Закон предъявляет единые требования к передаваемой вещи с точки зрения ее качества и комплектности, а если передаче подлежат вещи, определяемые родовыми признаками, - также количества и ассортимента. Вместе с тем, учитывая особенности договора розничной купли-продажи, ГК и Закон о защите прав потребителей устанавливают ряд дополнительных гарантий охраны прав покупателей.

Качество товара должно соответствовать договору, а если в установленном законом порядке предусмотрены обязательные требования к качеству продаваемого товара, то продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязан передать покупателю товар, соответствующий этим обязательным требованиям. При этом по соглашению сторон продавец может передать товар, соответствующий повышенным требованиям к качеству по сравнению с обязательными требованиями, установленными в предусмотренном законом порядке.

При отсутствии в договоре купли-продажи условий о качестве товара продавец должен руководствоваться обычно предъявляемыми требованиями.

В случае продажи товара ненадлежащего качества у покупателя возникает ряд возможностей, установленных ст. 503 ГК и ст. 18 Закона о защите прав потребителей. Он вправе по своему выбору потребовать:

1. либо замены недоброкачественного товара товаром надлежащего качества;

• либо соразмерного уменьшения покупной цены;

1. либо незамедлительного безвозмездного устранения недостатков товара;

• либо возмещения расходов на устранение недостатков товара;

• либо расторжения договора с возвратом уплаченной покупной цены.

Все указанные требования покупателя подлежат удовлетворению лишь в том случае, если продавец при заключении договора не оговорил, что реализует товар с недостатками. В некоторых случаях такая оговорка может явствовать из самого характера продажи (продажа в специальных магазинах или отделах уцененных товаров, товаров, бывших в употреблении).

Покупатель может предъявить лишь одно из указанных требований. По общему правилу предъявление этих требований ничем не обусловлено, однако в законе

установлены отдельные исключения из этого правила. Так, право на замену недоброкачественного товара товаром надлежащего качества в отношении технически сложного или дорогостоящего товара¹ может быть реализовано в случае существенного нарушения требований к его качеству (п. 1 ст. 503 ГК, п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей). В отношении граждан-потребителей перечень таких товаров утверждается Правительством РФ².

Согласно п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей в отношении товаров, закупленных продавцом по договору комиссии для последующей реализации потребителям, требования потребителя о безвозмездном устранении недостатков товара или возмещения расходов на их исправление потребителем либо третьим лицом и замене на товар аналогичной марки (модели, артикула) подлежат удовлетворению с согласия продавца. Указанные ограничения установлены только в отношении тех продавцов, которые приобрели товар для последующей реализации потребителям по договору комиссии (ст. 990-1004 ГК)³. Действие этой нормы распростра-

1 Согласно п. 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 вопрос о том, является ли товар дорогостоящим, решается судом с учетом конкретных обстоятельств каждого дела.

2 См/ постановление Правительства РФ от 13 мая 1997 г. № 575 "Об утверждении перечня технически сложных товаров, в отношении которых требования потребителя об их замене подлежат удовлетворению в случае обнаружения в товарах существенных недостатков" //СЗ РФ. 1997. № 20 Ст 2303

3 См. также: Правила комиссионной торговли непродовольственными товарами, утвержденные постановлением Правительства РФ от 6 июня 1998 г. № 569 //СЗ РФ 1998 № 24. Ст. 2733.

няется на товары, проданные потребителям розничными комиссионными торговыми предприятиями независимо от их организационно-правовых форм, а также другими продавцами, лишь бы эти товары были приняты ими от граждан по договору комиссии¹

Согласно п 3 ст. 503 ГК вместо предъявления требований о замене недоброкачественного товара товаром надлежащего качества, соразмерном уменьшении покупной цены, незамедлительном безвозмездном устранении недостатков товара либо возмещении расходов на их устранение покупатель вправе отказаться от исполнения договора розничной купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы. При этом покупатель по требованию продавца и за его счет должен возвратить полученный товар ненадлежащего качества При возврате покупателю уплаченной за товар денежной суммы продавец не имеет права удерживать из нее сумму, на которую понизилась стоимость товара из-за полного или частичного использования товара, потери им товарного вида или других подобных обстоятельств

Последствия продажи товара ненадлежащего качества, установленные ст. 503 ГК, применяются к любым лицам, вступившим в отношения по договору розничной купли-продажи, за исключением граждан-потребителей. Если в договоре розничной купли-продажи одной из сторон является гражданин-потребитель, должны применяться последствия продажи товара ненадлежащего качества, определенные п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, а не ст. 503 ГК. В этом случае потребитель вправе при расторжении договора требовать полного возмещения убытков, причиненных ему вследствие продажи товара ненадлежащего качества (если применение потребителем одного из последствий продажи товара ненадлежащего качества не покрывает причиненных ему убытков).

Требования, указанные в п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, предъявляются потребителем продавцу или организации, выполняющей на основании договора с ним функции продавца Согласно п. 3 указанной статьи требования о безвозмездном устранении недостатков или возмещении расходов потребителя по их устранению либо замене товара можно обратиться непосредственно к изготовителю (или организации, выполняющей функции изготовителя на основании договора с ним). Поскольку потребитель не имеет возможности предъявить к изготовителю все требования, указанные в п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, ему также

предоставляется право вместо предъявления этих требований вернуть изготовителю товар ненадлежащего качества и потребовать от него уплаченной за него суммы.

При продаже потребителю товара ненадлежащего качества, на который установлен срок годности, согласно п. 4 ст. 18 Закона о защите прав потребителей он может обратиться свои требования только к продавцу, и только если недостатки были обнаружены в пределах срока годности. При соблюдении указанных требований продавец обязан либо произвести замену товара с недостатками на товар надлежащего качества, либо принять такой товар и вернуть потребителю уплаченную им денежную сумму.

Требования потребителя рассматриваются при предъявлении им товарного или кассового чека, а по товарам, на которые установлены гарантийные сроки, - технического паспорта или иного заменяющего его документа. В связи с этим по требованию потребителя продавец обязан выдать ему товарный, кассовый чек или иной документ, удостоверяющий факт покупки. Отказ продавца должен рассматриваться как грубое нарушение законодательства о защите прав потребителей и является основанием (при соблюдении соответствующих условий) для наложения санкций, установленных гл. IV указанного Закона.

Договор розничной купли-продажи за наличный расчет, как правило, заключается в устной форме, а выдаваемый чек или иной документ не является письменной его формой. Это положение позволяет потребителю при отсутствии у него чека или иного аналогичного документа доказывать факт заключения договора с помощью свидетельских показаний (ст. 162 ГК; ч. 1 п. 5 ст. 18 Закона о защите прав потребителей)1.

В п. 5 ст. 18 Закона о защите прав потребителей устанавливается обязанность продавца и изготовителя (организации, выполняющей их функции на основании договора) принять товар с недостатками у потребителя. При проведении ими проверки качества для выявления причин возникновения недостатков потребителю предоставляется право участвовать в проверке качества товара. При возникновении спора о причинах возникновения недостатков товара продавец (изготовитель) обязан провести экспертизу товара за свой счет. В случае несогласия потребителя с ее результатами последний вправе оспорить заключение экспертизы в судебном порядке. Основаниями освобождения продавца (изготовителя), а также организаций, выполняющих их функции на основании договора, от обязанности удовлетворения требований потребителей являются:

1. См. п. 21 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7

1. во-первых, нарушение потребителем после передачи ему товара правил его использования, хранения или транспортировки;

- во-вторых, действия третьих лиц;
- в-третьих, непреодолимая сила.

Бремя доказывания наличия этих обстоятельств возлагается на продавца (изготовителя).

Согласно п. 6 ст. 18 Закона о защите прав потребителей продавец (изготовитель) обязан безвозмездно доставить товар с недостатками для ремонта, уценки, замены, а также вернуть потребителю отремонтированный или замененный товар. Данная обязанность распространяется на крупногабаритные и тяжелые товары (весом более 5 кг), доставка которых силами потребителя обычно затруднена. В случае неисполнения указанной обязанности либо при отсутствии в месте нахождения потребителя продавца, изготовителя или организаций, выполняющих их функции, потребитель может осуществить доставку и возврат товара с недостатками своими силами. При этом, однако, продавец, изготовитель или организации, выполняющие их функции, должны возместить ему расходы, связанные с доставкой и возвратом товара, исходя из действующих на момент перевозки тарифов на транспортно-экспедиционное обслуживание граждан.

Согласно ст. 19 Закона о защите прав потребителей потребитель вправе предъявить установленные ст. 18 данного Закона требования в отношении недостатков товара,

если они обнаружены в течение гарантийного срока или срока годности, установленных изготовителем.

Если товар длительного пользования, в том числе его комплектующие изделия (детали, узлы, агрегаты), по истечении определенного периода могут представлять опасность для жизни, здоровья потребителя или причинить вред его имуществу либо окружающей среде, изготовитель обязан устанавливать срок службы. Изготовитель также обязан устанавливать срок годности на продукты питания, парфюмерно-косметические товары, медикаменты, товары бытовой химии и иные подобные товары, поскольку по его истечении данные товары считаются непригодными для использования по назначению. Перечни таких товаров утверждаются Правительством РФ. Согласно п. 5 ст. 5 Закона о защите прав

1 См: постановление Правительства РФ от 16 июня 1997 г № 720 "Об утверждении Перечня товаров длительного пользования, в том числе комплектующих изделий (деталей, узлов, агрегатов), которые по истечении определенного периода могут представлять опасность для жизни, здоровья потребителя, причинять вред его имуществу или окружающей среде и на которые изготовитель обязан устанавливать срок службы, и Перечня товаров, которые по истечении срока годности считаются непригодными для использования по назначению" // СЗ РФ 1997. № 25 Ст. 2942.

потребителей продажа товара по истечении установленного срока годности, а также товара, на который должен быть установлен срок службы или срок годности, но он не установлен, запрещается.

Изготовитель вправе устанавливать на товар гарантийный срок в течение которого в случае обнаружения в товаре недостатка изготовитель (продавец) обязан удовлетворить требования потребителя, установленные ст. 18 Закона о защите прав потребителей. Продавец может установить на товар дополнительный гарантийный срок сверх гарантийного срока, установленного изготовителем, или, если гарантийный срок изготовителем не установлен, установить гарантийный срок сверх сроков, предусмотренных абз. 2 п. 1 ст. 19 данного Закона. Требования, которые потребитель вправе предъявлять к продавцу в случае обнаружения недостатка товара в течение установленного продавцом гарантийного срока, порядок и сроки удовлетворения этих требований, а также ответственность продавца устанавливаются договором между потребителем и продавцом. Таким образом, в рассмотренном случае речь идет о договорной гарантии, предоставляемой потребителю изготовителем или продавцом товара.

Если на товар не установлен гарантийный срок или срок годности, то возможность предъявления требований, связанных с недостатками товара, устанавливается законом (законная гарантия) (п. 2 ст. 477 ГК)1.

Гарантийный срок товара, а также срок его службы исчисляются со дня продажи товара потребителю. Если день продажи товара установить невозможно, эти сроки исчисляются со дня изготовления товара. Для сезонных товаров (обуви, одежды и т. д.) эти сроки исчисляются с момента наступления соответствующего сезона, срок наступления которого определяется соответственно субъектами Российской Федерации, исходя из климатических условий места нахождения потребителей.

При продаже товаров по образцам, по почте, а также в случаях, если момент заключения договора купли-продажи и момент

ХВ соответствии с абз. 2 п. 1 ст 19 Закона о защите прав потребителей в отношении товаров, на которые гарантийные сроки или сроки годности не установлены, потребитель вправе предъявить указанные требования, если недостатки товаров обнаружены в течение шести месяцев со дня передачи их потребителю, а в отношении недвижимого имущества - в течение не более чем двух лет со дня передачи его потребителю, если более длительные сроки не установлены законом или договором. Следует иметь в виду, что 6-месячный срок противоречит общему правилу, изложенному в ст. 477 ГК, поэтому независимо от вида товара должен применяться двухгодичный срок, установленный ГК

передачи товара потребителю не совпадают, эти сроки исчисляются со дня доставки товара потребителю, а если товар нуждается в специальной установке (подключении) или в сборке, со дня его установки (подключения) или сборки. Если день доставки,

установки (подключения) или сборки товара установить невозможно, эти сроки исчисляются со дня заключения договора купли-продажи. В отношении недвижимого имущества гарантийный срок и срок службы исчисляются с момента государственной регистрации договора купли-продажи недвижимого имущества.

Гарантийные сроки могут устанавливаться на комплектующие изделия и составные части основного товара. Такие сроки исчисляются в том же порядке, что и гарантийный срок на основной товар, и не могут быть меньше гарантийного срока на основной товар.

В случае выявления существенных недостатков товара, допущенных по вине изготовителя, потребитель вправе предъявить изготовителю требование о безвозмездном устранении недостатков товара по истечении гарантийного срока, установленного на товар изготовителем. Это требование может быть предъявлено в течение установленного срока службы товара или в течение десяти лет со дня передачи товара, если срок службы товара не установлен. Если данное требование не удовлетворено в течение двадцати дней со дня предъявления потребителем такого требования, потребитель вправе по своему выбору предъявить изготовителю требования о соразмерном уменьшении покупной цены или о замене недоброкачественного товара на товар другой марки (модели, артикула) с соответствующим перерасчетом покупной цены либо вместо предъявления этих требований вернуть изготовителю товар ненадлежащего качества и потребовать возврата уплаченной за него суммы.

Недостатки, обнаруженные в товаре, должны быть устранены изготовителем (продавцом) в течение двадцати дней со дня предъявления потребителем требования об устранении недостатков товара. При этом в отношении товаров длительного пользования изготовитель (продавец) обязан при предъявлении потребителем указанного требования в семидневный срок безвозмездно предоставить потребителю на период ремонта аналогичный товар, обеспечив доставку за свой счет. Перечень товаров длительного пользования, на которые указанное требование не распространяется, устанавливается Правительством РФ¹.

¹СЗРФ 1998 №4 Ст 482

Если недостатки товара устранялись в течение гарантийного срока, то данный срок продлевается на период, в течение которого товар не использовался. Этот период исчисляется со дня обращения потребителя с требованием об устранении недостатков товара до дня выдачи его по окончании ремонта. В том случае, когда устранение недостатков товара осуществляется посредством замены комплектующего изделия или составной части основного товара, на которые установлены гарантийные сроки, гарантийный срок на новое комплектующее изделие или составную часть основного товара исчисляется со дня выдачи потребителю этого товара по окончании ремонта. В случае предъявления требования о замене товара ненадлежащего качества продавец (изготовитель) обязан заменить такой товар в семидневный срок со дня предъявления указанного требования потребителем, а при необходимости дополнительной проверки качества такого товара - в течение двадцати дней со дня предъявления указанного требования. При отсутствии у продавца (изготовителя) необходимого для замены товара он должен заменить такой товар в течение месяца со дня предъявления указанного требования. По требованию потребителя продавец (изготовитель) обязан безвозмездно предоставить потребителю с доставкой во временное пользование на период замены аналогичный товар длительного пользования, обеспечив его доставку за свой счет. Однако данное правило не распространяется на товары, перечень которых устанавливается Правительством РФ¹.

Поскольку товар ненадлежащего качества заменяется на новый товар, гарантийный срок на него исчисляется заново со дня передачи нового товара потребителю.

Если потребитель предъявил продавцу (изготовителю) требование о замене товара с недостатками на товар той же марки (модели, артикула), но такой товар уже снят с производства либо прекращены его поставки и т. п., в соответствии со ст. 416 ГК обязательство продавца (изготовителя) в части такой замены прекращается в связи с невозможностью исполнения, а потребитель вправе предъявить иное из перечисленных в п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей и ст. 503 ГК требование (п. 19

постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 "О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей"). Бремя доказывания невозможности замены товара в указанных случаях лежит на продавце.

1 СЗ РФ 1998 № 4 Ст 482

Согласно ст 22 Закона о защите прав потребителей требования потребителя о соразмерном уменьшении покупной цены товара, возмещении расходов на исправление недостатков товара потребителем или третьим лицом, а также о возмещении убытков, причиненных потребителю расторжением договора купли-продажи (возвратом товара ненадлежащего качества изготовителю), подлежат удовлетворению продавцом (изготовителем) в течение десяти дней со дня предъявления соответствующего требования.

При замене недоброкачественного товара на соответствующий договору розничной купли-продажи товар надлежащего качества продавец не вправе требовать возмещения разницы между ценой товара, установленной договором, и ценой товара, существующей в момент замены товара или вынесения судом решения о замене товара (п. 1 ст. 504 ГК). В случае предъявления требования о соразмерном уменьшении покупной цены товара в расчет принимается цена товара на момент предъявления требования об уценке, а если требование покупателя добровольно не удовлетворено - на момент вынесения судом решения о соразмерном уменьшении цены.

Кроме того, согласно ст. 24 Закона о защите прав потребителей потребителям, которым товар был продан в кредит, в случае расторжения договора купли-продажи возвращается уплаченная за товар денежная сумма в размере погашенного ко дню возврата товара кредита, а также возмещается плата за предоставление кредита.

В ст. 502 ГК и ст. 25 Закона о защите прав потребителей установлены правила обмена товара надлежащего качества. Эти правила относятся только к непродовольственным товарам. Обмен доброкачественных продовольственных товаров не допускается. Прежде всего обмен на аналогичный товар может быть осуществлен у того продавца, у которого был приобретен обмениваемый товар, в месте покупки или иных местах, объявленных продавцом. Далее, потребитель согласно ст. 502 ГК имеет право на свободный обмен, если товар надлежащего качества не подошел по форме, габаритам, фасону, расцветке, размеру или комплектации. В ст. 25 Закона о защите прав потребителей обмен допускается и в тех случаях, когда потребитель по иным причинам не может использовать приобретенный им товар по назначению. Учитывая, что указанное положение противоречит ГК, должен применяться исчерпывающий перечень оснований для обмена, установленный в ст. 502 ГК.

Право на обмен товара надлежащего качества согласно ст 502 ГК существует в течение 14 дней с момента передачи товара покупателю, если более длительный срок не объявлен продавцом. По истечении установленного законом или объявленного продавцом срока погашается и само субъективное право потребителя на обмен. Обмен может быть осуществлен, только если обмениваемый товар не был в употреблении, сохранены его товарный вид и потребительские свойства, а также пломбы, фабричные ярлыки и выданный потребителю товарный (кассовый) чек.

Согласно п. 2 ст. 502 ГК и ч. 4 п. 1 ст. 25 Закона о защите прав потребителей Правительство РФ утверждает перечень товаров, которые не подлежат обмену по основаниям, указанным в рассматриваемой статье Закона. Перечень таких товаров утвержден постановлением Правительства РФ от 19 января 1998 г. № 55 "Об утверждении Правил продажи отдельных видов товаров, Перечня товаров длительного пользования, на которые не распространяется требование покупателя о безвозмездном предоставлении ему на период ремонта или замены аналогичного товара, и Перечня непродовольственных товаров надлежащего качества, не подлежащих возврату или обмену на аналогичный товар других размера, формы, габарита, фасона, расцветки или комплектации"¹.

Потребитель вправе требовать лишь обмена доброкачественного товара. В том случае, если аналогичный товар отсутствует в продаже на день обращения потребителя к продавцу, потребитель вправе по своему выбору либо расторгнуть договор и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы, либо дожидаться поступления аналогичного товара и обменять его. Продавец в последнем случае обязан

сообщить потребителю, потребовавшему обмена товара, о его поступлении в продажу. При обмене доброкачественного товара на аналогичный товар потребитель обязан в случае существования разницы между обмениваемым и аналогичным товаром произвести необходимый перерасчет с продавцом, так как цена за прошедшее время уже могла вырасти. Если же речь идет о том, что цена на обмениваемый товар упала, либо об обмене на более дешевый товар, то у потребителя имеются все основания потребовать от продавца возврата разницы в цене².

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения продавцом договора розничной купли-продажи покупатель вправе
'СЗРФ 1998 №4 Ст 482

2 Следует иметь в виду, что в Разъяснениях содержатся достаточно подробные указания на правила применения последствий продажи товаров ненадлежащего качества, а также замены товара надлежащего качества, установленные ст 18-25 Закона о защите прав потребителей (разд IV-XIV Разъяснений) требовать возмещения причиненных ему убытков в полном объеме. Возмещение убытков и уплата неустойки не освобождает продавца (изготовителя) от выполнения в натуре возложенных на него обязательств перед покупателем (ст 505, п. 2 и 3 ст 13 Закона о защите прав потребителей). Согласно ст. 23 Закона о защите прав потребителей за нарушение предусмотренных ст. 20, 21 и 22 данного Закона сроков, а также за невыполнение (задержку выполнения) требования потребителя о предоставлении ему на период ремонта (замены) аналогичного товара продавец (изготовитель) или организация, выполняющая функции продавца (изготовителя) на основании договора с ним, допустившие такие нарушения, уплачивают потребителю за каждый день просрочки неустойку (пеню) в размере одного процента цены товара.

Убытки, причиненные потребителю, возмещаются сверх неустойки (пени), установленной законом или договором. Следовательно, неустойка, предусмотренная Законом о защите прав потребителей, носит штрафной характер.

Согласно п. 1 ст. 13 Закона о защите прав потребителей законодательством Российской Федерации, а также договором между потребителем и продавцом может предусматриваться ответственность за нарушение последним обязательств, за которые Законом о защите прав потребителей ответственность не предусмотрена или установлен более высокий размер ответственности.

В соответствии с п. 11 и 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 "О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей", если потребитель в связи с нарушением продавцом, изготовителем (организацией, выполняющей их функции на основании договора) предусмотренных ст. 20, 21, 22 Закона сроков предъявил иное требование, вытекающее из продажи товара с недостатками, неустойка (пеня) за нарушение названных сроков взыскивается до предъявления потребителем нового требования из числа предусмотренных ст. 18 Закона. В случае просрочки выполнения нового требования также взыскивается неустойка (пеня), предусмотренная п. 1 ст. 23 Закона. В случае, когда продавцом, изготовителем (предприятием, выполняющим их функции) нарушены сроки устранения недостатков товара или сроки замены товара с недостатками, а также не выполнено либо несвоевременно выполнено требование потребителя о предоставлении во временное пользование аналогичного товара длительного пользования, неустойка (пеня) взыскивается за каждое допущенное этими лицами нарушение. При

удовлетворении судом требования потребителя предусмотренная п. 1 ст. 23 Закона неустойка (пеня) взыскивается по день фактического исполнения решения. Суд в соответствии со ст. 333 ГК вправе уменьшить размер неустойки, если она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательств.

Основными обязанностями покупателя по договору розничной купли-продажи является принятие товара и уплата покупной цены.

Если же покупатель не принимает товар или отказывается его принять, продавец вправе потребовать от покупателя принять товар или отказаться от исполнения договора.

Общие нормы ГК действуют и в отношении порядка исполнения обязанности

покупателя в договоре розничной купли-продажи по уплате покупной цены (ст. 486-489 ГК). Вместе с тем согласно ст. 500 ГК в случае, когда договором розничной купли-продажи предусмотрена предварительная оплата товара, неоплата покупателем товара в установленный договором срок признается отказом покупателя от исполнения договора, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

К договорам розничной купли-продажи товаров в кредит, в том числе с условием оплаты покупателем товаров в рассрочку, не подлежат применению правила, предусмотренные п. 4 ст. 488 ГК. Следовательно, покупатель в таких случаях не обязан уплачивать продавцу проценты за пользование чужими денежными средствами в соответствии со ст. 395 ГК. Покупатель вправе оплатить товар в любое время в пределах установленного договором периода рассрочки оплаты товара¹.

4. Виды договора розничной купли-продажи

Деление договора розничной купли-продажи на виды в законодательстве осуществляется по различным основаниям. В ГК выделены следующие его виды:

1. продажа товара с условием о его принятии покупателем в определенный срок;

- продажа товаров по образцам (описаниям, каталогам),
- продажа товаров с использованием автоматов,

1 Продажа гражданам товаров длительного пользования в кредит также регулируется

Правилами продажи гражданам товаров длительного пользования в кредит, утвержденными постановлением Совета Министров - Правительства РФ от 9 сентября 1993 г № 895//САПП РФ 1993 №39 Ст 3613 Однако следует иметь в виду, что положения указанных правил не соответствуют нормам ГК о продаже товаров в кредит и с рассрочкой платежа и поэтому не должны применяться

- продажа товара с условием о его доставке покупателю,
- договор найма-продажи

Единый критерий выделения данных видов договора розничной купли-продажи отсутствует Так, при продаже товара с условием о его принятии покупателем в определенный срок, продаже товара с условием о его доставке покупателю и продаже товаров по образцам (описаниям, каталогам) основанием для их выделения следует считать момент исполнения продавцом обязанности по передаче товара покупателю. В отличие от этого при продаже товаров с использованием автоматов основанием для выделения в отдельный вид розничной купли-продажи является момент заключения договора, а в договоре найма-продажи - момент перехода права собственности на товар к покупателю.

Согласно ст. 496 ГК договор розничной купли-продажи может заключаться с условием о принятии покупателем товара в определенный договором срок, в течение которого этот товар не может быть продан другому покупателю. Следовательно, на продавца возлагается дополнительная обязанность по выведению определенного товара из торгового оборота на обусловленное договором время

В связи с этим дополнительные расходы продавца по обеспечению передачи товара покупателю в определенный договором срок должны включаться в цену товара, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором. Кроме того, неявка покупателя или несовершение им иных необходимых действий для принятия товара в определенный договором срок могут рассматриваться продавцом в качестве отказа покупателя от исполнения договора, если, конечно, иное не предусмотрено договором.

В соответствии со ст. 499 ГК при продаже товара с условием о его доставке покупателю продавец обязан в установленный договором срок доставить товар в место, указанное покупателем, а если место доставки товара покупателем не было указано, то в место жительства гражданина (место нахождения юридического лица), являющегося покупателем Если в договоре не было определено время доставки товара для вручения его покупателю, товар должен быть доставлен в разумный срок после получения требования покупателя.

Договор при продаже товара с условием о его доставке покупателю считается исполненным с момента вручения товара покупателю, а при его отсутствии - любому лицу, предъявившему квитанцию или иной документ, свидетельствующий о заключении

договора или об оформлении доставки товара, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором либо не вытекает из существа обязательства Согласно ст. 497 ГК при продаже товаров по образцам (описаниям, каталогам) договор заключается на основании ознакомления покупателя с образцом товара (его описанием, каталогом товаров и т. п), предложенным продавцом. Покупатель, приобретая соответствующий товар, может оценить его качество и иные потребительские свойства исключительно по предоставляемой продавцом информации, поэтому до передачи товара он вправе отказаться от исполнения договора в одностороннем порядке, но при условии возмещения продавцу необходимых расходов, понесенных в связи с совершением действий по выполнению им договора.

При продаже товаров по образцам (описаниям, каталогам) договор считается исполненным с момента доставки товара в место, указанное в договоре, а если место передачи товара договором не определено - с момента доставки товара покупателю по месту жительства гражданина (месту нахождения юридического лица), являющегося покупателем, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором

Особенности продажи товаров по образцам (описаниям, каталогам) гражданам-потребителям определяются Правилами продажи товаров по образцам, утвержденными постановлением Правительства РФ от 21 июля 1997 г. № 9181. В соответствии со ст. 498 ГК при продаже товаров с использованием автоматов договор считается заключенным с момента совершения покупателем действий, необходимых для получения товара, т. е. конклюдентных действий (п 2 ст. 158 и п. 1 ст. 434 ГК) Кроме того, на продавца закон возлагает дополнительные обязанности по предоставлению покупателю информации о самом продавце товаров, а также о действиях, которые необходимо совершить покупателю для получения товара. Эта информация должна доводиться до сведения покупателей путем помещения на автомате или предоставления им иным способом сведений о наименовании (фирменном наименовании) продавца, месте его нахождения, режиме работы, порядке выполнения действий, необходимых для совершения покупки.

Данная информация позволяет покупателю в случае непредоставления через торговый автомат оплаченного им товара реализовать требование о передаче товара или возврате уплаченной сум-

'СЗРФ 1997 №30 Ст 3657

мы. Продавец в такой ситуации обязан по требованию покупателя незамедлительно предоставить покупателю товар или вернуть уплаченную им сумму.

В тех случаях, когда автомат используется для размена денег, приобретения знаков оплаты или обмена валюты, к отношениям, возникающим между продавцом и покупателем, применяются правила о розничной купле-продаже, если иное не вытекает из существа обязательства.

Согласно ст. 501 ГК специфика договора найма-продажи состоит в том, что до перехода права собственности на товар к покупателю он является нанимателем (арендатором) переданного ему товара. При найме-продаже покупатель становится собственником товара с момента его оплаты, следовательно, покупатель всегда приобретает товар в кредит или с рассрочкой платежа. На покупателя-несобственника распространяются положения ст. 491 ГК. Покупатель не вправе до перехода к нему права собственности отчуждать товар или распоряжаться им иным образом, если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из назначения и свойств товара. Если в срок, установленный договором, переданный товар не будет оплачен или не наступят иные обстоятельства, при которых право собственности переходит к покупателю, продавец вправе потребовать от покупателя вернуть ему товар, если иное не предусмотрено договором.

Необходимо отметить, что покупатель до перехода к нему права собственности на товар пользуется в отношении него некоторыми правами арендатора, в частности правом на получение плодов, продукции, доходов (ч. 2 ст. 606 ГК). Вместе с тем в отношении передачи товара покупателю, последствий обнаружения в нем недостатков, прав третьих лиц на переданный товар, прав покупателя по пользованию товаром до полной оплаты его стоимости и т. д. на продавца и покупателя распространяется

действие норм

§ 1, 3 гл. 30, а не

§ 1 гл. 34 ГК.

Иные виды розничной купли-продажи закрепляет законодательство о защите прав потребителей. В соответствии со ст. 26 Закона о защите прав потребителей Правительству РФ предоставлено право утверждать правила отдельных видов договоров купли-продажи, а также правила продажи отдельных видов товаров. В настоящее время особенности продажи отдельных видов продовольственных и непродовольственных товаров урегулированы Правилами продажи отдельных видов товаров, утвержденными постановлением Правительства РФ от 19 января 1998 г. № 551, которые заменили отдельные правила продажи конкретных видов товаров, принятые в 1993-1996 гг. в соответствии с Законом о защите прав потребителей.

§ 4. Договор продажи недвижимости

1. Понятие и предмет договора продажи недвижимости

По договору купли-продажи недвижимого имущества (договору продажи недвижимости) продавец обязуется передать в собственность покупателя земельный участок, здание, сооружение, квартиру или другое недвижимое имущество, а покупатель обязуется принять это имущество и уплатить за него определенную сторонами цену (п. 1 ст. 549, п. 1 ст. 454 ГК).

Договор продажи недвижимости характеризуется как двусторонний и взаимный. Данный договор выделяется в качестве самостоятельной разновидности договора купли-продажи по предмету - недвижимому имуществу. Продажа предприятия как имущественного комплекса регламентируется нормами

§ 8 гл. 30 ГК "Продажа предприятия".

К отношениям по продаже недвижимого имущества часто применяются и особые нормативные требования. Так, к договорам продажи недвижимости, заключаемым на торгах, в том числе на публичных, применяются правила ст. 447-449 ГК, ст. 54, 62, 63 Федерального закона от 21 июля 1997 г. "Об исполнительном производстве"². К договорам продажи недвижимости в процессе приватизации применяются нормы законодательства о приватизации; при этом положения ГК, регулирующие порядок приобретения и прекращения права собственности, применяются, если законами о приватизации не предусмотрено иное (ст. 217 ГК)³.

Как и в любом договоре купли-продажи, предметом данного договора может быть лишь та недвижимость, которая обладает признаками оборотоспособности (ст. 129 ГК). Так, в соответствии с действующим законодательством среди природных ресурсов оборото-способностью обладают лишь некоторые виды земельных участков. ИСЗРО. 1998. №4. Ст. 482.

² СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3591.

³ См.: ст. 3 Федерального закона от 21 июля 1997 г. "О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации" //СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3595.

Согласно п. 1 ст. 549 ГК предметом договора купли-продажи недвижимости может быть любое недвижимое имущество, указанное в п. 1 ст. 130 ГК, в том числе воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты. По правилам о договоре продажи недвижимости должны отчуждаться и вновь построенные (созданные) воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты после надлежащей государственной регистрации права собственности на них, ибо только в силу этого они могут приобрести статус недвижимого имущества как объекта права собственности¹.

По правилам о договоре продажи недвижимости также осуществляется продажа незавершенного строительством объекта. Возможность совершения сделок по продаже незавершенных строительством объектов как недвижимого имущества признается и современной судебной практикой².

2. Стороны договора продажи недвижимости

Продавцом и покупателем по договору купли-продажи недвижимого имущества могут быть как юридические, так и физические лица. При этом следует иметь в виду, что

уставом или специальными предписаниями закона на юридическое лицо могут налагаться ограничения на приобретение и отчуждение недвижимого имущества. Например, в большинстве случаев продажа дорогостоящей недвижимости является крупной сделкой, для совершения которой продавец - акционерное общество - должен соблюсти требования акционерного законодательства к таким сделкам.

По общему правилу в качестве продавца может выступать собственник недвижимого имущества. Продавцом также может быть лицо, уполномоченное собственником в силу закона или договора. В качестве продавца при продаже недвижимого имущества, являющегося объектом федеральной государственной собственности, выступает специализированное учреждение, уполномоченное Правительством РФ, при продаже имущества субъектов Российской Федерации.

1 В настоящее время на законодательном уровне решен лишь вопрос о регистрации сделок с морскими судами и прав на них. Этому посвящены ст. 33-51 Кодекса торгового мореплавания РФ от 30 апреля 1999 г. (РГ. 1999.1-5 мая). Регистрация воздушных судов, судов внутреннего плавания, космических объектов по причине отсутствия законодательных актов носит во многом учетно-технический характер и регламентируется ведомственными актами.

2 См. п. 16 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 1998 г. "О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав" //Вестник ВАС РФ 1998. № 10

3 В настоящее время - Российский фонд федерального имущества (постановление Правительства РФ от 15 ноября 1997 г. № 1438 "О специализированном учреждении по продаже федерального имущества" //СЗ РФ. 1997. № 47. Ст 5416)

кой Федерации - юридические лица, уполномоченные органами государственной власти субъектов Российской Федерации, а при продаже муниципального имущества - продавцы, назначенные органами местного самоуправления. Решение о продаже принимают соответственно органы Министерства государственного имущества Российской Федерации, органы по управлению государственным имуществом субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления.

Унитарные предприятия, владеющие недвижимым имуществом на праве хозяйственного ведения или на праве оперативного управления, могут осуществлять функции продавца такого имущества с согласия собственника имущества с соблюдением требований ст. 294-298 ГК и требований об их специальной правосубъектности (п. 1 ст. 113 ГК). Судебная практика признает сделки по отчуждению другим лицам закрепленного за предприятием на праве хозяйственного ведения недвижимого имущества, непосредственно участвующего в производственном процессе предприятия, приводящие к невозможности использования имущества собственника по целевому назначению, недействительными по основаниям, предусмотренным ст. 168 ГК, независимо от того, совершены они с согласия собственника (уполномоченного им органа) или предприятием самостоятельно¹.

Учреждения, имеющие право на осуществление коммерческой деятельности, могут быть продавцами недвижимого имущества, приобретенного за счет доходов от коммерческой деятельности.

Каких-либо общих ограничений по поводу возможных покупателей недвижимости гражданское законодательство не содержит. Специальные правила, адресованные к покупателям недвижимости, могут быть установлены специальным законодательством (например, законодательством о приватизации)². В законодательстве имеются также особые правила, касающиеся одновременно и продавцов, и покупателей недвижимости. Примером такого правила является норма п. 3 ст. 35 Семейного кодекса РФ от 29 декабря 1995 г., согласно которой для совершения одним из супругов сделки по распоряжению недвижимостью и сделки, требующей нотариального удостоверения и (или) регистрации в установленном

1 См.: п. 9 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 "О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав".

2 См.: п. 3 ст. 4, ст. 9 Федерального закона "О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации".

Федерации".

законом порядке, необходимо получить нотариально заверенное согласие другого супруга. Супруг, чье нотариально заверенное согласие не было получено, может требовать признания сделки недействительной в течение года с момента, когда он узнал или должен был узнать о совершении сделки.

3. Форма договора продажи недвижимости

Договор продажи недвижимости должен быть заключен в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами. Несоблюдение установленной формы договора продажи недвижимости влечет его недействительность (ст. 550 ГК). Договор продажи недвижимости (за исключением договора купли-продажи жилых помещений) считается заключенным с момента подписания сторонами единого документа, в котором сформулированы все его существенные условия.

Согласно п. 1 ст. 551 ГК переход права собственности¹ на недвижимость от продавца к покупателю подлежит государственной регистрации. Поэтому право собственности на недвижимость возникает у покупателя на основе сложного юридического состава - заключенного договора (сделки) продажи недвижимости и акта государственной регистрации перехода права собственности (или договора по жилью). Несмотря на то, что сам по себе договор продажи недвижимости не порождает у покупателя права собственности, он, как элемент сложного юридического состава, с момента заключения юридически связывает продавца и покупателя. По своей природе соглашение о продаже недвижимости является кон-сенсуальным договором. Поэтому если стороны в договоре оговаривают условие, что обязательства по передаче недвижимости и ее оплате должны быть исполнены сторонами до государственной

¹ Термин "переход права собственности" часто употребляется и в юридической литературе. Так, Д. И. Мейер указывал: "Для отчуждения необходимо только, чтобы право, насколько оно переходит к новому субъекту, настолько (не менее) отошло от прежнего, это именно составляет существо отчуждения права" (Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 1 (по исправленному и дополненному 8-му изданию 1902 г.). С. 240). В современной литературе корректность использования термина "переход права собственности" защищала И. Л. Брауде (см. Брауде И. Л. Переход права собственности на строение//СГиП. 1946 № 7. С. 61-62). Однако представляется более точным утверждение профессора В. П. Грибанова о том, что "переход имущества от продавца к покупателю по договору купли-продажи не сопровождается также и одновременно "переходом права собственности". В данном случае имеет место одновременное прекращение права собственности продавца и возникновение права собственности покупателя на проданное имущество" (Грибанов В. П. Договор купли-продажи по советскому гражданскому праву. М, 1956 С. 31).

регистрации перехода права собственности, то каждая из заинтересованных сторон может требовать их исполнения.

Согласно п. 2 ст. 551 ГК исполнение договора продажи недвижимости сторонами до государственной регистрации перехода права собственности не является основанием для изменения их отношений с третьими лицами. Данное положение необходимо понимать следующим образом. Заключенный и исполненный договор продажи недвижимости пресекает право продавца в дальнейшем распоряжаться проданным объектом недвижимости, ибо, заключив договор на отчуждение недвижимого имущества и передав это имущество покупателю, продавец исчерпывает принадлежавшее ему как собственнику правомочие распоряжения¹. Поэтому любая сделка, совершенная продавцом по поводу недвижимого имущества, переданного покупателю до момента государственной регистрации перехода права собственности на покупателя, должна признаваться недействительной, как совершенная неуправомоченным лицом². Аналогичную оценку подобным сделкам дает и судебная практика³.

До государственной регистрации перехода права собственности продавец, исполнивший обязательство по передаче недвижимого объекта во владение покупателя, сохраняет полномочие на защиту права собственности. Поэтому продавец недвижимости может заявлять виндикационный и негаторный иски.

Покупатель, которому недвижимый объект передан во владение во исполнение договора продажи недвижимости до государственной регистрации перехода права собственности, становится

1 Профессор Л. А. Кассо более радикально оценивал подобные ситуации. Он писал, что "отчуждатель какой-либо недвижимости в момент окончательного заключения сделки, как купли-продажи или дарения, отказывается от владения, которое он безмолвно переносит на приобретателя, и с этого момента он уже не в праве считать себя по отношению к сему последнему самостоятельным владельцем. Если он иногда и сохраняет еще некоторое время держание, то он уже владеет от имени приобретателя, и если между ними на этой почве возникнет столкновение, то владельческую защиту следует предоставить не отчуждателю, а приобретателю.. одна только перемена волевого момента означает прекращение самого владения" (Кассо Л. А. Русское поземельное право. М., 1906. С. 57-58)

2 Оценку иных подходов к означенной проблеме см/ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). С. 182-186; Амфитеатров Г. Н. Права на жилые строения и пользование жилыми помещениями. М., 1948. С. 23; Брауде И. Л. Право на строение и сделки по строениям по советскому гражданскому праву Изд. 2-е М., 1954. С. 100

3 См п 14 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 1998 г № 8 "О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав"

титულным владельцем. Но он, не приобретя титула собственности, не может распоряжаться полученным во владение недвижимым объектом.

Договор продажи недвижимости как элемент сложного юридического состава порождает обязательство сторон зарегистрировать переход права собственности. В содержание этого обязательства входит право требовать регистрации перехода права собственности¹. Данное обязательство подкреплено соответствующей санкцией. В п. 3 ст. 551 ГК закреплено, что в случае, когда одна из сторон уклоняется от государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о государственной регистрации перехода права собственности. Сторона, необоснованно уклоняющаяся от государственной регистрации перехода права собственности, должна возместить другой стороне убытки, вызванные задержкой регистрации.

Приведенные положения о соотношении договора продажи недвижимости и регистрации перехода права собственности касаются договоров купли-продажи нежилой недвижимости. Для договоров купли-продажи жилой недвижимости закон (п. 2 ст. 558 ГК) установил иной механизм их соотношения с актом государственной регистрации.

4. Содержание договора продажи недвижимости

К числу существенных условий договора продажи недвижимости относятся условия о предмете продажи и цене продаваемого недвижимого имущества.

Закон требует, чтобы в договоре продажи недвижимости были указаны данные, позволяющие определенно установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору, в том числе данные, определяющие расположение недвижимости на соответствующем земельном участке либо в составе другого недвижимого имущества. При отсутствии в договоре указанных данных условие о продаваемой и подлежащей передаче недвижимо-

¹ Здесь мы сталкиваемся с совершенно иной ситуацией, чем та, которая имеет место при государственной регистрации сделок, считающихся заключенными с момента такой регистрации (п. 3 ст. 433 ГК). Относительно последних Л. А. Кассо говорит: "Та из сторон, которая обещает представить договор на утверждение сего последнего (имеется в виду старший нотариус. - В. Е.), не заключает договор о договоре, а просто берется совершить известное необходимое действие: обязательство заключается *in faciendo*, а не *in contrahendo*" (Кассо Л. А. Запродажа и задаток. М., 1904. С. 21). сти считается несогласованным, а договор незаключенным (ст. 554 ГК). Требуемые законом данные о продаваемой недвижимости содержатся в специальных документах¹.

К числу обязательных документов, идентифицирующих отдельно стоящее здание (сооружение), относятся план земельного участка и (или) план объекта недвижимости с указанием кадастрового номера земельного участка, правами на которое обладает собственник здания (сооружения). На каждое здание и сооружение имеются технические паспорта с их планами и указанием целевого назначения. Документами, идентифицирующими жилое недвижимое имущество, являются паспорта таких помещений, а также соответствующие справки, выданные бюро технической инвентаризации и содержащие инвентаризационные сведения и иные данные технического учета жилищного фонда. Перечень и характер документов, содержащих данные, позволяющие определенно установить продаваемое недвижимое имущество, определяется законодательством о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним² и законодательством о техническом учете недвижимости³. Требование закона об определенности предмета договора продажи недвижимости означает, что продаваемая недвижимость как индивидуально-определенная вещь на момент заключения договора должна существовать реально (физически), а права на нее должны быть зарегистрированы в государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним⁴. В противном случае договор следует признать незаключенным вследствие отсутствия его предмета (п. 1 ст. 432 ГК). Если же на момент заключения договора недвижимая вещь уже не существует (сгорела, разрушена и т. п.), хотя права на нее как на недвижимое имущество не исключены из государственного реестра, договор продажи невозможен, так как право собственности на погибшее или уничтоженное имущество прекращается (п. 1 ст. 235 ГК). Если под видом договора

1 См Приложение № 1 к Правилам ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, утвержденным постановлением Правительства РФ от 18 февраля 1998 г. № 219 //СЗ РФ. 1998. № 8. Ст. 963.

2 См.: ст. 17, 18 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" //СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

³См., например п. 8, 9 Положения о государственном учете жилищного фонда в Российской Федерации, утвержденного постановлением Правительства РФ от 13 октября 1997 г. № 1301 //СЗ РФ. 1997 № 42. Ст. 4787.

4 См.. Брауде И. Л. Право на строение и сделки по строениям по советскому гражданскому праву. Изд 2-е. С. 94; Козырь ОМ. Недвижимость в новом Гражданском кодексе России Гражданский кодекс: проблемы, теория, практика. М, 1998. С. 294.

продажи недвижимости продается разрушенное здание (сооружение), то этот договор может прикрывать сделку по переуступке прав на земельный участок

В тех случаях, когда здания или сооружения зарегистрированы в государственном реестре в качестве объектов недвижимости, но продаются на снос, речь должна идти не о договоре продажи недвижимости, а о договоре продажи движимого имущества. Для совершения такого договора необходимо предварительно в установленном порядке получить разрешение на снос соответствующего недвижимого объекта. Вследствие этого предназначенное к сносу здание или сооружение приобретет правовой режим движимого имущества.

Требование закона об определенности предмета договора продажи недвижимости имеет свою специфику при необходимости продажи части недвижимого имущества. Дело в том, что все недвижимые вещи (предприятия, здания, сооружения, земельные участки), за исключением многоквартирных жилых домов, являются неделимыми вещами¹. Вследствие этого при необходимости продажи части здания или сооружения речь должна идти о продаже доли в праве собственности на объект недвижимости, определенный по правилам ст. 554 ГК. В договоре продажи доли в праве собственности стороны могут оговорить, какая реальная часть недвижимого имущества будет находиться в пользовании покупателя. Отчуждение доли в праве собственности на недвижимую вещь может вести к режимам нераздельного, раздельного и обособленного осуществления правомочий владения, пользования и распоряжения недвижимостью, находящейся в долевой собственности. При режиме нераздельного пользования здание, сооружение или иное строение рассматривается как нераздельный объект общего пользования без выделения сосособственникам

конкретного помещения. При режиме раздельного пользования каждому сосособствен-нику выделяется помещение, причем размеры выделенных помещений могут и не соответствовать размерам долей участников

1В доктрине дореволюционного российского права безусловно неделимыми объектами недвижимости считались, например предприятия как имущественные комплексы Но в оценке других объектов недвижимости существовали различные мнения В частности, здания одними авторами признавались неделимыми вещами (см Победоносцев К Курс гражданского права Ч 1 Вотчинные права СПб,1892 С 47- 48), а другими - делимыми вещами (см Шершеневич Г Ф Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г) С 104) Не было единства взглядов по рассматриваемому вопросу в юридической литературе советского периода (см Брауде И Л Право на строения и сделки по строениям по советскому гражданскому праву Изд 2-е С 108-112)

общей собственности При режиме обособленного пользования каждому сосособственнику выделяется помещение, размер которого соответствует доле в общей собственности на объект недвижимости

Необходимо учитывать, что нашему правопорядку известны так называемые встроенно-пристроенные нежилые помещения в жилом здании, которые регистрируются в государственном реестре в качестве самостоятельного объекта недвижимости Кроме того, до вступления в силу Федерального закона "О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" в качестве самостоятельных объектов недвижимости были зарегистрированы части приватизируемых зданий (сооружений) - отдельные этажи, подъезды В указанных случаях, когда часть здания (сооружения) зарегистрирована в государственном реестре в качестве отдельного объекта недвижимости, сделки с такой частью следует признать законными как сделки с самостоятельным объектом недвижимости.

В отличие от договора купли-продажи движимого имущества договор продажи недвижимости должен содержать в себе согласованное сторонами в письменной форме условие о цене недвижимости. Оценка недвижимости - явление многофакторное и сложное. Поэтому на рынке недвижимости оценку недвижимого имущества осуществляют профессиональные оценщики¹.

При отсутствии условия о цене договор продажи недвижимости считается незаключенным (п. 1 ст. 555 ГК). По общему правилу согласованная сторонами цена недвижимого имущества, находящегося на земельном участке, включает цену передаваемой с этим недвижимым имуществом соответствующей части участка земли или права на нее (п. 2 ст. 555 ГК). Однако данное правило диспозитивно. Кроме того, законом могут быть установлены иные правила о соотношении цены недвижимого имущества и цены передаваемой с недвижимостью соответствующей части участка земли и прав на нее

Цена недвижимости в договоре продажи недвижимости может определяться сторонами различными способами. В тех случаях, когда цена недвижимости установлена за единицу ее площади или иного показателя ее размера, общая цена такого недвижимого имущества, подлежащая уплате, определяется исходя из фактического размера переданного покупателю недвижимого имущества (п 3 ст. 555 ГК).

¹ Подробнее об этом см Харрисон Генри С Оценка недвижимости М,1994 См также Федеральный закон от 29 июля 1998 г "Об оценочной деятельности в Российской Федерации" //СЗ РФ 1998 № 31 Ст 3813

Главной обязанностью покупателя по договору продажи недвижимости наряду с обязанностью принять купленную недвижимость является обязанность по ее оплате. Форма, порядок и способ оплаты определяются сторонами договора самостоятельно. Законом допускается оплата купленной недвижимости в рассрочку и в кредит, а также предварительная оплата.

При продаже недвижимости в кредит в соответствии с нормой п. 5 ст. 488 ГК такая недвижимость признается находящейся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем обязательств по оплате товара. Ипотека, возникшая на основании нормы п. 5 ст. 488 ГК, как право (вещное обременение) на недвижимое имущество должна регистрироваться на основании заявления собственника - покупателя недвижимого имущества или продавца, в пользу которого п. 5 ст. 488 ГК

установлена ипотека, при условии наступления обстоятельств, указанных в п. 5 ст. 488 ГК.

При отсутствии в договоре условия о распределении расходов по государственной регистрации перехода права собственности эти расходы должны быть возложены на продавца, ибо на нем лежит обязанность передать предмет продажи в собственность покупателя. Возложение на продавца бремени расходов по регистрации можно рассматривать как следствие наличия у него обязанности обеспечить возникновение у покупателя права собственности на проданное имущество¹. Однако практика российского рынка недвижимости идет в противоположном направлении.

5. Права на земельный участок при продаже находящейся на нем недвижимости
При заключении и исполнении договора продажи здания или сооружения обязательно возникает вопрос о праве покупателя на земельный участок, связанный с продаваемой недвижимостью. Дело в том, что строение и земельный участок под ним образуют некоторое единство: единый строительно-технический объект, единый хозяйственно-эксплуатационный объект. Для правильной эксплуатации строения (технической и хозяйственной) необходим земельный участок не только в габаритах самого строения, но и вокруг него для обслуживания строения².

По общему правилу при переходе права собственности на здания, сооружения и иную недвижимость к покупателю переходят и

¹ См Иоффе О С Советское гражданское право (курс лекций) Отдельные виды обязательств Л, 1961 С 15, Советское гражданское право Т 2//Подред О А Кра-савчикова М, 1985 С 8

²См Брауде ИЛ Право на строение и сделки по строениям по советскому гражданскому праву Изд 2-е С 14

права на ту часть земельного участка, которая занята проданной недвижимостью и необходима для ее использования (п. 1 ст. 552 ГК). Взаимосвязь перехода права собственности на здания и сооружения и права на соответствующую часть земельного участка бывает различной в зависимости от содержания и характера прав продавца недвижимости на земельный участок, на котором она расположена.

1. Когда продавец здания или сооружения является собственником земельного участка, на котором находится продаваемая недвижимость, покупателю передается право собственности либо предоставляется право аренды или иное право, предусмотренное договором продажи недвижимости, на соответствующую часть земельного участка (п. 2 ст. 552 ГК). Если договором не определено передаваемое покупателю недвижимости право на соответствующий земельный участок, к нему переходит право собственности на ту часть земельного участка, которая занята недвижимостью и необходима для ее использования.

2. Если продавец здания или сооружения не является собственником земельного участка, на котором оно расположено, то к покупателю переходят те же права на пользование соответствующей частью земельного участка (право аренды, постоянного (бессрочного) пользования и т. п.), на тех же условиях и в том же объеме, что принадлежали продавцу (п. 3 ст. 552, п. 2 ст. 271 ГК). При этом, если иное не предусмотрено законом или договором, продажа недвижимости, находящейся на чужом земельном участке, допускается без согласия собственника этого участка. Подобная продажа не должна противоречить условиям пользования таким участком, установленным законом или договором, в частности целевому назначению земельного участка. В противном случае подобное изменение будет означать необходимость перевода земельного участка из одной категории земель в другую.

При продаже земельного участка, на котором расположено принадлежащее продавцу земли здание, сооружение или иная недвижимость, без передачи этой недвижимости в собственность покупателя в договоре следует согласовать условия, определяющие права продавца на земельный участок, на котором находится такая недвижимость.

Если такие условия не определены договором, продавец сохраняет право ограниченного пользования (сервитут) той частью земельного участка, которая занята недвижимостью и необходима для ее использования в соответствии с ее назначением (ч. 2 ст. 553 ГК).

Нормы ст. 552, 553 ГК дают основание для ряда важных выводов.

Во-первых, действующим российским законодательством земельный участок признается принадлежностью главной вещи - строения (здания, сооружения), расположенного на нем. Во-вторых, строение (здание, сооружение), находящееся на чужом земельном участке (не принадлежащем на праве собственности собственнику строения), признается недвижимым имуществом, а собственник такого имущества обладает свободой распоряжения им.

При продаже доли в праве собственности (продаже части) здания (сооружения), расположенного на земельном участке, принадлежащем продавцу на праве собственности, права покупателя на земельный участок должны определяться продавцом и покупателем в договоре с соблюдением требований земельного законодательства. При продаже доли в праве собственности (продаже части) здания (сооружения), расположенного на земельном участке, которым продавец владеет в силу ограниченного вещного права, отличного от права собственности, покупатель приобретает аналогичное вещное право. Порядок и пределы его осуществления должны быть оформлены в порядке, предусмотренном земельным законодательством.

6. Исполнение и прекращение договора продажи недвижимости

Главное обязательство, подлежащее исполнению продавцом и покупателем, состоит в передаче недвижимости продавцом и принятии ее покупателем по передаточному акту или иному документу о передаче (п. 1 ст. 556 ГК). Приведенная императивная норма устанавливает юридически обязательную процедуру передачи недвижимости. Поэтому передаточный акт или иной документ о передаче на практике требуется в качестве обязательного для регистрации перехода права собственности на проданную недвижимость. Уклонение одной из сторон от подписания документа о передаче недвижимости на условиях, предусмотренных договором, считается отказом соответственно продавца от исполнения обязанности передать имущество, а покупателя - от обязанности принять имущество.

Подписание сторонами передаточного акта или иного документа о передаче наряду с фактической передачей недвижимого имущества является обязательным условием, позволяющим говорить об исполнении обязательства по передаче и приему недвижимого имущества. Вместе с тем в предусмотренных договором или законом случаях это обязательство по передаче недвижимого имущества будет считаться исполненным при наступлении дополнительных фактов (пп. 2 п. 1 ст. 556 ГК). Например, стороны могут ввести в договор условие, согласно которому обязательство продавца по передаче имущества будет считаться исполненным, только тогда, когда он:

а) подпишет передаточный акт;

б) фактически передаст недвижимое имущество;

1. оплатит расходы по государственной регистрации перехода права собственности к покупателю.

При передаче сложных в инженерно-техническом отношении зданий и сооружений стороны могут оговорить, что обязательным условием надлежащего исполнения обязательства по передаче является проведение продавцом за свой счет силами специализированной организации контрольных и проверочных мероприятий на предмет определения качественного состояния объекта недвижимости, инженерных коммуникаций, информационных сетей и т. п., обслуживающих данный объект.

Стороны договора продажи недвижимости несут ту же ответственность, что и стороны договора продажи движимого имущества, за следующими исключениями.

Во-первых, принятие покупателем недвижимости, не соответствующей условиям договора, в том числе в случае, когда такое несоответствие оговорено в документе о передаче недвижимости, не является основанием для освобождения продавца от ответственности за ненадлежащее исполнение договора (п. 2 ст. 556 ГК).

Во-вторых, при передаче продавцом покупателю недвижимости с существенным нарушением условий договора о качестве недвижимости покупатель не вправе потребовать замены некачественной недвижимости на качественную однородную недвижимость (ст. 557 ГК). Это исключение объясняется тем, что объектом недвижимости является индивидуально-определенная вещь, что исключает возможность ее замены в силу характера и существа обязательства (п. 3 ст. 475 ГК).

Договор продажи недвижимости может быть расторгнут как до государственной регистрации перехода права собственности, так и после такой регистрации. Последняя не является препятствием для расторжения договора продажи недвижимости даже в тех случаях, когда законом или договором предусмотрена возможность расторжения договора с возвращением полученного сторонами по договору по основаниям, предусмотренным ст. 450 ГК, в том числе и в связи с неоплатой покупателем имущества. В этом случае для расторжения договора купли-продажи недвижимости недостаточно факта отказа продавца от договора, так как сам по себе такой факт не может служить основанием для регистрации перехода права собственности обратно к продавцу. Необходимо обращение продавца в суд, в решении которого должно содержаться предписание регистрирующему органу о регистрации перехода права собственности от покупателя к продавцу в силу расторжения договора. Суд может принять такое решение только тогда, когда в договоре продажи недвижимости стороны оговорили возможность возврата исполненного до момента расторжения договора (п. 4 ст. 453 ГК).

Решение суда о расторжении договора продажи недвижимости не означает признания недействительности предшествующего акта государственной регистрации перехода права собственности к покупателю. Данная регистрационная запись о переходе права собственности от продавца к покупателю, как осуществленная на законном основании - договоре продажи недвижимости, остается в силе. Регистрационная запись об обратном переходе права собственности от покупателя к продавцу, осуществленная на основании решения суда о расторжении договора продажи недвижимости и возврате недвижимого имущества продавцу, будет существовать в реестре наряду с предшествующими записями.

7. Особенности продажи жилых помещений

Существенным условием договора продажи дома, квартиры, части жилого дома или квартиры, иного жилья, в котором проживают лица, сохраняющие в соответствии с законом право пользования этим помещением после его приобретения покупателем, является перечень этих лиц с указанием их прав на пользование продаваемым жилым помещением (п. 1 ст. 558 ГК).

В указанный перечень включаются следующие субъекты:

1. члены семьи прежнего собственника, круг которых определяется по правилам ст. 53 ЖК РСФСР, включая тех, кто прекратил семейные отношения с прежним собственником и не состоит с ним в родственных отношениях;

1 См п 15 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 1998 г № 8 "О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав"

1. наниматель жилого помещения и постоянно проживающие с ним граждане (ст 672, 677 ГК),

2. поднаниматель жилого помещения в пределах срока действия договора найма (ст. 672, 685 ГК);

3. лицо, обладающее правом пожизненного пользования жилым помещением в порядке завещательного отказа (ст. 538 ГК РСФСР 1964 г),

4. получатель ренты по договору пожизненного содержания с иждивением, если в договоре оговорено проживание его в данном жилом помещении (п 1 ст 602, п. 1 ст. 586 ГК);

5. ссудополучатель по договору безвозмездного пользования жилым помещением в пределах срока действия договора (п 1 ст. 700 ГК).

В тех случаях, когда какие-либо лица, сохраняющие в соответствии с законом права пользования жильем, не были указаны в таком перечне, покупатель вправе в соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 460 ГК вследствие того, что продавец без его согласия передал ему товар, не свободный от прав третьих лиц, потребовать уменьшения покупной цены либо расторжения договора продажи жилого помещения.

Договор продажи жилого помещения подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации (п. 2 ст. 558 ГК). Таким образом, при продаже жилого помещения переход права собственности от продавца к покупателю не регистрируется. Поэтому нормы ст. 551 ГК по отношению к договорам

продажи жилого помещения применяться не могут.

Передача жилого помещения, даже оформленная соответствующим актом, но осуществленная до государственной регистрации договора продажи жилого помещения, не порождает каких-либо прав покупателя на жилое помещение. Факт заключения договора продажи жилого помещения порождает у его субъектов лишь право на обращение в суд с требованием вынесения решения о регистрации договора продажи жилого помещения в случаях, когда какая-либо сторона уклоняется от этого. Совершение сделок купли-продажи жилых помещений подвержено ряду ограничений. Так, продажа жилого помещения, в котором проживают несовершеннолетние члены семьи собственника, допускается только с согласия органа опеки и попечительства (п. 4 ст. 292 ГК). А в соответствии со ст. 19 Закона РФ от 24 декабря 1992 г. (в редакции от 10 февраля 1999 г.) "Об основах федеральной жилищной политики" не допускается продажа иным лицам заселенных квартир и домов государственного, муниципального и общественного жилищных фондов без согласия проживающих в них совершеннолетних граждан.

§ 5. Договор продажи предприятия

1. Понятие и содержание договора продажи предприятия

По договору продажи предприятия продавец обязуется передать в собственность покупателя предприятие в целом как имущественный комплекс (ст. 132 ГК), за исключением прав и обязанностей, которые продавец не вправе передавать другим лицам (п. 1 ст. 559 ГК).

Выделение договора продажи предприятия в качестве самостоятельной разновидности договора продажи недвижимости обусловлено особым характером предмета - предприятия как имущественного комплекса. В соответствии с п. 2 ст. 132 ГК в состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания), и другие исключительные права, если иное не предусмотрено законом или договором. Предприятие как особый вид недвижимости рассматривается законом как живое предпринимательское дело - бизнес¹.

Любому организованному предпринимательскому делу - бизнесу присущи:

1. статический элемент - обособленный от иного имущества комплекс из материальных и нематериальных составляющих,
- динамический элемент - осуществление планируемых действий;
- цель - производство товаров или оказание услуг;
- продолжительное (постоянное участие) в имущественных отношениях;
- людские ресурсы.

Поэтому, с одной стороны, "предприятие - это сумма вещей, прав и фактических отношений (возможности, добрая воля), которые через посредство субъекта прав (предпринимателя) связаны в организационное единство"²; с другой стороны, "понятие предприятия выходит за рамки понятия обособленного имущества,

¹ Подтверждение этому мы находим в ст. 86 Федерального закона от 8 января 1998 г. "О несостоятельности (банкротстве)" //СЗ РФ № 12 1998 Ст. 492 В ней сказано, что в целях удовлетворения требования кредиторов план внешнего управления может предусматривать продажу предприятия (бизнеса) должника

гЭннекерцерусЛ Курс германского гражданского права Т 1, полутом 2 М, 1950 С 67 так как к предприятию относятся также и возможности (клиентура, репутация, секреты предприятия, рынок сбыта, целесообразная организация, реклама и т. п.)"¹. В связи с последним следует отметить, что особым нематериальным элементом предприятия является его фактическое положение на рынке, деловая репутация, сложившиеся коммерческие связи - все то, что именуется по-французски "achallandage", по-немецки "Unternehmensmehrwert" по-английски "goodwill"².

В состав предприятия как предмета продажи в соответствии с законом не включаются права, полученные продавцом на основании разрешения (лицензии) на занятие

соответствующей деятельностью (например, право на оказание транспортных, аудиторских услуг и т. д.) Такие права не подлежат передаче покупателю предприятия, если иное не установлено законом или иными правовыми актами. Например, согласно п. 1 ст. 86 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" в случае, когда основной вид деятельности должника осуществляется на основании разрешения (лицензии), покупатель приобретает преимущественное право на получение указанного разрешения (лицензии). Передача покупателю в составе предприятия обязательств, исполнение которых покупателем невозможно при отсутствии такого разрешения (лицензии), не освобождает продавца от соответствующих обязательств перед кредиторами. За неисполнение таких обязательств продавец и покупатель несут перед кредиторами солидарную ответственность (п. 3 ст. 559 ГК).

Статья 132 ГК говорит о возможности продажи предприятия как в целом, так и в части. Вместе с тем при буквальном толковании ст. 559 ГК должен следовать вывод, что возможна продажа предприятия только в целом, в виде единого имущественного комплекса. Необходимо исходить из того, что предприятие - это юридически неделимая совокупность имущества. При продаже имущества предприятия по частям невозможно частично передать фирму, клиенту, доброе имя и т. п. При продаже предприятия в целом помимо возможности передачи в полном объеме нематериальных активов предприятия сохраняется производственное или торговое дело, рабочие места для занятых на предприятии людей.

' Эннекерцерус Л Указ соч С 67

• Подробнее об этом см Кулагин МИ Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо//Избранные труды М,1997 С 32 Здесь следует отметить, что по смыслу ст 132 ГК этот актив не входит в состав предприятия, но, думается, практика придет к признанию его как ценности, неразрывно связанной с предприятием, и на этой базе возникнет обычная норма делового оборота

2

Поэтому продажа предприятия в целом предпочтительнее и с публично-правовой точки зрения. При продаже имущества предприятия по частям велика угроза использования договора продажи для увода активов в различных неблагоприятных целях (например, увод имущества от возможности наложения взыскания по требованию кредиторов).

В роли продавца предприятия по общему правилу могут выступать гражданин-предприниматель или юридическое лицо, которым предприятие принадлежит на праве собственности¹. При продаже имущественного комплекса, принадлежащего унитарному государственному или муниципальному предприятию на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления, продавцом может быть только орган Министерства государственного имущества РФ либо соответствующий уполномоченный орган по управлению муниципальным имуществом как представители того или иного публичного собственника, но не само унитарное предприятие как юридическое лицо. Унитарное предприятие создается и существует как юридическое лицо, наделенное в силу указания закона (п 1 ст. 113 ГК) специальной правосубъектностью. При продаже имущественного комплекса владевшее им унитарное предприятие как юридическое лицо лишается имущества, служившего базой его специальной правосубъектности. Вследствие этого подобное унитарное предприятие как юридическое лицо, не обладающее имущественным комплексом, необходимым для достижения целей, для которых оно было создано, должно быть ликвидировано или преобразовано по решению публичного собственника- государства, муниципии (п. 1 ст. 295 ГК).

Покупателями предприятия могут быть граждане-предприниматели, юридические лица, государство, муниципальные образования. Помимо общих требований к покупателям предприятия, закрепленных в гражданском законодательстве, в законодательстве о приватизации могут устанавливаться особые требования к 1 Необходимо вновь подчеркнуть, что под предприятием в данном случае понимается имущественный комплекс, а не организационно-правовая форма юридического лица (т е объект, а не субъект права) Поэтому речь идет об отчуждении и приобретении неправосубъектных организаций (например, магазинов, мастерских, гостиниц,

ресторанов и т.п.), а не "индивидуальных частных предприятий" и других "предприятий", принадлежащих частным собственникам, поскольку они подлежали преобразованию или ликвидации до 1 июля 1999 г в соответствии с п. 5 ст. 6 Федерального закона о введении в действие части первой ГК РФ. Унитарными предприятиями как имущественными комплексами могут владеть только публичные собственники.

2. См. п. 3 ст. 4, ст. 9 Федерального закона "О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации".

Перед заключением данного договора стороны должны совершить предварительные действия по удостоверению состава продаваемого предприятия, аудиторскую проверку его деятельности и оценку предприятия как бизнеса. На основании их результатов до подписания договора продажи предприятия должны быть составлены и рассмотрены сторонами акт инвентаризации, бухгалтерский баланс, заключение независимого аудитора о составе и стоимости предприятия, а также перечень долгов (обязательств), включаемых в состав предприятия с указанием кредиторов, характера, размера и сроков их требований (п. 2 ст. 561 ГК), документ об оценке предприятия.

Удостоверение состава продаваемого предприятия есть не что иное, как его полная инвентаризация (п. 1 ст. 561 ГК). Инвентаризация выполняет следующие функции: Во-первых, это проверка фактического наличия числящихся на балансе предприятия ценностей (материальных и нематериальных активов), их сохранности, описание основных признаков и определение текущего состояния.

Во-вторых, это один из способов оценки состава предприятия. Инвентаризация должна проводиться в соответствии с установленными правилами, а именно в соответствии с Методическими указаниями по инвентаризации имущества и финансовых обязательств, утвержденными приказом Министерства финансов РФ от 13 июня 1995 г. № 491.

Проведение инвентаризации - императивное требование закона. Инвентаризация должна быть полной, т.е. проводится в отношении всего имущества, всех долгов и прав требования, включаемых в состав предприятия, даже тех, которые не подлежат передаче покупателю в силу закона или по договоренности сторон (ст. 561 ГК).

Инвентаризация - это одно из оснований оценки предприятия, и она может служить основанием требований о цене, заявленных продавцом.

Акт инвентаризации дополняется заключением независимого аудитора о составе и финансовом состоянии предприятия. Цель 2 внешней аудиторской проверки двояка.

1. во-первых, проверка соответствия (достоверности) финансовой отчетности установленным критериям³,

1 ЭГ 1995 № 5

2 Подробнее о целях, способах и формах аудита см Аудит Сборник методических указаний М, 1995

4 Основные критерии (система показателей) деятельности экономических субъектов, по которым их бухгалтерская (финансовая) отчетность подлежит обязательной ежегодной аудиторской проверке, утверждены Правительством РФ (см. постановление Правительства РФ от 7 декабря 1994 г. № 1355//СЗРФ 1994 № 33 Ст. 3451)

1. во-вторых, проверка законности совершенных хозяйственных операций¹.

Аудиторская проверка подтверждает достоверность бухгалтерского баланса предприятия. В основе заключения договора продажи предприятия должен лежать бухгалтерский баланс, принятый налоговыми органами.

Оценка предприятия (бизнеса) при его продаже всегда краеугольный камень данной сделки. Как экономическая операция оценка лежит вне правовой проблематики.

Оценочная деятельность - это деятельность профессиональная, основанная на богатой достижениями теории оценки недвижимости. Оценка предприятия более сложна, чем оценка иных видов недвижимого имущества, так как в этом случае речь идет об оценке бизнеса, цена которого зависит от многих статических и динамических факторов².

Условие о цене является существенным условием договора продажи предприятия.

Правила о цене недвижимости, изложенные в ст. 555 ГК, в полной мере относятся и к цене продаваемого предприятия. Вместе с тем необходимо иметь в виду, что при определении цены предприятия принимается во внимание не только стоимость

составляющего его имущества. Цена предприятия как бизнеса напрямую зависит от его репутации ("achallandage", "Unternehmensmehrwert", "goodwill"). Внешне это выступает как цена знаков индивидуализации, которая иногда может быть сравнима с ценой передаваемых материальных активов или даже может превышать ее.

Проведение инвентаризации, аудиторской проверки, оценки предприятия и иных действий при подготовке к заключению до-

1 См п 5 Временных правил аудиторской деятельности в Российской Федерации, утвержденных Указом Президента РФ от 22 декабря 1993 г № 2263 //САПП РФ 1993 № 52 Ст 5069

2 Подробнее об этом см Харрисон Генри С Указ соч

'Касаясь вопроса об экономической ценности средств индивидуализации предприятия, Г Ф Шершеневич указывал, что она заключается в "той ценности, какую имеет хорошо поставленное предприятие благодаря своей известности среди публики Эта известность может распространяться среди все большего круга потребителей Район известности предприятия, заставляющий искать с ним сделки, различается по характеру предприятия некоторые предприятия могут быть известны всей России, другие - Поволжскому краю, иные - одному только городу, а может быть, только одной улице Наличие этой ценности обнаруживается в том излишке, какой приобретает цена предприятия сверх стоимости помещения, обстановки, товаров А где есть ценность, там имеются интересы, требующие защиты" (Шершеневич Г Ф Учебник торгового права (по изданию 1914 г) С 76, 77)

говора о его продаже требует от сторон значительных усилий и затрат. Распределение обязанностей и расходов по их проведению должно основываться на соглашении сторон.

Рассматриваемый договор должен быть заключен в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами, с обязательным приложением к нему акта инвентаризации, бухгалтерского баланса, заключения независимого аудитора о составе стоимости предприятия, а также перечня долгов (обязательств), включаемых в состав предприятия, с указанием кредиторов, характера, размера и сроков их требований (п. 1 ст. 560 ГК). Договор продажи предприятия подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации. Порядок регистрации прав на предприятие и сделок с ним определен ст. 22 Закона о регистрации недвижимости.

2. Исполнение договора продажи предприятия

Исполнение договора продажи предприятия можно свести к трем наиболее важным действиям сторон:

1. уведомление кредиторов по обязательствам, включенным в состав предприятия;
- передача предприятия продавцом покупателю;
 - оплата покупателем стоимости предприятия.

Уведомление кредиторов по обязательствам, включенным в состав предприятия, осуществляется по договоренности между сторонами одной из них в порядке, предусмотренном ст. 562 ГК. Уведомление кредиторов по обязательствам, включенным в состав предприятия, должно быть совершено в письменной форме до передачи предприятия продавцом покупателю. При этом следует иметь в виду, что уведомлением кредитор фактически делается предложение о переводе долга с продавца предприятия на его покупателя. Поэтому в соответствии с п. 2 ст. 391 ГК и п. 1 ст. 389 ГК ответ кредитора будет считаться надлежащим образом оформленным, если ему будет придана письменная форма.

Кредитор, уведомленный надлежащим образом, имеет право в письменной форме сообщить продавцу о своем согласии на перевод долга. При этом следует иметь в виду, что кредитор, уведомленный надлежащим образом, может, не сообщая ничего продавцу, потребовать в течение трех месяцев со дня получения уведомления либо прекращения или досрочного исполнения обязательств и возмещения продавцом причиненных этим убытков, либо признания договора продажи предприятия недействительным полностью или в соответствующей части (п. 2 ст. 562 ГК).

Указанный

выше трехмесячный срок по своей природе является сокращенным сроком исковой

давности.

Если кредитор, уведомленный надлежащим образом, или ничего не сообщит продавцу, или не заявит одно из перечисленных требований, то он будет считаться кредитором, не давшим согласия на перевод долга с продавца на покупателя предприятия. Вследствие этого стороной по таким обязательствам остается продавец предприятия. Однако если обязательство будет исполнено покупателем предприятия, то кредитор в соответствии с п. 1 ст. 313 ГК будет обязан принять такое исполнение. Более того, обязанность покупателя исполнить кредиторам продавца обязательства, включенные в состав предприятия, может быть внесена в договор продажи предприятия. Кредитор же сохраняет право дать согласие на перевод долга. До тех пор пока кредитор не даст такого согласия либо обязательства не будут надлежащим образом исполнены, продавец и покупатель несут перед кредитором солидарную ответственность (п. 4 ст. 562 ГК)¹.

В тех случаях, когда кредитор не был надлежащим образом уведомлен о продаже предприятия, он имеет право в течение года со дня, когда он узнал или должен был узнать о передаче предприятия продавцом покупателю, заявить одно из следующих требований:

- а) о прекращении или досрочном исполнении обязательств и возмещении продавцом причиненных этим убытков,
- б) о признании договора продажи предприятия недействительным полностью или в соответствующей части

Указанный годичный срок является исковым.

Если в состав предприятия, переданного покупателем продавцу, будут включены обязательства (долги), которые были переведены на покупателя без согласия кредитора, то перед таким кредитором продавец и покупатель несут солидарную ответственность.

В соответствии с п. 1 ст. 563 ГК передача предприятия должником осуществляется по передаточному акту, в котором указываются данные о составе предприятия и об уведомлении кредиторов о продаже предприятия, а также сведения о выявленных недостатках переданного имущества и перечень имущества, обязанности по передаче которого не исполнены продавцом ввиду его

¹ См. Комментарий к ГК РФ (Части второй) /Под ред. О. Н. Садикова М., 1996 С. 139 (автор комментария - Г. Е. Авилов)

утраты. Подготовка предприятия к передаче, включая составление и представление на подписание передаточного акта, является обязанностью продавца и осуществляется за его счет, если иное не предусмотрено договором.

Предприятие считается переданным со дня подписания передаточного акта обеими сторонами. С этого момента на покупателя переходит риск случайной гибели или случайного повреждения имущества в составе предприятия. В связи с переходом на покупателя указанного риска к нему переходит и право на использование имущества, вошедшего в состав предприятия, в предпринимательских целях. Возникшие в результате этого имущественные приращения войдут в состав переданного предприятия. Последнее положение логически вытекает из правила п. 3 ст. 564 ГК, согласно которому в случаях, когда договором предусмотрено сохранение за продавцом прав собственности на переданное покупателю предприятие до оплаты предприятия или до наступления иных обстоятельств, покупатель вправе до перехода к нему права собственности распоряжаться имуществом и правами, входящими в состав переданного предприятия в той мере, в какой это необходимо для целей, для которых предприятие было приобретено.

Как видно из закона, цель приобретения предприятия, обычно не входящая в состав существенных условий договора, в случае, когда покупатель использует право ограниченного распоряжения переданным ему предприятием до государственной регистрации перехода права собственности на предприятие, приобретает характер существенного условия, необходимого для договоров данного вида. Определение для таких случаев целей приобретения покупателем предприятия нужно во избежание взаимных претензий сторон, а также для предотвращения возможности нанесения ущерба деловой репутации предприятия.

Если какая-либо из сторон договора продажи предприятия будет уклоняться от подписания акта передачи предприятия, то это будет считаться отказом соответственно продавца - от исполнения обязательства по передаче предприятия, а покупателя - от обязательства принять предприятие (п. 1 ст. 556 ГК).

Передача предприятия как целостного имущественного комплекса предполагает совершение продавцом и покупателем массы различных сделок, направленных на фактическое отчуждение отдельных элементов предприятия покупателю. Поэтому на базе договора продажи предприятия могут быть заключены различные договоры¹ Очевидно, что личные права, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы, услуги, исключительные права на объекты творческой деятельности могут быть переданы покупателю только по договорам, заключенным в соответствии с требованиями авторского, патентного законодательства, законодательства о товарных знаках и знаках обслуживания и т. п., в частности с требованиями к договорам об уступке указанных прав, к лицензионным соглашениям по их поводу и т. п. При решении вопроса о передаче в качестве элементов предприятия недвижимого имущества необходимо совершение сделок по отчуждению недвижимого имущества и действий по государственной регистрации прав на указанное недвижимое имущество. Большой комплекс юридически значимых действий необходимо будет совершить сторонам договора продажи предприятия с целью перевода на покупателя прав по использованию природных ресурсов. Право собственности на предприятие переходит к покупателю с момента государственной регистрации этого права. Если иное не предусмотрено договором продажи предприятия, право собственности на предприятие переходит к покупателю и подлежит государственной регистрации непосредственно после передачи предприятия покупателю (п. 1, 2 ст. 564 ГК). Здесь возникает вопрос о природе права продавца и правомочий покупателя на имущество, переданное в составе предприятия, с момента передачи предприятия до момента государственной регистрации права собственности на него.

Передавая в составе предприятия вещественные элементы, продавец исчерпывает свое право распоряжения ими, но сохраняет право собственности на них до момента регистрации права собственности покупателя на предприятие. В этом случае права продавца предприятия аналогичны правам продавца нежилой недвижимости. В отношении обязательственных прав требований продавец продолжает оставаться их субъектом. Последнее не согласуется с тем, что покупатель, принявший предприятие, не став

1 В литературе давно было отмечено, что "за договором об отчуждении предприятия, "как целого" должны следовать те различные правовые действия, которые подлинно перенесут на приобретателя отдельные элементы предприятия. И чем полнее сделка отчуждения, чем больше число тех элементов предприятия, которые переходят к приобретателю, тем больше соответственных правовых действий должно последовать за договором об отчуждении предприятия. При этом некоторыми из таких действий может оказаться, в свою очередь, заключение договоров" (Флей-шиц Е. А. Торгово-промышленное предприятие в праве западно-европейском и РСФСР Л, 1924 С 39)

его собственником, может нести ответственность по долгам предприятия, собственником которого по-прежнему является продавец. Так, согласно п. 4 ст. 562 ГК покупатель после передачи предприятия несет солидарную с продавцом ответственность по включенным в состав переданного предприятия долгам, которые были переведены на покупателя без согласия кредитора. Вследствие указанного очевидно, что в договоре продажи предприятия требуется тщательное урегулирование вопроса о моменте перехода прав требований от продавца к покупателю. После передачи предприятия продавцом у покупателя возникает определенная возможность распоряжаться предприятием. Это следует из п. 3 ст. 564 ГК, согласно которому в случаях, когда договором предусмотрено сохранение за продавцом права собственности на предприятие, переданное покупателю, до оплаты предприятия или до наступления иных обстоятельств, покупатель вправе до перехода к нему права собственности распоряжаться имуществом и правами, входящими в состав

переданного предприятия, в той мере, в какой это необходимо для целей, для которых предприятие было приобретено.

3. Ответственность сторон по договору продажи предприятия

Основные негативные последствия для продавца связаны с передачей предприятия с недостатками и предусмотрены ст. 565 ГК.

Последствия передачи продавцом и принятия покупателем по передаточному акту предприятия, состав которого не соответствует предусмотренному договором продажи предприятия, в том числе в отношении качества переданного имущества, определяются на основании правил, предусмотренных ст. 460-462, 466, 469, 475, 479 ГК, если иное не вытекает из договора или не предусмотрено законом. В случае, когда предприятие передано и принято по передаточному акту, в котором указаны сведения о выявленных недостатках предприятия и об утраченном имуществе, покупатель вправе требовать соответствующего уменьшения покупной цены предприятия, если право на предъявление в таких случаях иных требований не предусмотрено договором продажи предприятия.

Покупатель вправе требовать уменьшения покупной цены в случае передачи ему в составе предприятия долгов (обязательств) продавца, которые не были указаны в договоре продажи предприятия или передаточном акте, если продавец не докажет, что покупатель знал о таких долгах (обязательствах) во время заключения договора и передачи предприятия.

Продавец в случае получения уведомления покупателя о недостатках имущества, переданного в составе предприятия, или отсутствия в этом составе отдельных видов имущества, подлежащих передаче, может без промедления заменить имущество ненадлежащего качества или предоставить покупателю недостающее имущество

Покупатель вправе в судебном порядке требовать расторжения или изменения договора продажи предприятия и возвращения того, что исполнено сторонами по договору, если установлено, что предприятие ввиду недостатков, за которые продавец отвечает, непригодно для целей, названных в договоре продажи, и эти недостатки не устранены продавцом на условиях, в порядке и в сроки, которые установлены ГК, другими законами, иными правовыми актами или договором, либо устранение таких недостатков невозможно (п. 5 ст. 565 ГК).

В связи с изложенным возникает вопрос, что понимается под надлежащим качеством предприятия? Теоретически качество предприятия определяется двумя критериями.

Во-первых, надлежащим качеством имущества, составляющего в комплексе предприятие.

Во-вторых, пребыванием самого комплекса в состоянии, пригодном для целей использования, а именно для производства товаров или оказания услуг.

Надлежащее качество имущества, являющегося элементом состава предприятия, если в отношении него нет никаких особых требований, оговоренных продавцом и покупателем, должно означать пригодность данного имущества для использования по своему назначению (п. 2 ст. 469 ГК). Второй критерий применим к предприятию в целом и распространяется на все материальные и нематериальные элементы предприятия, вместе взятые

Одним из сложнейших вопросов при определении качественных характеристик предприятия является вопрос о том, являются ли доходность (прибыльность), объем товарооборота предприятия показателями качества предприятия. Теоретически доходность (прибыльность), объем товарооборота предприятия не могут считаться обычными показателями качества предприятия. Таковыми они могут считаться только в случаях, когда соответствующие условия сформулированы сторонами в договоре продажи предприятия в форме специальной гарантии продавца

Последний вывод подтверждается судебной практикой стран с устоявшимися рыночными традициями

В связи с этим особый интерес представляет прецедентный случай из судебной практики, описанный немецким юристом Г Мюллером. В ходе переговоров по поводу продажи ювелирного дела (мастерской и магазина) продавец предоставил покупателю данные о том, что среднегодовой товарооборот за три года, предшествовавших заключению договора, был равен 200 000 DM. Но после заключения договора и

передачи предприятия покупатель узнал, что фактический товарооборот за предыдущие три года составил за третий - 92 000 DM, за второй - 88 000 DM и за последний предыдущий год - всего 14 000 DM Покупатель обратился в суд, оспаривая сделку и обосновывая иск умышленными обманными действиями продавца, так как им был представлен показатель среднегодового товарооборота в 200 000 DM Решение суда было таковым (злой умысел в действиях продавца не был доказан) "Фактическая доходность предприятия до момента его отчуждения не может и не должна рассматриваться как одно из свойств (качеств) предприятия или как проявляющееся впоследствии качество Недостаток лишь в предполагаемой в договоре доходности по существу не представляется ошибкой в оценке предприятия Только в случае отражения в договоре гарантии доходов предприятия доходность становится качеством вещи (предприятия), присущим ей достаточно долгое время"¹

Продажа предприятия как бизнеса, во-первых, означает продажу имущественного комплекса, чей элементный состав подвержен динамическим изменениям в результате использования предприятия в предпринимательских целях, во-вторых, она зачастую связана с множеством социальных проблем, в том числе с проблемами лиц, работающих на данном предприятии, монополизацией рынка товаров и услуг и т. п. В связи с этим в гражданском законодательстве имеет место норма, согласно которой правила гражданского законодательства о последствиях недействительности сделок и об изменении или о расторжении договора купли-продажи, предусматривающие возврат или взыскание в натуре полученного по договору с одной стороны или с обеих сторон, применяются к договору продажи предприятия, если такие последствия существенно не нарушают права и охраняемые законом интересы кредиторов продавца и покупателя, других лиц и не противоречат общественным интересам (ст 566 ГК).

1 MiPer C Haftung und Lossagungsrecht des Veikaufers vom GmbH-Anteilen bei einsemger oder gemersamer Fehletnschätzung der Unternehmenslage Berlin, 1980 S 60,61

Необходимо помнить, что присвоение предприятия в целом или в части может быть осуществлено путем использования иных правовых форм.

Здесь речь в первую очередь идет о таких формах реорганизации коммерческих юридических лиц, как слияние или присоединение.

При слиянии вновь созданное юридическое лицо, по сути, приобретает в собственность бывшие самостоятельными предприятия, собственники которых прекратили свое существование в результате слияния. Аналогичные последствия возникают и при присоединении одного юридического лица к другому. Но, в отличие от слияния, при присоединении собственником (приобретателем) увеличившегося предприятия становится юридическое лицо, поглотившее присоединенное предприятие, принадлежавшее юридическому лицу, прекратившему существование. Присвоение части предприятия может быть осуществлено путем использования иных механизмов разделения юридического лица и выделения из состава юридического лица одного или нескольких юридических лиц.

От приобретения предприятия в точном смысле слова необходимо отличать случаи установления хозяйственного господства над предприятием без приобретения права собственности на него. Здесь речь идет о так называемом приобретении прав участия в юридическом лице, являющемся собственником предприятия. Оно может быть осуществлено путем приобретения акций акционерного общества или путем приобретения долей в уставном (складочном) капитале товариществ, обществ с ограниченной (дополнительной) ответственностью и паев в кооперативах. В указанных случаях хозяйственное господство над предприятием возможно, если субъекты обладают необходимым количеством голосующих акций акционерного общества, необходимой долей в уставном (складочном) капитале товариществ, обществ с ограниченной (дополнительной) ответственностью и необходимым количеством паев в уставном капитале кооператива.

§ 6. Договор международной купли-продажи

1. Понятие договора международной купли-продажи

Договором международной купли-продажи признается такой договор, которому присущ иностранный элемент. Его стороны обычно имеют разную государственную

принадлежность (либо их коммерческие предприятия находятся в разных государствах). Предметом обязательства, вытекающего из международной купли-продажи, являются операции по экспорту или импорту товаров. В качестве средства платежа применяется валюта, которая для сторон (или для одной из них) является иностранной¹.

Российская Федерация, как и многие другие государства, принимающие активное участие в международном торговом обороте, является участницей Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, принятой в Вене 10 марта -11 апреля 1980 г. (далее - Венская конвенция). В соответствии с Конституцией РФ (ч. 4 ст. 15) и ГК (п. 2 ст. 7) положения международного договора Российской Федерации применяются к регулируемым ими отношениям непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта. Более того, если международным договором установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, подлежат применению правила международного договора. Поэтому в случаях, когда в качестве сторон договора международной купли-продажи выступают организации (по терминологии Венской конвенции - "коммерческие предприятия"), находящиеся (т. е. имеющие постоянное место осуществления своей деятельности) в разных государствах, являющихся участниками Венской конвенции, положения Конвенции подлежат приоритетному, по сравнению с внутренним законодательством, применению. Венская конвенция действует также, если к отношениям сторон применимо право государства - участника Конвенции, несмотря на то что стороны договора могут находиться в государствах, не являющихся участниками Венской конвенции (поскольку положения Конвенции будут являться составной частью применимого права).

Следует, однако, учитывать, что, во-первых, Венская конвенция основана на принципе автономии воли сторон, в силу чего стороны могут исключить ее применение к правоотношениям в целом либо отступить от любого из ее положений или изменить их действие (ст. 6 Конвенции). Иными словами, условия конкретного договора международной купли-продажи имеют приоритет перед Венской конвенцией.

¹ См.: Розенберг М. Г. Гражданский кодекс и договор международной купли-продажи товаров //Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель/Под ред. ОМ. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. М., 1996. С. 285.

Во-вторых, в случаях, когда вопрос, относящийся к предмету регулирования Венской конвенции, в ней прямо не разрешен и не может быть разрешен в соответствии с ее общими принципами, применимое право определяется по правилам международного частного права (коллизийные нормы). Например, согласно п. 1 ст. 166 Основ гражданского законодательства при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся продавцом в договоре международной купли-продажи.

Таким образом, к отношениям, вытекающим из договора международной купли-продажи и подпадающим под действие Венской конвенции, в определенных случаях подлежит применению российское гражданское законодательство как в качестве основного, так и в качестве дополнительного (субсидиарного).

При определении сферы применения Венской конвенции необходимо учитывать установленные самой Конвенцией ограничения предмета ее регулирования.

Во-первых, Венская конвенция не применяется к договору международной купли-продажи следующих видов товаров:

1. товаров, которые приобретаются для личного, семейного или домашнего использования;
 2. фондовых бумаг, акций, обеспечительных бумаг, оборотных документов и денег;
 3. судов водного и воздушного транспорта, а также судов на воздушной подушке;
- электроэнергии;

1. товаров, которые продаются с аукциона или в порядке исполнительного производства либо иным образом в силу закона (ст. 2)

Во-вторых, Конвенция не может применяться к договорам, в которых обязательства стороны, поставляющей товары, заключаются в основном в выполнении работы или предоставлении услуг (ст. 3)1.

В-третьих, Венская конвенция регулирует только заключение договора международной купли-продажи и те права и обязанности продавца и покупателя, которые возникают из такого договора. В связи с этим, в частности, положения Венской конвенции не применяются к отношениям, связанным с действительностью или недействительностью договора или его отдельных условий, а так-

1 По российскому законодательству (п 3 ст 421 ГК) к отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанных договорах

же с последствиями, которые может иметь договор в отношении права собственности на переданный товар (ст. 4 Конвенции).

Вместе с тем некоторые вопросы, связанные с заключением и исполнением договора международной купли-продажи, вовсе не регулируются Венской конвенцией, а отдельные положения, касающиеся договоров купли-продажи, содержащиеся в российском законодательстве, отличаются от положений Венской конвенции. В первом случае российское законодательство подлежит субсидиарному применению, во втором случае применяются положения Венской конвенции.

Субсидиарному применению к договорам международной купли-продажи (при применении российского права) подлежат положения:

1. во-первых, об основаниях и последствиях недействительности сделок и связанные с ними требования российского законодательства, предъявляемые к форме внешнеэкономических сделок, правоспособности участников имущественного оборота, представительству и доверенности;

- во-вторых, нормы об исковой давности;

- в-третьих, правила о соотношении неустойки и убытков;

1. в-четвертых, положения об определении размера процентов годовых при просрочке денежного обязательства и порядке их уплаты и некоторые другие.

2. Особенности договора международной купли-продажи

Ряд положений Венской конвенции, регулирующих договор международной купли-продажи, отличается от норм ГК, регламентирующих аналогичные правоотношения. В частности, в соответствии с Венской конвенцией (ст. 47, 63) при просрочке исполнения обязательства и покупатель и продавец вправе в одностороннем порядке устанавливать дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения контрагентом своих обязательств. Правовые последствия реализации этого права заключаются в том, что в течение указанного срока покупатель или продавец не вправе прибегать к каким-либо средствам защиты от нарушения договора со стороны контрагента, за исключением права требования возмещения убытков, причиненных просрочкой исполнения.

Сторонам договора международной купли-продажи предоставлено право приостанавливать исполнение своих обязательств, если после заключения договора становится очевидно, что другая сторона не исполнит значительной части своих обязательств в результате серьезного недостатка в ее способности осуществить исполнение или в ее кредитоспособности либо ненадлежащего поведения по подготовке исполнения или по осуществлению исполнения договора (ст. 71 Венской конвенции). Правда, реализация этого права обусловлена необходимостью немедленного извещения другой стороны, которая, в случае предоставления ею достаточных гарантий исполнения своих обязательств, тем самым обяжет контрагента продолжать исполнение договора.

Основанием расторжения договора по требованию одной из сторон может служить не только фактически допущенное контрагентом существенное нарушение его условий, но и обстоятельства, свидетельствующие о том, что контрагент совершит такое существенное нарушение (ст. 72 Венской конвенции).

Некоторым своеобразием отличаются основания освобождения от ответственности за неисполнение обязательств, вытекающих из договора международной купли-продажи. Сторона не несет ответственности, если докажет, что неисполнение договора было

вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий (ст. 79 Венской конвенции).

По Венской конвенции расторжение договора международной купли-продажи влечет за собой обязанность стороны возратить контрагенту все, что было соответственно поставлено или уплачено по договору до момента его расторжения (ст. 81).

Существенной особенностью регулирования договора международной купли-продажи является широкое применение к его условиям в качестве деловых обыкновений, а при определенных предпосылках - в качестве обычая делового оборота Международных правил по унифицированному толкованию торговых терминов (ИНКОТЕРМС), которые периодически перерабатываются Международной торговой палатой¹.

Международные правила толкования торговых терминов, действующие в настоящее время в редакции 1990 г. (ИНКОТЕРМС 1990), включают понятия и толкования 13 групп терминов, наиболее часто используемых в практике заключения договоров международной купли-продажи². Например, согласно терминам группы

1 См Международные правила толкования торговых терминов "ИНКОТЕРМС" Материалы Международной торговой палаты Новая редакция Внешнеэкономический центр "Совинтерторг" М, 1992

2 Указанные торговые термины обычно именуется базисными условиями постав-С (CFR, CIF, CPT и CIP) продавец за свой счет обязан заключить договор перевозки на обычных условиях, при использовании соответствующего термина в договоре указывается пункт, до которого продавец должен оплачивать транспортировку товара. При использовании терминов CIF и CIP в обязанности продавца входит также страхование товара за свой счет. На покупателя возлагаются дополнительные расходы, возникающие после передачи товара перевозчику, а также риск случайной гибели или случайного повреждения товара.

При перевозке товара морским или внутренним водным транспортом нередко применяется термин FOB (ФОБ), который означает, что продавец считается выполнившим свое обязательство по поставке с момента перехода товара через поручни судна в согласованном порту отгрузки. На продавца возлагаются также обязанности по выполнению таможенных формальностей, необходимых для вывоза товара. В этом случае покупатель должен нести все расходы и риски утраты или повреждения товара.

Стороны договора международной купли-продажи, могут включить в текст договора условие о применении к их взаимоотношениям ИНКОТЕРМС либо какого-либо из его отдельных правил, что позволит им избежать регламентации в тексте договора вопросов, связанных с распределением транспортных расходов, определением момента перехода риска случайной порчи или гибели товара и т. п.

Нет препятствий для включения отсылок к ИНКОТЕРМС во внутренних договорах купли-продажи. В этом случае соответствующие правила будут применяться в качестве условий соответствующих договоров.

Дополнительная литература

Брауде И Л Право на строение и сделки по строениям по советскому гражданскому праву Изд 2-е М, 1954 С 92-117, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров Комментарий. М, 1994,

Витрянский В В. Договоры купли-продажи, мены, аренды, безвозмездного пользования, перевозки, транспортной экспедиции Расчеты М, 1996,

Витрянский В В Договор купли-продажи и его отдельные виды М, 1999,

Комментарий к Закону Российской Федерации "О защите прав потребителей" М, 1997,

Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 2 (по исправленному и дополненному 8-му изданию 1902 г.). М., 1997 (

§ 35); Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 2-е изд. М., 1996; Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. Учебно-практическое пособие. М., 1999. С. 366-396;

Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.,

1995 (§41);

Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). М., 1994. С. 70-81;

Флейшиц ЕЛ. Договор купли-продажи. Отдельные виды обязательств. М., 1954.

1. 32. Договоры поставки товаров, контрактации и энергоснабжения

§ 1. Договор поставки товаров

1. Значение и сфера применения поставки

Оптовый оборот товаров, отношения между профессиональными продавцами и покупателями традиционно рассматриваются как поставка товаров.

Еще в дореволюционном российском гражданском законодательстве договор поставки выделялся в качестве самостоятельного договора наряду с договором купли-продажи.

При этом под поставкой понимался договор, по которому одна сторона обязывалась доставить другой какую-либо вещь за известную цену к известному сроку¹. Все отличие поставки от купли-продажи состояло в том, что поставка предполагала некоторый промежуток времени между заключением и исполнением договора, тогда как купля-продажа не предполагала (хотя и не исключала) его. Поскольку продавцом по договору купли-продажи мог выступать только собственник вещи, им не охватывались правоотношения, в которых лицо, обязующееся доставить имущество покупателю, приобретет это имущество в будущем (к сроку исполнения обязательства).

Вместе с тем отмечалось значительное сходство договоров купли-продажи и поставки и отсутствие каких-либо серьезных оснований для выделения договора поставки в качестве самостоятельного. Например, Г.Ф. Шершеневич отмечал: "Совокупность юридических отношений, охватываемых на Западе одним понятием купли-продажи, у нас разлагаются на три вида по едва уловимым признакам, а именно: на куплю-продажу в тесном значении этого слова, запродажу и поставку. В этом случае законодатель Принял бытовые понятия, не обратив внимания на то, что они не содержат в себе достаточно юридических различий. С этой системой трех договоров, служащих одним и тем же юридическим средством достижения экономической цели, русское законодательство стоит совершенно одиноко среди других правильных законодательств"².

?' ' См., например: Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 2 (по исправленному и дополненному 8-му изданию 1902 г.). С. 238.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). С. 327.

В проекте книги V Гражданского уложения, который был внесен на рассмотрение Государственной Думы в 1913 г., договор поставки уже рассматривался как один из видов договора купли-продажи: как договор, в силу которого продавец обязуется за денежное вознаграждение доставить покупателю известное количество заменимых вещей к назначенному в договоре сроку. При этом подчеркивалось, что порядок исполнения договора поставки вполне применим и к договору купли-продажи, в особенности если он заключен с условием о доставке товара к известному сроку.

Одинаковыми признавались и последствия неисполнения указанных договоров¹ Гражданский кодекс 1922 г. также не включал нормы о договоре поставки как самостоятельном виде гражданско-правового договора. Однако в дальнейшем в связи с созданием централизованной плановой административно-командной системы управления экономикой договор поставки стал рассматриваться в качестве оптимального средства доведения плановых заданий до конкретных участников имущественного оборота. В советский период развития гражданского права договор поставки снова признается самостоятельным договором, являющимся основной правовой формой отношений организаций по снабжению и сбыту продукции в народном хозяйстве, и одновременно ведущим хозяйственным договором². В это время под договором поставки понимался плановый договор, по которому организация-поставщик обязуется передать в определенные сроки или срок в

оперативное управление организации-покупателю определенную продукцию согласно обязательному для обеих организаций плановому акту распределения продукции, а организация-покупатель обязуется принять продукцию и оплатить ее по установленным ценам. Договором поставки признавался также и заключаемый между организациями по их усмотрению договор, по которому поставщик обязуется передать покупателю продукцию, не распределяемую в плановом порядке, в срок, не совпадающий с моментом заключения договора (ст. 44 Основ гражданского законодательства 1961 г., ст. 258 ГК РСФСР 1964 г). Отличительными признаками договора поставки как самостоятельного договора признавались-

- участие в договоре поставки только социалистических организаций,
- плановый характер договора,

1 См Гражданское уложение Проект/Под ред ИМ Тютрюмова М, 1910 С 307 2 См Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР /Под ред С Н Братуся, ОН Садикова С 296

1. несовпадение момента исполнения возникающего из договора обязательства со сроком заключения договора¹.

В гражданско-правовой доктрине советского периода необходимость выделения самостоятельного планового договора поставки объяснялась тем, что производство на социалистических предприятиях велось в плановом порядке, что было возможно лишь при условии, если такой же плановый характер носили и договоры, направленные на обеспечение производства оборудованием, сырьем и на реализацию продукции социалистических предприятий².

В новых условиях договор поставки был сохранен, но не в качестве самостоятельного гражданско-правового договора, а как один из видов договора купли-продажи, ориентированный на регулирование отношений по реализации различных товаров, складывающихся в основном между профессиональными участниками имущественного оборота, которые занимаются производством и оптовой торговлей сырьем, материалами, комплектующими изделиями, оборудованием. Выделение договора поставки в качестве особого вида договора купли-продажи было продиктовано необходимостью учета специфики указанных правоотношений, требующих более жесткого и детального регулирования.

2. Понятие договора поставки

Договором поставки признается такой договор купли-продажи, по которому продавец (поставщик), осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или закупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием (ст 506 ГК).

Договор поставки как вид договора купли-продажи является консенсуальным, возмездным, двусторонним (синаллагматическим) договором.

Квалифицирующими признаками, отличающими договор поставки от иных видов договора купли-продажи, могут быть признаны следующие особенности договора поставки.

Во-первых, особый субъектный состав данного договора, характеризующийся тем, что в качестве поставщика может высту-

1 См Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР /Под ред С Н Братуся, О Н Садикова С 297

2 См , например Иоффе О С Указ соч С 231

пять только индивидуальный предприниматель или коммерческая организация.

Некоммерческие организации могут быть поставщиками товаров только в том случае, если такого рода деятельность разрешена их учредителями и осуществляется в рамках их целевой правоспособности. Товары, поставляемые по договору поставки, производятся или закупаются поставщиком. Таким образом, в качестве поставщика по общему правилу выступают коммерческие организации или индивидуальные предприниматели, специализирующиеся на производстве соответствующих товаров либо профессионально занимающиеся их закупками.

Во-вторых, в силу этого договора покупателю передаются товары для их использования

в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием. Следовательно, и в качестве покупателя по договору поставки должна выступать, как правило, коммерческая организация (индивидуальный предприниматель).

При этом под целями, не связанными с личным использованием, следует понимать в том числе приобретение покупателем товаров для обеспечения его деятельности в качестве предпринимателя (оргтехники, офисной мебели, транспортных средств, материалов для ремонтных работ и т. п.). Однако в случае, если указанные товары приобретаются у продавца, осуществляющего предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, отношения сторон регулируются нормами о розничной купле-продаже¹.

И все же основным смыслом выделения договора поставки в отдельный вид договора купли-продажи следует признать необходимость обеспечения детальной правовой регламентации отношений, складывающихся между профессиональными участниками имущественного оборота. Наиболее оптимален договор поставки, к примеру, для регулирования взаимоотношений между производителями товаров и поставщиками сырья, материалов либо комплектующих изделий; между изготовителями товаров и оптовыми торговыми организациями, специализирующимися на реализации указанных товаров. Данные правоотношения должны отличаться стабильностью и иметь долгосрочный характер. Поэтому в правовом регулировании поставочных отношений преобладают

1 См п 5 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 октября 1997 г № 18 "О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки" //Вестник ВАС РФ 1998 №3 С 23 шее значение имеют не разовые сделки по передаче товаров, а долгосрочные договорные связи между поставщиками и покупателями.

3. Заключение договора поставки

Для договора поставки характерен особый порядок его заключения. Прежде всего, ст. 507 ГК предусмотрен специальный порядок урегулирования разногласий сторон на тот случай, если на стадии заключения договора поставки между поставщиком и покупателем возникают такие разногласия относительно отдельных условий договора. Сторона, предложившая заключить договор (поставщик или покупатель) и получившая от другой стороны акцепт на иных условиях, должна в течение тридцати дней со дня получения такого акцепта (если иной срок не предусмотрен законом или соглашением сторон) принять меры к согласованию условий договора, относительно которых возникли разногласия, либо направить контрагенту письменное сообщение о своем отказе от заключения договора.

Сторона, направлявшая оферту и получившая акцепт на иных условиях, в случае невыполнения названных требований несет определенные неблагоприятные последствия: на нее возлагается обязанность возместить контрагенту убытки, образовавшиеся у последнего в связи с уклонением от согласования условий договора. Такими убытками могут быть признаны, в частности, расходы стороны, направившей извещение о согласии заключить договор с предложением о согласовании его условий (акцепт на иных условиях), если они понесены в связи с подготовкой и организацией исполнения данного договора, предпринятыми по истечении тридцатидневного срока со дня получения лицом, направившим оферту, акцепта на иных условиях (п. 6 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 октября 1997 г. № 18). Для оценки факта заключения договора поставки особое значение приобретает условие о сроке или сроках поставки товаров покупателю, которое является существенным условием этого договора. При отсутствии этого условия в тексте договора должны применяться диспозитивные нормы, позволяющие определить срок исполнения обязательства, не содержащего условия о дате его исполнения. В постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 октября 1997 г № 18 (п. 7) имеется разъяснение, согласно которому в случаях, когда момент заключения и момент исполнения договора не совпадают, а сторонами не указан срок поставки товара и из договора не вытекает, что она должна осуществляться отдельными партиями, при разрешении споров необходимо исходить

из того, что срок поставки должен определяться по правилам, установленным ст. 314 ГК (ст. 457 ГК).

Существенным условием для договоров поставки, предусматривающих поставку товаров в течение всего срока действия договора отдельными партиями, служит период поставки (ст. 508 ГК), т. е. обусловленные сторонами сроки поставки отдельных партий товаров. Если в договоре периоды поставки не определены, то следует исходить из того, что товары должны поставляться равномерными партиями ежемесячно. В этом случае периодом поставки будет считаться один месяц. В зависимости от конкретных условий взаимоотношений, наряду с определением периодов поставки, в договоре могут быть установлены график поставки (декадный, суточный и т. п.) и самостоятельная ответственность за его нарушение.

Товары, поставленные досрочно и принятые покупателем, засчитываются в счет количества товаров, подлежащих поставке в следующем периоде.

4. Исполнение договора поставки

Важное значение в поставочных отношениях имеет порядок исполнения поставщиком своих обязанностей по поставке товаров покупателю (ст. 509 ГК). Поставка должна осуществляться путем отгрузки (передачи) товаров покупателю по договору или лицу, указанному в нем в качестве получателя. В случаях, когда договором предусмотрено право покупателя давать поставщику указания об отгрузке товаров конкретным получателям (отгрузочные разрядки), отгрузка товаров должна производиться поставщиком тем получателям, которые указаны в отгрузочной разрядке.

Содержание отгрузочной разрядки и сроки ее направления покупателем поставщику определяются договором.

При наличии в договоре условия о поставке товаров по отгрузочным разрядкам покупателя обязанности поставщика следует рассматривать как выполняемые в порядке встречного исполнения (ст. 328). Непредставление покупателем отгрузочной разрядки в установленный срок дает поставщику право отказаться от исполнения договора либо приостановить отгрузку товаров.

С учетом долгосрочного характера договорных отношений сторон, когда выполнение поставщиком своих обязанностей осуществляется путем многократных отгрузок отдельных партий товаров в соответствующие периоды поставки, важное значение в поставочных отношениях приобретает регулирование порядка выполнения недопоставки товаров. Поставщик, допустивший недопоставку в отдельном периоде, обязан восполнить недопоставленное количество товаров в следующем периоде (периодах) в пределах срока действия договора, если иное не будет предусмотрено самим договором.

Неисполнение поставщиком обязанности по поставке товаров покупателю либо просрочка в исполнении этой обязанности влечет применение ответственности в форме возмещения убытков или взыскания неустойки (если таковая предусмотрена законом или договором).

Определенными особенностями отличается порядок применения неустойки за нарушение условий договора. Указанные особенности связаны с наличием на стороне поставщика специальной обязанности по восполнению недопоставки товаров.

Установленная законом или договором неустойка за недопоставку или просрочку поставки товаров взыскивается с поставщика до фактического исполнения обязательства в пределах его обязанности восполнить недопоставленное количество товаров в последующих периодах поставки, если иной порядок уплаты неустойки не установлен законом или договором (ст. 521 ГК). Данное положение призвано способствовать укреплению дисциплины в договорных отношениях.

Специальные правила, касающиеся ассортимента поставляемых товаров, регулируют лишь отношения сторон в случае недопоставки товаров отдельной позиции ассортимента в каком-либо отдельном периоде поставки. В подобных ситуациях поставка товаров одного наименования в большем количестве, чем предусмотрено договором, не может засчитываться в покрытие недопоставки товаров другого наименования, входящих в тот же ассортимент, и подлежит восполнению поставщиком, если только такая поставка не произведена с предварительного письменного согласия покупателя. Ассортимент товаров, недопоставка которых

подлежит восполнению, определяется по соглашению сторон, а при отсутствии такового - в ассортименте, установленном для того периода, в котором допущена недопоставка (ст. 512 ГК).

В случае нарушения поставщиком условий договора поставки о качестве и комплектности поставляемых товаров поставщику, получившему уведомление покупателя о недостатках поставленных товаров либо их некомплектности, предоставлено право соответственно заменить либо доукомплектовать товары и тем самым избежать негативных последствий, в частности необходимости удовлетворения требований покупателя, предусмотренных ст. 475 и 480 ГК.

В случае, когда поставщиком не выполнены обязанности по поставке предусмотренного договором количества товаров либо не удовлетворены требования покупателя о замене недоброкачественных товаров или о доукомплектовании товаров в установленный срок, покупатель получает право приобрести непоставленные товары у других лиц с последующим отнесением на поставщика всех необходимых и разумных расходов на их приобретение (ст. 520 ГК). Покупатель может также воспользоваться правом отказаться от оплаты товаров ненадлежащего качества либо некомплектных, а если они уже оплачены, потребовать от поставщика возврата уплаченных сумм впредь до устранения недостатков и доукомплектования товаров либо их замены.

Указанные правомочия покупателя являются специальными мерами оперативного воздействия, главная особенность которых заключается в возможности их одностороннего применения.

Покупатель должен совершить все необходимые действия, обеспечивающие принятие товаров, поставленных в соответствии с договором. Принятый покупателем (получателем) товар должен быть осмотрен последним в срок, определенный законодательством, договором или обычаями делового оборота. Покупатель (получатель) обязан проверить количество и качество принятых товаров и о выявленных несоответствиях или недостатках письменно уведомить поставщика (ст. 513 ГК). В случае получения поставленных товаров от транспортной организации покупатель (получатель) должен проверить их соответствие сведениям, указанным в транспортных и сопроводительных документах, а также принять эти товары от транспортной организации с соблюдением правил, предусмотренных законами и иными правовыми актами, регулирующими деятельность транспорта.

Если покупатель по установленным законом или договором основаниям, в том числе в связи с выявленными им при принятии товаров существенными недостатками товаров или их некомплектностью, заявит отказ от поставленных товаров, он обязан обеспечить сохранность таких товаров путем принятия их на ответственное хранение, о чем незамедлительно уведомляется поставщик. Если поставщик в разумный срок не вывезет товары, принятые покупателем на ответственное хранение, или не распорядится ими, покупатель получает право вернуть товары поставщику или реализовать товары с отнесением на поставщика всех своих расходов на ответственное хранение товаров, их реализацию или возврат поставщику. Неисполнение покупателем требования о принятии товаров на ответственное хранение дает право поставщику требовать их оплаты (ст. 514 ГК).

Договором поставки может быть предусмотрена выборка товаров, т. е. передача поставщиком товаров покупателю либо получателю в месте нахождения поставщика. В случае невыполнения покупателем данной обязанности поставщик получает право потребовать от покупателя оплаты товаров либо отказаться от исполнения договора.

На покупателя (получателя) возложена обязанность вернуть поставщику многооборотную тару и средства пакетирования, в которых поступил товар, в порядке и сроки, предусмотренные соответствующими обязательными правилами или договором, если только иное не будет установлено соглашением сторон. Прочие тара и упаковка, напротив, должны возвращаться поставщику лишь в случаях, предусмотренных договором.

Покупатель, как это предусмотрено общими положениями о купле-продаже (ст. 486 ГК), обязан оплатить полученные товары в срок, предусмотренный договором поставки, а при его отсутствии - непосредственно до или после получения товаров. Оплата товаров должна производиться с соблюдением порядка и формы расчетов,

предусмотренных договором. Если соглашением сторон порядок и форма расчетов не определены, то применительно к договору поставки действует специальное правило, согласно которому в таких случаях расчеты должны осуществляться платежными поручениями (п. 1 ст. 516 ГК). В связи с этим Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 22 октября 1997 г. № 18 (п. 16) разъяснил, что при расчетах за товар платежными поручениями, когда иные порядок и форма расчетов, а также срок оплаты товара соглашением сторон не определены, покупатель должен оплатить товар непосредственно после получения товара и просрочка с его стороны наступает по истечении предусмотренного законом (или в установленном им порядке) срока на осуществление банковского перевода, исчисляемого со дня, следующего за днем получения товара покупателем (получателем).

5. Изменение и расторжение договора поставки

Одним из последствий неисполнения либо ненадлежащего исполнения договора поставки при определенных условиях может служить реализация соответственно поставщиком или покупателем прав на односторонний отказ от исполнения договора. Это допускается в случае существенного нарушения договора одной из сторон. Статья 523 ГК называет те нарушения условий договора со стороны как поставщика, так и покупателя, которые предполагаются существенными и, следовательно, могут служить осно-

ванием для отказа контрагента от исполнения договора, т. е. для его одностороннего расторжения или изменения. К их числу относятся

1. неоднократное нарушение поставщиком сроков поставки товаров или поставка им товаров ненадлежащего качества с недостатками, которые не могут быть устранены в приемлемый для покупателя срок,
2. неоднократное нарушение покупателем сроков оплаты товаров или неоднократная невыборка последним товаров.

При наличии указанных нарушений соответствующая сторона (поставщик или покупатель) получает право требовать возмещения убытков, причиненных расторжением или изменением договора (п. 5 ст. 453 ГК). При этом в соответствии со ст. 524 ГК, если в разумный срок после расторжения договора вследствие нарушения обязательства контрагентом добросовестная сторона приобретет товары у другого продавца по более высокой цене (покупатель) либо продаст товары по более низкой цене (поставщик), чем было предусмотрено договором, она вправе потребовать от контрагента, нарушившего обязательства, возмещения убытков в виде разницы между ценой договора и ценой по совершенной взамен него сделке (конкретные убытки).

Указанные убытки могут быть взысканы и в тех случаях, когда сделка взамен расторгнутого договора не совершалась. Для расчета убытков может быть использована текущая цена на соответствующий товар, существовавшая на момент расторжения договора. Под ней понимается цена, взимавшаяся при сравнимых обстоятельствах за аналогичный товар в месте, где должна быть осуществлена передача товара (абстрактные убытки).

Дифференциация убытков на конкретные и абстрактные имеется и в международном торговом обороте. Например, Венской конвенцией предусмотрено, что если договор расторгнут, а покупатель разумным образом и в разумный срок после его расторжения купил товар взамен (или продавец перепродал товар), то сторона, требующая возмещения убытков, может взыскать разницу между договорной ценой и ценой по совершенной взамен сделке, а также любые дополнительные убытки, которые могут быть взысканы на основании Конвенции (ст. 75). Об абстрактных убытках говорится в ст. 76 Венской конвенции, согласно которой, если договор расторгнут и имеется текущая цена на данный товар, сторона, требующая возмещения ущерба, может, если она не осуществила соответствующие закупки или перепродажи товаров, потребовать разницу между ценой, установленной в договоре, и текущей ценой на момент расторжения договора, а также возмещения дополнительных убытков.

В Принципах международных коммерческих договоров аналогичные положения о конкретных и абстрактных убытках приобретают всеобщий характер применительно к любым видам договорных обязательств. К примеру, право кредитора на возмещение абстрактных убытков закреплено в ст. 7.4.6.

В случае, когда заменяющая сделка не была совершена, но существует текущая цена в отношении исполнения, являющегося предметом договора, презюмируется, что ущерб составляет разница между договорной ценой и текущей ценой в момент, когда был прекращен договор. Обращает на себя внимание подход к доказыванию размера текущей цены: "Такой ценой, - говорится в комментарии, - часто, но совсем не обязательно будет являться цена какого-либо организованного рынка. Доказательство текущей цены может быть получено от профессиональных организаций, торговых палат и т. п."¹

§ 2. Договор поставки товаров для государственных нужд

1. Значение и сфера применения договора поставки товаров для государственных нужд

Одним из видов купли-продажи является поставка товаров для государственных нужд.

Выступая в качестве покупателя товаров, необходимых для удовлетворения потребностей государства, Российская Федерация и ее субъекты действуют как участники гражданско-правовых отношений (ст. 124 ГК).

Особенности данных правоотношений вызваны участием в них такого своеобразного субъекта гражданского права, как государство.

Следует отметить, что для российского законодательства весьма характерно и даже традиционно особое регулирование отношений, связанных с поставками товаров для удовлетворения потребностей государства. Так, еще в дореволюционном гражданском законодательстве такие правоотношения регламентировались Положением о казенных подрядах и поставках, предусматривавшим особенности заключения договоров поставки и подряда с казной (тес государством) Такие договоры могли быть заключены только посредством торгов или запечатанных объявлений. Торги проводились путем записи предложений желающих вступить в договор с казной относительно цены товаров или подрядных работ Казенное учреждение принимало то предложение, которое

1 Принципы международных коммерческих договоров С 234

было наиболее выгодно государству. Заключение договоров посредством запечатанных объявлений состояло в том, что казенное учреждение публиковало объявление, в котором содержалось указание о предмете договора и некоторых его условиях, а также приглашение потенциальным поставщикам и подрядчикам делать свои предложения. Такие предложения предъявлялись в запечатанных пакетах, которые вскрывались одновременно. Расчет был на то, что каждый желающий вступить в договор с казной, опасаясь более привлекательных предложений со стороны конкурентов, будет стараться предложить наиболее выгодные для государства условия¹.

Законодательные акты о государственных подрядах и поставках принимались также после революции, в период нэпа. Можно назвать, в частности, Закон 1923 г. "О государственных подрядах и поставках"², который в целях защиты интересов государства устанавливал специальные правила, регулирующие отношения по поставкам с участием в качестве заказчика государственных учреждений и государственных предприятий. В дальнейшем с формированием административно-командной системы управления экономикой, когда практически все поставки продукции и товаров осуществлялись на основе плановых актов (фондовых извещений, планов прикрепления, нарядов), нужда в особом регулировании отношений, связанных с поставками продукции и товаров для удовлетворения государственных потребностей, отпала.

Переход к рыночным методам регулирования экономических отношений вновь вызвал необходимость разработки специальных законодательных актов, учитывающих специфику отношений по поставкам товаров для удовлетворения государственных потребностей. В настоящее время сфера действия договоров поставки товаров для государственных нужд - это отношения, связанные с поставками товаров, предназначенных для удовлетворения потребностей Российской Федерации и ее субъектов, для обеспечения обороны и безопасности страны, жизни и здоровья граждан. Потребности государства определяются исходя из необходимости реализации федеральных государственных программ; обеспечения необходимого уровня обороноспособности; формирования государственных материальных резервов;

реализации экспортных поставок во исполнение международных соглашений с участием Российской Федерации.

1 См., например: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). С. 373-374.

2 СУ 1923. №88. Ст 851.

К отношениям по поставке товаров для государственных нужд субсидиарно применяются сначала нормы о договоре поставки товаров (§ 3 гл. 30), а затем (при отсутствии соответствующих специальных правил) общие положения о купле-продаже (§ 1 гл. 30). Но эти отношения в приоритетном перед нормами ГК о договоре поставки и общими положениями о купле-продаже порядке регулируются специальными законами о поставке товаров для государственных нужд (п. 2 ст. 525 ГК).

В настоящее время действует несколько федеральных законов, регламентирующих поставки товаров для государственных нужд (которые подлежат применению в части, не противоречащей нормам, содержащимся в § 4 гл. 30 ГК). К их числу относятся:

1. Федеральный закон от 13 декабря 1994 г. "О поставках продукции для федеральных государственных нужд"¹, действие которого распространяется на отношения по поставкам товаров для федеральных нужд;

2. Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. "О государственном материальном резерве"², регулирующий отношения, связанные с поставками товаров для создания и поддержания государственных материальных резервов;

3. Федеральный закон от 2 декабря 1994 г. "О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд"³, которым регламентируются отношения по закупкам и поставкам сельскохозяйственной продукции и продовольствия, причем как для федеральных, так и для региональных государственных нужд;

4. Федеральный закон от 27 декабря 1995 г. "О государственном оборонном заказе"⁴. Кроме того, отношения, связанные с порядком проведения конкурсов при размещении заказов на поставку товаров для государственных нужд, регулируются Положением об организации закупки товаров, работ и услуг для государственных нужд, утвержденным Указом Президента РФ от 8 апреля 1997 г.⁵ Данный Указ подлежит применению в части, не противоречащей ГК и названным Федеральным законам.

2. Основания поставки товаров для государственных нужд

Поставка товаров для государственных нужд должна осуществляться на основе государственного контракта, а также разра-

1 СЗ РФ. 1994. № 35 Ст. 3540.

2 СЗ РФ. 1995. № 1 Ст. 3. 3СЗРФ 1995. №32 Ст. 3303.

4 СЗ РФ. 1996. №1. Ст. 6.

5 СЗ РФ. 1997 № 15. Ст. 1756.

батываемых в соответствии с ним договоров поставки товаров для государственных нужд, заключаемых между организациями - исполнителями заказа для государственных нужд и потребителями выпускаемых товаров (п. 1 ст. 525 ГК).

При поставке товаров для государственных нужд могут использоваться как простая, так и сложная структура договорных связей. В первом случае поставка осуществляется поставщиком (исполнителем) в соответствии с условиями государственного контракта на поставку товаров для государственных нужд непосредственно государственному заказчику либо указанным им получателям без заключения с последними поставщиком (исполнителем) каких-либо договоров на поставку товаров для государственных нужд. Во втором случае (при сложной структуре договорных связей) государственным контрактом на поставку товаров для государственных нужд предусматривается прикрепление государственным заказчиком поставщика-исполнителя к конкретным покупателям для заключения с ними договоров поставки товаров для государственных нужд на основании извещения о прикреплении, выдаваемого заказчиком. При заключении таких договоров между поставщиком-исполнителем и покупателями согласовываются условия о количестве и качестве товаров, порядке их доставки и т. п.

Федеральный закон "Об оборонном заказе" предусматривает особую структуру договорных связей: государственный контракт заключается между государственным заказчиком и головным исполнителем оборонного заказа, который, в свою очередь, заключает договоры (контракты) с поставщиками (исполнителями) сырья, материалов и комплектующих изделий для обеспечения оборонного заказа.

Государственный контракт заключается на основе принятого исполнителем заказа на поставку товаров для государственных нужд (государственного заказа). Причем в некоторых случаях, предусмотренных законом, заключение государственного контракта будет являться для исполнителя (поставщика) обязательным. Однако при этом в отношении всякого исполнителя (поставщика), за исключением казенного предприятия, должно быть соблюдено предусмотренное ГК требование о возмещении государственным заказчиком всех убытков, которые могут быть причинены поставщику (исполнителю) в результате выполнения им условий государственного контракта

Федеральные законы о поставках товаров для государственных нужд устанавливают порядок определения потребностей государства в тех или иных товарах, а также порядок формирования соответствующих этим потребностям государственных заказов и их размещения среди организаций, производящих (закупающих) указанные товары. Основным способом размещения государственных заказов - проведение открытых или закрытых торгов (конкурсов). Однако допускается и прямое доведение государственных заказов до поставщиков-исполнителей.

3. Порядок заключения государственных контрактов

По государственному контракту на поставку товаров для государственных нужд поставщик (исполнитель) обязуется передать товары государственному заказчику либо по его указанию иному лицу, а государственный заказчик обязуется обеспечить оплату поставленных товаров (ст. 526 ГК).

Сторонами государственного контракта на поставку товаров для государственных нужд являются государственный заказчик и поставщик (исполнитель).

В качестве государственных заказчиков в соответствии с Федеральным законом "О поставках продукции для федеральных государственных нужд" могут выступать федеральные органы исполнительной власти, федеральное казенное предприятие или государственное учреждение. Государственным заказчиком на поставку материальных ценностей в государственный резерв является федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий управление государственным резервом, а государственными заказчиками на поставку материальных ценностей в мобилизационный резерв признаются также и иные федеральные органы исполнительной власти. В качестве государственного заказчика по оборонному заказу выступает орган исполнительной власти, имеющий в своем составе войска или вооруженные формирования.

Поставщиками (исполнителями) являются организации, признанные победителями торгов, проводившихся в целях размещения государственных заказов, либо принявшие доведенный до них государственный заказ к исполнению.

В случаях размещения государственного заказа путем проведения конкурса и определения его победителя либо принятия поставщиком (исполнителем) доведенного до него государственного заказа для государственного заказчика заключение государственного контракта с указанными поставщиками является обязательным.

Поставщик (исполнитель) также обязан заключить государственный контракт, если он принял доведенный до него

госзаказчиком государственный заказ либо стал победителем конкурса, проведенного для размещения государственного заказа. В некоторых случаях принятие доведенного до поставщика (исполнителя) государственного заказа является обязательным для последнего. Например, федеральное казенное предприятие ни при каких условиях не вправе отказаться от доведенного до него государственного заказа. Коммерческие организации, действующие в иных организационно-правовых формах, обязаны принять доведенный до них государственный заказ, а следовательно, и заключить государственный контракт на поставку товаров для государственных нужд, если они занимают доминирующее положение на рынке соответствующего товара, при условии

возмещения государственным заказчиком убытков, которые могут быть причинены поставщику (исполнителю) исполнением государственного заказа. Проект государственного контракта разрабатывается государственным заказчиком и направляется поставщику (исполнителю), принявшему до этого заказ на поставку товаров для государственных нужд. Поставщик (исполнитель) обязан рассмотреть проект государственного контракта и в тридцатидневный срок со дня его получения сообщить государственному заказчику о своем решении. Возможны три варианта такого решения:

1. во-первых, согласие заключить государственный контракт на условиях, предложенных государственным заказчиком. В этом случае поставщик (исполнитель) подписывает государственный контракт и один подписанный экземпляр возвращает государственному заказчику;
2. во-вторых, согласие заключить контракт, но на условиях, отличных от тех, что предложены государственным заказчиком. При таких обстоятельствах поставщик (исполнитель) должен вернуть государственному заказчику подписанный проект государственного контракта вместе с протоколом разногласий по отдельным его условиям;
3. в-третьих, отказ от заключения государственного контракта, о чем поставщик (исполнитель) должен уведомить государственного заказчика в тот же тридцатидневный срок

Государственному заказчику предоставляется тридцать дней для рассмотрения протокола разногласий к государственному контракту, составленному поставщиком (исполнителем). Здесь возможны следующие варианты: государственный заказчик в течение указанного срока может сообщить поставщику (исполнителю) о принятии его редакции спорных условий государственного контракта либо об отклонении протокола разногласий. В последнем случае, а также при истечении тридцатидневого срока разногласия по государственному контракту, заключение которого является обязательным для государственного заказчика или поставщика (исполнителя), могут быть переданы другой стороной в срок не позднее тридцати дней на рассмотрение арбитражного суда. Если же сторона, для которой заключение государственного контракта является обязательным, уклоняется от его заключения, другая сторона может обратиться в арбитражный суд с иском о понуждении к заключению государственного контракта.

Основным же правилом, как и в других цивилизованных странах, должно стать размещение заказа на поставку товаров для государственных нужд (государственного заказа) путем проведения соответствующих конкурсов. И в этом случае заключение государственного контракта с победителем конкурса становится для государственного заказчика обязательным. Государственный контракт должен быть оформлен не позже чем через двадцать дней со дня проведения конкурса.

Государственным контрактом может быть предусмотрено, что поставка товаров осуществляется конкретному покупателю, который государственным заказчиком прикрепляется к поставщику (исполнителю). Выданное государственным заказчиком извещение о прикреплении будет служить основанием для заключения непосредственно между поставщиком (исполнителем) и покупателем договора поставки товаров для государственных нужд.

Получив извещение о прикреплении, поставщик (исполнитель) должен в тридцатидневный срок направить проект договора покупателю. Если поставщик (исполнитель) получит от покупателя подписанный проект договора с протоколом разногласий, он должен принять меры к их согласованию и в тридцатидневный срок уведомить покупателя о принятии договора в согласованной редакции либо об отклонении протокола разногласий. Неурегулированные разногласия могут быть переданы заинтересованной стороной на рассмотрение арбитражного суда в тридцатидневный срок.

Поставщик (исполнитель) при наличии извещения о прикреплении не вправе уклоняться от заключения с покупателем договора поставки товаров для государственных нужд. Данное требование обеспечивается предоставлением покупателю права обратиться в таком случае в арбитражный суд с иском о

понууждении поставщика (исполнителя) заключить договор на условиях разработанного покупателем проекта договора.

Что касается покупателя, то он может отказаться полностью или частично от товаров, указанных в извещении о прикреплении, и от заключения договора в целом. При таких обстоятельствах во-

прос о прикреплении поставщика (исполнителя) к другому покупателю должен быть решен государственным заказчиком в течение тридцати дней со дня получения соответствующего уведомления поставщика (исполнителя). В противном случае поставщик (исполнитель) получает право требовать от государственного заказчика принятия и оплаты товаров либо возмещения расходов, связанных с реализацией этих товаров другому потребителю.

4. Исполнение обязательств по государственному контракту

В тех случаях, когда государственным контрактом на поставку товаров для государственных нужд предусмотрено, что поставка товаров осуществляется поставщиком (исполнителем) непосредственно государственному заказчику либо указанным последним конкретным получателям (по отгрузочным разрядкам государственного заказчика), отношения, складывающиеся между сторонами государственного контракта в процессе его исполнения, не отличаются спецификой и регулируются нормами о договоре поставки

При поставке товаров покупателям, с которыми поставщиком (исполнителем) в соответствии с государственным контрактом заключены договоры поставки, особенность заключается в том, что по общему правилу обязанность оплаты поставленных товаров возлагается не на государственного заказчика, а на покупателя, получившего товары.

Гарантией прав и законных интересов поставщика (исполнителя) будет служить норма, согласно которой при оплате товаров по договору поставки товаров для государственных нужд покупателем государственный заказчик признается поручителем по денежному обязательству покупателя. Это означает, что в случае неоплаты товаров покупателем государственный заказчик будет отвечать перед поставщиком (исполнителем) в полном объеме, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек и других убытков, вызванных неоплатой поставленных товаров (ст. 532 ГК).

Определенными особенностями отличаются последствия неисполнения государственным заказчиком обязанности по возмещению поставщику (исполнителю) убытков, причиненных в связи с исполнением последним государственного заказа, принятие которого было для него обязательным. Такие убытки должны быть выплачены государственным заказчиком в срок не позднее тридцати дней со дня передачи поставщиком (исполнителем) товаров, предусмотренных государственным контрактом

Нарушение государственным заказчиком этой обязанности дает поставщику (исполнителю) право отказаться от исполнения государственного контракта и потребовать от государственного заказчика возмещения дополнительных убытков, вызванных расторжением государственного контракта. В таких случаях поставщик (исполнитель) вправе также отказаться и от исполнения договоров поставки товаров для государственных нужд, заключенных на основании государственного контракта с конкретными покупателями. Причем убытки, причиненные покупателям таким отказом от исполнения договора, также подлежат возмещению государственным заказчиком (ст. 533 ГК).

Государственный заказчик вправе отказаться от товаров, поставка которых предусмотрена государственным контрактом, лишь при условии возмещения причиненных этим убытков как поставщику-исполнителю, так и покупателям по договорам поставки, которые были изменены или расторгнуты в силу отказа государственного заказчика от соответствующих товаров

1. Поставка товаров между организациями государств - участников СНГ

Механизм поставки товаров для государственных нужд используется для формирования договорных связей между организациями государств-участников СНГ в целях исполнения межгосударственных экономических соглашений. Отношения по

поставкам товаров, складывающиеся между организациями различных государств СНГ по межгосударственным экономическим связям, регулируются Соглашением об Общих условиях поставок товаров между организациями государств-участников Содружества Независимых Государств¹. Государства, представители которых подписали данное Соглашение (Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Россия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан, Украина), взяли на себя обязанности по обеспечению своевременного заключения организациями соответствующих государств договоров поставки товаров по межгосударственным соглашениям, а также по осуществлению контроля за их исполнением.

В этих целях органы соответствующих государств, регулирующие поставки товаров для государственных нужд, должны своевременно формировать объемы поставок для государственных нужд применительно к их видам, территории и поставщикам и предъявлять их регулирующим органам других государств СНГ по согласованной форме и номенклатуре в части взаимных поставок.

¹ Подписано в Киеве 20 марта 1992 г //Содружество Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ Вып 4 Минск, 1992 С 57

После согласования между указанными регулирующими органами различных государств объемов подлежащих поставкам товаров уполномоченными органами государства, на территории которо-ю находятся организации-поставщики, определяются квоты для каждого государства-потребителя. После этого органы, регулирующие поставки, по месту нахождения покупателей товаров доводят лимиты конкретным потребителям с выдачей извещений о прикреплении их к организациям-поставщикам.

На основании такого прикрепления покупатель в течение двадцати дней с момента получения извещения о прикреплении направляет поставщику заказ-спецификацию на поставку товаров. Поставщик в течение двадцати дней после получения заказа-спецификации сообщает покупателю о принятии заказа последнего к исполнению либо направляет ему свой вариант проекта договора. Сообщение поставщика о принятии заказа-спецификации покупателя или подписание покупателем проекта договора, предложенного поставщиком, свидетельствует о заключении между ними договора поставки товаров.

Покупатель имеет право отказаться от выданных ему товаров и от заключения договора при условии, что он известит о своем отказе орган, выдавший извещение о прикреплении, а также поставщика в двадцатидневный срок с момента получения извещения о прикреплении.

Поставщик также вправе выразить свое несогласие с доведенным до него извещением о прикреплении, но только в случаях, когда предусмотренное извещением количество подлежащих поставке товаров превышает принятый им от государственного органа заказ на поставку товаров для государственных нужд, а также при отсутствии централизованно регулируемых материальных ресурсов или по мотиву несоответствия товаров, указанных в извещении о прикреплении, специализации и профилю деятельности поставщика. При несогласии с извещением о прикреплении поставщик должен в двадцатидневный срок обратиться в орган, регулирующий поставки, по месту своего нахождения с заявлением об аннулировании или изменении извещения о прикреплении. Орган, регулирующий поставки, должен рассмотреть такое заявление поставщика и в случае его обоснованности переоформить извещение о прикреплении соответствующего покупателя к другому поставщику, а также обеспечить принятие последним переоформленного извещения о прикреплении.

При нарушении поставщиком порядка и срока выражения своего несогласия с доведенным до него извещением о прикреплении данное извещение считается принятым к исполнению. В дальнейшем поставщик не имеет права отказаться от заключения договора с покупателем, указанным в извещении о прикреплении.

Существенными условиями договоров поставки, заключаемых на основе извещений о прикреплении, признаются условия:

об ассортименте (номенклатуре) поставляемых товаров;

о количестве товаров,

о качестве,
о цене товаров,
о сроках поставки товаров,
отгрузочные и платежные реквизиты

При отсутствии в тексте договора названных условий (одного из них) договор считается незаключенным.

Соглашение (п. 18) устанавливает специальные требования, предъявляемые к форме такого договора. Договор не только должен иметь подписи руководителей организаций, выступающих в роли поставщиков и покупателей (либо уполномоченных ими лиц), но и должен быть скреплен печатями соответствующих организаций.

Предусмотрены Соглашением (п. 20) также особый порядок и сроки рассмотрения проекта договора в случае подписания его с протоколом разногласий. Сторона, получившая указанные документы, при несогласии с содержащимися в них условиями должна представить свои возражения в двадцатидневный срок в арбитражный (хозяйственный) суд по месту нахождения поставщика. Нарушение этого требования влечет особые последствия: договор вступает в силу в редакции стороны, направившей протокол разногласий

В случае уклонения поставщика от заключения с покупателем договора поставки по межгосударственным соглашениям поставщик несет ответственность в размере стоимости товаров, подлежащих поставке в соответствии с установленными квотами. Изменение (расторжение) договора по общему правилу должно осуществляться по соглашению сторон. В определенных случаях допускается одностороннее расторжение договора (п. 21 Соглашения). В частности, односторонний отказ от исполнения договора может иметь место:

- при поставке некачественных товаров,
- 1. при завышении поставщиком цен на товары без предварительного согласования с покупателем;
- при объявлении одной из сторон несостоятельной (банкротом)

Кроме того, покупателю предоставлено право отказаться от предусмотренных договором товаров во всех случаях при условии возмещения поставщику возникших в связи с этим убытков.

§ 3. Договор энергоснабжения

1. Энергоснабжение и его гражданско-правовое регулирование

Договор энергоснабжения как особый вид договора купли-продажи занимает особое место среди других его видов, что обусловлено ярко выраженной спецификой его предмета - энергии "Именно особенности объекта предопределяют необходимость специальных правил, регулирующих правоотношения, связанные со снабжением энергией через присоединенную сеть"¹. Снабжение энергией отличается от продажи обычных товаров главным образом тем, что передача энергии как товара покупателю (потребителю) возможна только с использованием специальных технических средств. К их числу в первую очередь относится сеть проводов, по которым энергия, принадлежащая снабжающей организации, течет в сеть потребителя. Следовательно, для осуществления энергоснабжения требуется наличие проводов (электрических, тепловых), соединяющих продавца и покупателя энергии, - присоединенной сети.

Снабжение энергией происходит через присоединенную сеть.

Энергия не может рассматриваться как обычный предмет материального мира, как телесная вещь; она представляет собой свойство материи, причем материи, которой придано определенное состояние (напряжение тока, температура воды и т. п.). Это свойство обнаруживается в способности производить полезную работу, обеспечивать выполнение различных технологических операций, создавать необходимые условия для трудовой деятельности и отдыха людей (освещение, вентиляция, отопление и т. п.).

Энергию, с учетом ее физических свойств, невозможно накопить в значительных количествах, сохранять ее, подобно другим товарам, на складах, в специальных емкостях. Полезные свойства энергии реализуются в процессе ее использования, потребления. Результатом использования может быть выполненная работа, технологическая операция и т. д. Но сама энергия при этом исчезает, она не

материализуется в продукции или в иной форме То, что она существовала и была использована, фиксируется в показаниях приборов учета

Однако энергия, пока она находится в сети, принадлежит тому, кто является собственником сети и (или) источника, вырабатывающего энергию². Среди правомочий снабжающей организации как

1 Витрянский В В Договор купли-продажи и его отдельные виды М,19Q9 С 158

2 Имеется в виду также принадлежность на ином вещном праве

собственника главное значение имеет право распоряжения энергией, которое реализуется в форме ее продажи (отпуска) покупателям (абонентам) либо путем совершения других сделок (например, займа). Наряду с этим некоторое количество энергии снабжающая организация потребляет обычно на собственные нужды.

Правомочия владения, пользования и распоряжения, которые осуществляет абонент в отношении получаемой им энергии, означают возможность направить ее по своему усмотрению, с соблюдением действующих правил и условий договора, на обеспечение работы оборудования, различные технологические нужды, на отопление, горячее водоснабжение и т. д. Возможно также и распоряжение энергией (в особенности электрической) путем ее перепродажи абонентам.

Рассмотренные особенности энергоснабжения как хозяйственной деятельности и особенности энергии как физической субстанции оказывают существенное влияние на правовое регулирование отношений в сфере снабжения энергией. Употребляя понятие "энергоснабжение", закон имеет в виду главным образом снабжение электрической энергией. Отношения в сфере снабжения тепловой энергией подвергаются самостоятельному регулированию, но к ним при определенных условиях могут применяться нормы об энергоснабжении, среди которых преобладают нормы, регулирующие снабжение электрической энергией.

Снабжение потребителей энергией осуществляется на основе договоров.

Вопрос о месте договора электроснабжения в системе договорных обязательств длительное время вызывал в науке гражданского права значительные трудности, которые были связаны с различным пониманием физической природы электроэнергии и возможности признания ее объектом правовых отношений, видом имущества.

Так, М.М. Агарков считал, что договор, согласно которому электрическая станция обязуется снабдить потребителя электрической энергией, нельзя "подводить" под куплю-продажу, так как предметом купли-продажи согласно закону может быть только передача имущества другой стороне. К имуществу относятся вещи и права

Электрическая энергия не является ни правом, ни вещью. М.М. Агарков пришел к выводу, что договор на снабжение энергией надлежит считать договором подряда, поскольку согласно этому договору "электрическая станция обязуется совершить работу, необходимую для доставления потребителю энергии, а не передать последнему какое-либо имущество"¹. Но трактовку договора

электроснабжения как подрядного договора нельзя признать убедительной. Для договора подряда определяющее значение имеет выполнение подрядчиком работы по заданию заказчика, причем заказчик вправе во всякое время проверять ход и качество работ, не вмешиваясь в хозяйственную деятельность подрядчика, контролировать ход выполнения своего задания. Все это совершенно не свойственно договору энергоснабжения.

Значительное распространение получила в науке точка зрения, согласно которой договор энергоснабжения следует отнести к договорному типу поставки. Наиболее отчетливо эта трактовка рассматриваемого договора выражена в работах Б.М. Сейнароева, считающего, что "договор на снабжение электроэнергией по характеру опосредуемых им отношений, по основным правам и обязанностям сторон не имеет принципиальных отличий от договора поставки"². Более осторожно и менее определенно формулирует аналогичный взгляд О.С. Иоффе. По его мнению, договоры на снабжение энергией "нельзя ни отрывать от поставки, ни отождествлять с ней", они "непосредственно примыкают к договору поставки"³. Изложенная позиция имела определенное основание в то время, когда и в науке, и в законодательстве договор поставки трактовался как совершенно самостоятельный, существенно отличающийся от договора купли-продажи. Но в современных условиях такая трактовка невозможна,

поскольку и в науке, и в законодательстве оба названных договора рассматриваются как виды договора купли-продажи.

В литературе высказывалось мнение, что договор электроснабжения следует признать самостоятельным, особым видом договора в системе гражданско-правовых договоров. Обосновывалось это тем, что договор электроснабжения отличается такими существенными особенностями, которые в совокупности создают качественное отличие его и от поставки, и от купли-продажи, и от всех других гражданско-правовых договоров⁴. Однако в науке постепенно сложилось представление о том, что договор электроснабжения находится в "близком родстве" с группой договоров, направленных на передачу товара одной стороной в собственность другой стороне. Поэтому трактовать его как совершенно самостоятельный договор гражданского права нет оснований.

1 Агарков ММ Подряд Текст и комментарий к ст 220-235 Гражданского кодекса М, 1924 С 13-14

2 Сейшроев Б М Правовое регулирование снабжения электроэнергией социалистических предприятий и организаций М, 1971 С 18-19

3 Иоффе О С Обязательственное право С 277

4 См Корнеев С М Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями М , 1956 С 96-102

Впервые на уровне закона отношения в сфере энергоснабжения были урегулированы Основами гражданского законодательства 1991 г., где договор снабжения энергетическими и другими ресурсами рассматривается как вид купли-продажи.

Предусмотренный ГК договор энергоснабжения также трактуется как специальный вид купли-продажи.

Следует признать, что общие правила о купле-продаже применимы к отношениям по энергоснабжению лишь в малой степени. Однако применимо главное, что характеризует куплю-продажу: переход товара (в данном случае весьма специфического) из собственности продавца в собственность покупателя. Большинство других правил относятся только к энергоснабжению¹.

2. Понятие договора энергоснабжения

По договору энергоснабжения энергоснабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю)² через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию, а также соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления, обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении энергетических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии (п 1 ст 539 ГК).

В отличие от договора купли-продажи, который предусматривает обязанность покупателя "принять товар", по договору энергоснабжения абонент "обязуется оплачивать принятую энергию". Это означает, что на него в принципе не возлагается обязанность принять товар, т. е. получить определенное количество энергии. Кроме того, для договора энергоснабжения характерны такие обязанности абонента, которые не свойственны купле-продаже: соблюдение определенного режима потребления энергии, обеспе-

1 Во многих правовых системах электроэнергия не рассматривается как товар и ее продажа имеет свои особенности. Этим было обусловлено исключение из сферы действия Венской конвенции договоров продажи электроэнергии (см Венская конвенция о договорах между народной купли продажи Комментарий М, 1994 С 14)

2 Представляется, что понятие "абонент" включает и понятие "потребитель". Поэтому в дальнейшем в данном параграфе употребляется, как правило, лишь понятие "абонент".

1. Безопасность энергетических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии. Наконец, для этого договора не характерны такие атрибуты многих договоров купли-продажи, как гарантийный срок и срок годности товара, комплектность товара, тара и упаковка и др.

Для юридической характеристики договора энергоснабжения необходимо указать на то, что это договор консенсуальный, поскольку права и обязанности сторон возникают с момента заключения договора и снабжающая организация обязуется подавать абоненту энергию в течение действия договора; кроме того, это договор возмездный и

взаимный и относится к числу публичных договоров.

Сторонами этого договора выступают энергоснабжающая организация и абонент. Энергоснабжающими признаются коммерческие организации, осуществляющие продажу потребителям произведенной или купленной электрической и (или) тепловой энергии. В практике электроснабжения широкое распространение получила перепродажа энергии. В качестве перепродавцов (оптовых потребителей) выступают организации, получающие энергию на основе заключенного договора электроснабжения и затем продающие ее непосредственным потребителям - субабонентам. Абонент может осуществлять передачу энергии субабоненту и заключать с ним соответствующий договор только с согласия энергоснабжающей организации (ст. 545 ГК).

К числу электроснабжающих организаций относятся также субъекты федерального (общероссийского) оптового рынка электрической энергии (мощности) - коммерческие организации, осуществляющие куплю-продажу электрической энергии (мощности) и (или) предоставляющие услуги субъектам названного оптового рынка, которые чаще всего выступают как перепродавцы электроэнергии¹. Главным субъектом оптового рынка является Российское АО "ЕЭС России". Электроэнергия может также поставляться и на экспорт.

Абонентом по договору энергоснабжения (покупателем энергии) может выступать юридическое или физическое лицо. Юридическое лицо может получать энергию либо для непосредственного потребления, либо для перепродажи. Граждане, как правило, заключают договор электроснабжения в целях получения энергии для бытового потребления. Однако договором может быть преду-

¹ См постановление Правительства РФ от 12 июля 1996 г № 793 "О федеральном (общероссийском) рынке электрической энергии (мощности)" //СЗ РФ 1996 № 30 Ст 3654

смотрено использование энергии и для обеспечения предпринимательской деятельности.

Важными особенностями отличается положение сторон договора электроснабжения в случаях, когда энергоснабжающая организация получает энергию от блок-станций, т. е. электрических станций, принадлежащих промышленным, транспортным или иным организациям, если они включены в сеть данной энергоснабжающей организации. Собственник (владелец) электростанции получает энергию от энергоснабжающей организации по договору с ней, но одновременно он передает ей по отдельному договору энергию, вырабатываемую его электростанцией. Энергоснабжающая организация включает ее в общий ресурс энергии, отпускаемой потребителям, в том числе и собственнику электростанции. Естественно, что при этом ведется учет полученной и отпущенной им энергии и производятся соответствующие расчеты. Весьма своеобразно положение сторон в договоре на переток электрической энергии. В соответствии с этим договором энергоснабжающая организация передает электрическую энергию другой энергоснабжающей организации, с которой соединена линией электропередачи. Таким образом, в данном случае сторонами договора являются две энергоснабжающие организации. С помощью договоров на переток энергии осуществляется маневрирование энергетическими ресурсами. В особенности эффективны реверсивные (встречные) перетоки, т. е. передача электроэнергии в обе стороны - в сторону принимающей энергоснабжающей организации (основное направление) и передающей (в периоды, предусмотренные договором)¹.

Разновидностью договора на переток электроэнергии является договор о взаимном резервировании электроснабжения. По этому договору сторонами являются два промышленных абонента, которые обязуются гарантировать электроснабжение друг друга, если один из них не сможет получать энергию через присоединенную сеть от энергоснабжающей организации².

ГК не содержит специальных требований к форме договора энергоснабжения. Поэтому при его оформлении должны соблюдаться общие положения о форме сделок. При заключении договора энергоснабжения с абонентом - юридическим лицом требуется соблюдение простой письменной формы (п. 1 ст. 161 ГК).

¹ См Сейнаров Б М Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией

предприятий и организаций Алма-Ата, 1975 С 8-23

2 См ШафирАМ Энергоснабжение предприятий (правовые вопросы) М, 1990 С 10

Если гражданин использует электрическую энергию для бытового потребления, оформление договорных отношений с ним происходит путем "фактического подключения" в установленном порядке к присоединенной сети (п. 1 ст. 540 ГК).

Фактическому подключению предшествует подача гражданином заявления энергоснабжающей организации, осмотр его электропроводки, опломбирование счетчика и т. п., после чего, если будет установлено их соответствие действующим техническим требованиям, энергоснабжающая организация открывает на имя абонента лицевой счет и вручает ему "расчетную книжку" для выписки платежных документов за использованную электроэнергию. Представляется, что указанные действия свидетельствуют о письменном оформлении договорных отношений и с абонентом-гражданином, хотя и своеобразным способом¹.

3. Содержание договора энергоснабжения

К числу условий данного договора применительно к электроснабжению относятся условия о предмете договора, количестве, качестве электроэнергии, цене, сроке действия договора, режиме электропотребления².

Предметом названного договора является электрическая и тепловая энергия.

Электроэнергия представляет собой продукцию специальных отраслей промышленности, она имеет количественную и качественную оценку, стоимость, т. е. является товаром, вещь в смысле п. 1 ст. 454 ГК.

Электроэнергия как товарная продукция отличается тем, что само ее существование проявляется в потреблении, расходовании. Электрическая энергия может служить наиболее ярким примером потребляемых вещей. Ее невозможно хранить на складах, подобно другим вещам, накопить в значительных количествах, в том числе в аккумуляторах. В сети она присутствует лишь до того мгновения, пока сеть находится под напряжением, т. е. пока энергия подается в сеть и потребляется.

¹ По мнению И В Елисеева, договор в данном случае заключается "путем совершения конклюдентных действий - подключения к сети" (см Гражданское право Учебник /Под ред А П Сергеева, Ю К Толстого Ч 2 С 87) Представляется, что подключение к сети и иные действия совершаются по воле абонента и оформляются письменными документами, следовательно, нет оснований относить их к конк-людентным действиям, которые, как указывается на с 193 названного учебника, означают лишь "косвенное волеизъявление"

² Все эти условия, кроме условий о сроке и цене, предлагается относить к числу существенных См Витрянский В В Договор купли-продажи и его отдельные виды С 169

Количество энергии, которое энергоснабжающая организация обязана подавать абоненту (потребителю), определяется соглашением сторон, причем не только на срок действия договора (обычно - один год), но и на квартал; более того, может быть согласована месячная и даже суточная норма. При этом на длительный срок количество подлежащей отпуску энергии может быть определено лишь приблизительно (в пределах согласованных величин).

При заключении договора энергоснабжения с промышленными и другими крупными потребителями количество подлежащей отпуску электроэнергии определяется с учетом двух важнейших показателей: присоединенной потребителем мощности токоприемников и мощности, участвующей в суточном максимуме нагрузки энергоснабжающей организации.

Сущность первого из названных показателей заключается в том, что энергоснабжающая организация обязуется отпускать потребителю электроэнергию в пределах мощности присоединенных им трансформаторов и других токоприемников высокого напряжения, перечисленных в договоре. Это имеет большое значение для энергоснабжающей организации. Например, если договором суточное количество энергопотребления будет установлено в 8000 киловатт-часов, то потребитель может выбрать его за один час работы, включив моторы общей мощностью 8000 киловатт. Но он может выбрать это количество за 8 часов работы, если будут включены моторы мощностью 1000 киловатт.

Количество подлежащей отпуску электроэнергии корректируется также путем определения в договоре мощности, которую потребитель может включать в часы суточного максимума нагрузки энергоснабжающей организации (чаще всего это утро и вечерние часы). Таким путем энергоснабжающая организация добивается выравнивания графика нагрузки и обеспечения энергией всех потребителей.

Как видно, условие о количестве подлежащей отпуску электроэнергии в договорах с промышленными и другими крупными потребителями сопровождается условием о величине присоединенной мощности и (или) о величине максимальной нагрузки в часы максимума электропотребления из сети данной снабжающей организации. Изложенные правила не распространяются на случаи, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления: он вправе использовать энергию в необходимом ему количестве с оплатой ее в соответствии с фактическим потреблением, определяемом по показаниям счетчика.

Качество электрической энергии определяется главным образом двумя показателями - напряжением и частотой тока. Требования к качеству содержатся в государственных стандартах, а также в иных обязательных правилах. Согласно п. 1 ст. 542 ГК они могут быть предусмотрены и договором энергоснабжения. Качество электроэнергии по напряжению контролируется по специальным приборам - вольтметрам, которые устанавливаются у потребителя, а качество по частоте - частотетрами, которые устанавливаются энергоснабжающей организацией на электростанциях или на диспетчерском пункте.

Вопрос о качестве электроэнергии имеет большое значение при ее потреблении промышленными, транспортными и другими производственными предприятиями. В договорах с мелкомоторными потребителями и потребителями, использующими энергию для освещения и удовлетворения бытовых потребностей, качество обычно не указывается ни по напряжению, ни по частоте. Это связано с тем, что энергоснабжающая организация подает им энергию заранее определенного стандартного напряжения и стандартной частоты.

Срок в договоре энергоснабжения определяется соглашением сторон. Договор может быть заключен на неопределенный или определенный срок. Согласно ч. 2 п. 1 ст. 540 ГК договор с гражданином, использующим энергию для бытового потребления, считается заключенным на неопределенный срок, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Если же абонентом по договору энергоснабжения выступает юридическое лицо, такой договор, как правило, заключается на определенный срок, продолжительность которого устанавливается сторонами.

Учитывая, что необходимость потребления энергии у каждой организации существует постоянно, закон устанавливает, что сам по себе факт истечения срока не влечет за собой прекращения договорных отношений: договор в этом случае считается продленным на тот же срок и на условиях, которые содержались в предыдущем договоре. Но до окончания действия срока каждая из сторон может заявить о его прекращении или изменении либо о заключении нового договора (п. 2 ст. 540 ГК). В последнем случае права и обязанности сторон до заключения нового договора определяются ранее заключенным договором.

Согласно п. 1 ст. 539 ГК абонент по договору энергоснабжения обязуется оплачивать принятую энергию. Цена, по которой производится оплата, определяется, как правило, в соответствии с утвержденными государством тарифами. Поэтому отсутствие в договоре электроснабжения условия о цене не влечет его недей-

ствительность, так как цена не является существенным условием данного договора. Государственное регулирование тарифов обусловлено естественной монополией энергоснабжающих организаций и осуществляется главным образом в целях защиты экономических интересов потребителей от монопольного повышения тарифов.

Органами государственного регулирования тарифов являются Федеральная энергетическая комиссия Российской Федерации и региональные энергетические комиссии субъектов Российской Федерации. Полномочия названных комиссий определены Федеральным законом от 14 апреля 1995 г. "О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской

Федерации"¹. В частности, Федеральная энергетическая комиссия наделена правом установления тарифов на электрическую энергию (мощность) на федеральном (общероссийском) оптовом рынке электрической энергии (мощности), а также на электроэнергию, поставляемую коммерческим организациям (по перечню, утвержденному Правительством РФ).

4. Заключение договора энергоснабжения

Для заключения договора энергоснабжения требуются определенные предпосылки в виде технических средств - технические предпосылки. К ним относится в первую очередь наличие у абонента отвечающих техническим нормам и правилам сети проводов, присоединенных к сети энергоснабжающей организации, а также приборов учета потребляемой энергии. Понятием "технические предпосылки" охватывается также исправное состояние всех энергопотребляющих агрегатов, установок и преобразующих устройств: трансформаторных подстанций, электропечей, станков, иного оборудования. Наличие отвечающих установленным требованиям технических предпосылок определяется и удостоверяется энергоснабжающей организацией. Наличие технических предпосылок не относится к условиям договора энергоснабжения; в данном случае речь идет о преддоговорных отношениях. Правовое регулирование указанных отношений осуществляется подзаконными актами, главным образом ведомственными правилами пользования электрической и тепловой энергией².

Вторая важная особенность заключения договора энергоснабжения связана с тем, что он относится к числу публичных догово-

1 СЗ РФ 1995 № 16 Ст 1316

2 Правила пользования электрической энергией утверждены приказом Министерства энергетики и электрификации СССР от 6 декабря 1981 г № 310
ров. Это означает, что закон предусматривает обязанность снабжающей организации заключить договор с обратившимся к ней юридическим либо физическим лицом. В случае уклонения от заключения договора это лицо вправе обратиться в суд с требованием о понуждении снабжающей организацией заключить договор и возмещении причиненных ему убытков (п. 4 ст. 445 ГК). Требование о понуждении снабжающей организации заключить договор может быть обращено и в Федеральную энергетическую комиссию Российской Федерации¹, а также в антимонопольные органы.

Обязанность заключения договора энергоснабжения основывается не только на публичном характере этого договора, но также и на том, что энергоснабжающие организации являются субъектами естественных монополий². В связи с этим энергоснабжающая организация вправе отказаться от заключения договора с обратившимся к ней потребителем лишь в случае, если она докажет невозможность обеспечить отпуск энергии (например, по причине отсутствия у потребителя надлежащих технических предпосылок).

Если договор заключается с абонентом-юридическим лицом, то проект договора (оферта), как правило, исходит от энергоснабжающей организации. В случае его подписания (акцепта) абонентом без оговорок договор считается заключенным. Если же абонент не соглашается с какими-либо пунктами проекта или предлагает новые пункты, возникает необходимость урегулирования разногласий. Представляется, что в этом случае возможно применение по аналогии правил ст. 507 ГК, относящихся к поставке³.

Более простой порядок установлен для заключения договора с гражданином, использующим энергию для бытового потребления: такой договор согласно п. 1 ст. 540 ГК считается заключенным с момента первого фактического подключения абонента в установленном порядке к присоединенной сети. Подключение производится на основании заявки (оферты) гражданина.

1 См.: Положение о Федеральной энергетической комиссии Российской Федерации, утвержденное постановлением Правительства РФ от 13 августа 1996 г. № 960 // СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4182.

2 См.: Федеральный закон от 17 августа 1995 г. "О естественных монополиях" // СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

3 Возможность прямого применения ст. 507 ГК к отношениям из договора энергоснабжения ГК не предусмотрена. Представляется, что применение ее по аналогии не противоречит постановлению Президиума ВАС РФ от 19 марта 1996г., которым предусмотрено, что к правоотношениям сторон, возникшим из договора на отпуск электроэнергии, не могут применяться нормы о договоре поставки (Вестник ВАС РФ. 1996. №7. С. 35).

5. Содержание и исполнение обязательства энергоснабжения

Основная обязанность энергоснабжающей организации заключается в том, чтобы подавать абоненту энергию через присоединенную сеть (п. 1 ст. 539). "Подача электроэнергии" означает в данном случае предоставление абоненту возможности получать из сети энергию в обусловленном количестве и указанного в договоре качества. Особого акта передачи товара (как при купле-продаже или поставке) здесь нет. Абонент использует энергию по мере необходимости, и при этом электроэнергия переходит в его сеть. С момента перехода электроэнергии из сети энергоснабжающей организации в сеть абонента она считается переданной абоненту и риск ее случайной утечки или других потерь падает на него. Момент перехода энергии в сеть абонента фиксируется приборами учета, которые, как правило, устанавливаются на границе его сети и сети энергоснабжающей организации.

Исполнение энергоснабжающей организацией обязанности подачи (отпуска) электроэнергии абоненту (потребителю) заключается в том, что эта организация обязана обеспечить наличие энергии в сети в любое время. Подача энергии должна осуществляться с соблюдением определенного режима, основными принципами которого являются бесперебойность, непрерывность, соблюдение требований к качеству.

Учитывая, что неожиданное прекращение электроснабжения может вызвать у потребителей приостановку производства и другой деятельности, гибель имущества, человеческие жертвы, нарушение нормальной жизни целых населенных пунктов, закон предусматривает лишь исключительные случаи, когда допускается ограничение или полное прекращение подачи электроэнергии абоненту. Принятие таких мер возможно по причинам, связанным с деятельностью либо абонента, либо энергоснабжающей организации. Согласно п. 3 ст. 546 ГК перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии допускается в случае необходимости принять неотложные меры по предотвращению или ликвидации аварии в системе энергоснабжающей организации. В этой ситуации энергоснабжающей организации предоставлено право применять указанные меры без согласования с абонентом и без соответствующего его предупреждения, однако при условии немедленного уведомления его об этом после принятия мер.

Перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии возможно по соглашению сторон. Такое соглашение признается недопустимым, если удостоверенное органом государственного энергетического надзора неудовлетворительное состояние энергетических установок абонента угрожает аварией или создает

угрозу жизни и безопасности граждан. О мерах, которые энергоснабжающая организация решила предпринять в связи с этим, она должна предупредить абонента. Энергоснабжающая организация не совершает отдельных актов передачи абоненту определенных "доз" электроэнергии. Следовательно, обязанности абонента (потребителя) принять "товар", характерной для купли-продажи, в данном случае, как правило, не существует. Абонент вправе, но не обязан выбрать все указанное в договоре количество энергии, но при условии, что недополучение энергии по сравнению с количеством, указанным в договоре, произошло вследствие осуществления им мероприятий по экономии энергии¹. В других случаях абонент может изменить количество принимаемой им энергии (в сторону уменьшения или увеличения) при условии, что такое его право предусмотрено договором и при условии возмещения им расходов, понесенных энергоснабжающей организацией в связи с обеспечением подачи энергии в не обусловленном договором количестве (п. 2 ст. 541 ГК). Если в договоре соответствующей оговорки не было, абонент, изменивший количество потребляемой энергии не в связи с мерами по ее экономии, должен

возместить энергоснабжающей организации вызванные этим расходы. Изложенные правила не применяются в случаях, когда абонентом выступает гражданин, использующий электроэнергию для бытового потребления. Основная обязанность абонента - оплата принятой им энергии по установленным тарифам. Согласно п. 1 ст. 544 ГК оплате подлежит фактически принятое абонентом количество энергии в соответствии с данными учета энергии, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или соглашениями сторон. Порядок расчетов за электроэнергию был установлен в 30-х годах и заключался в том, что взимание платы как за отпущенную электроэнергию, так и за присоединенную мощность или максимальную нагрузку производилось путем безакцептного списания с расчетных (текущих) счетов потребителей². Этот исключительный порядок расчетов применяется и в настоящее время. Рядом нормативных актов установлено, что расчеты с потребителями, кроме бюджетных организаций и населения, за отпускаемую энергоснабжающими организациями электрическую и тепловую энергию и за некоторые другие виды продукции производятся на

1 См Федеральный закон от 3 апреля 1996 г "Об энергоснабжении" //СЗ РФ 1996 № 15 Ст 1551

2 См Постановление СНК СССР от 23 января 1973 г //СЗСССР 1973 №9 Ст 33 основании показателей измерительных приборов и действующих тарифов без акцепта плательщиков¹.

Абонент обязан соблюдать предусмотренный договором режим потребления энергии. Он устанавливается в договорах с абонентами, использующими энергию в целях обеспечения производственной или иной аналогичной деятельности. Понятием "режим" охватывается в данном случае соблюдение определенного порядка потребления по часам, дням недели, сменам и т. д.

Режим потребления энергии характеризуется также обязанностью абонента соблюдать предусмотренные для него суточный и месячный графики потребления энергии, что связано с необходимостью обеспечить равномерность энергопотребления и надежность работы энергоснабжающей организации. В случаях, когда абонентом по договору энергоснабжения выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления, какой-либо режим потребления для него не устанавливается.

Обязанностью абонента является также обеспечение надлежащего технического состояния и безопасности эксплуатируемых энергетических сетей, приборов и оборудования. Выполнение этих требований составляет договорную обязанность абонента перед снабжающей организацией, которой соответствует право энергоснабжающей организации осуществлять надзор и контроль за соблюдением абонентом режима электропотребления, за состоянием электрооборудования, приборов учета и другого энергетического хозяйства абонентов.

В соответствии с договором энергоснабжения абонент обязан немедленно сообщать энергоснабжающей организации об авариях, пожарах, неисправностях приборов учета энергии и об иных нарушениях, возникающих при пользовании энергией.

Исключительная важность данной обязанности абонента обусловлена свойствами энергии как продукции и опасностями, которые связаны с ее использованием.

6. Ответственность сторон договора энергоснабжения

Ранее законодательством предусматривалась ограниченная по объему ответственность энергоснабжающих организаций. Она

1 См , например Указ Президента РФ от 18 сентября 1992 г № 1091 "О мерах по улучшению расчетов за продукцию топливно-энергетического комплекса", постановление Верховного Совета РФ от 1 апреля 1993 г № 4725-1 "О мерах по улучшению порядка расчетов за продукцию и услуги коммунальных энергетических и во-допроводно-канализационных предприятий" //Правовое регулирование безналичных расчетов в Российской Федерации Сборник нормативных актов с научно-практическим комментарием/Сост Л А Новоселова М , 1994 С 235, 237

ограничивалась уплатой штрафов, абонент был лишен права взыскивать убытки. В то же время на абонентов (потребителей) распространялось общее правило о полной ответственности.

В ГК ограничение ответственности предусмотрено в равной степени в отношении

обеих сторон обязательства энергоснабжения¹. Согласно п. 1 ст. 547 сторона, нарушившая обязательство (как энергоснабжающая организация, так и абонент), обязана возместить причиненный этим реальный ущерб. Следовательно, ответственность обеих сторон ограничена возмещением реального ущерба, упущенная выгода не может быть взыскана. Вместе с тем ограниченная ответственность энергоснабжающей организации теперь, во всяком случае, выше той, которая применялась до принятия ГК, т. е. когда она ограничивалась уплатой штрафов². Для энергоснабжающих организаций и для потребителей установлены единые основания имущественной ответственности за нарушение договорных обязанностей. В соответствии с п. 3 ст. 401 ГК энергоснабжающие организации и абоненты-предприниматели в случае нарушения своих договорных обязанностей несут ответственность независимо от наличия их вины, если иное не предусмотрено законом или договором. В законе предусмотрено одно исключение из этого правила: энергоснабжающая организация отвечает при наличии ее вины лишь за перерывы в подаче энергии абоненту. Если перерыв был обусловлен необходимостью принятия неотложных мер по предотвращению или ликвидации аварий в системе энергоснабжающей организации (п. 2 ст. 547 ГК) энергоснабжающая организация может быть признана невиновной и освобождена от ответственности. Когда абонентом выступает гражданин, использующий энергию для бытовых нужд, энергоснабжающая организация в случае нарушения условий договора отвечает перед ним независимо от вины как лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность (п. 3 ст. 401 ГК). В то же время размер ее ответственности ограничен возмещением реального ущерба (п. 1 ст. 547). Если же условия договора нарушает гражданин, он отвечает перед энергоснабжающей организацией только за виновное поведение и обязан возместить лишь реальный ущерб.

Энергоснабжающая организация отвечает прежде всего за перерывы в подаче энергии и ее недоотпуск. В любом случае пере-

1 См.: Брагинский М.И. Витрянский В.В. Указ. соч. С. 494

2 См. • Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право. Курс лекций. М., 1997. С. 140.

рыв в электроснабжении влечет и невыполнение договорного условия о количестве подлежащей отпуску электроэнергии. За указанные нарушения договора энергоснабжающая организация обязана возместить абоненту понесенный им реальный ущерб (п. 1 ст. 547 ГК).

Энергоснабжающая организация обязана возместить абоненту реальный ущерб и в случае, когда она, осуществляя свое право прекратить или ограничить подачу абоненту энергии без его согласия, не выполнила требование о немедленном уведомлении его об этом. Неожиданное отключение абонента от сети снабжающей организации приводит не только к повреждению принадлежащего ему имущества, но и к причинению вреда здоровью людей.

Энергоснабжающая организация несет ответственность за нарушение требований к качеству отпускаемой абоненту энергии. Если потребителем энергии является производственное предприятие, то отпуск ему электроэнергии пониженного напряжения или частоты (либо того и другого) не обеспечивает получение нужного эффекта и дает право на применение предусмотренных законом санкций к энергоснабжающей организации. Абонент вправе взыскать с энергоснабжающей организации причиненный ею реальный ущерб (п. 1 ст. 547). Кроме того, он вправе отказаться от оплаты недоброкачественной энергии. Последнюю меру нельзя рассматривать как меру ответственности. В данном случае имеет место применение меры оперативного воздействия к стороне, нарушившей обязательство¹.

Возможны случаи, когда абонент, несмотря на пониженное качество подаваемой ему энергии, все же использовал ее. В такой ситуации энергоснабжающая организация вправе требовать возмещения абонентом стоимости того, что он неосновательно сберег вследствие использования этой энергии (п. 2 ст. 542 и п. 2 ст. 1105 ГК).

Нормативными актами и договором энергоснабжения предусматривается ответственность абонента за просрочку оплаты полученной энергии.

Энергоснабжающая организация в соответствии с п. 1 ст. 547 ГК вправе взыскать с

абонента причиненный ей реальный ущерб. Кроме того, она вправе требовать уплаты процентов годовых за пользование чужими денежными средствами вследствие просрочки в их уплате (ст. 395 ГК). Договором электроснабжения может быть предусмотрена также ответственность абонента в виде начисления на не уплаченную в срок сумму пени.

1 См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 512.

Помимо мер ответственности энергоснабжающая организация вправе применить к абоненту в случае несвоевременной оплаты им полученной энергии меры оперативного воздействия, предусмотренные законом. Во-первых, она вправе приостановить подачу энергии абоненту до полной оплаты им ранее полученной энергии. Указанное право энергоснабжающей организации основывается на общих положениях ГК об оплате товара при купле-продаже (п. 5 ст. 486). Во-вторых, к абоненту, допускаяшему существенное и неоднократное нарушение сроков оплаты энергии, энергоснабжающая организация может применить и более жесткую меру - отказаться от заключенного с ним договора, т. е. расторгнуть договор в одностороннем порядке. Такое право энергоснабжающей организации вытекает из п. 1 и 3 ст. 523 ГК, которые регламентируют односторонний отказ от исполнения договора поставки. Нарушение договора энергоснабжения абонентом предполагается существенным, в частности, в случае неоднократного нарушения сроков оплаты энергии.

Применение мер ответственности влечет за собой несоблюдение абонентом установленного для него режима энергопотребления (по часам, сменам, дням недели и т. д.). Энергоснабжающая организация вправе взыскать с нарушителя режима убытки в виде реального ущерба, а также неустойку, если она предусмотрена нормативными актами или договором.

Меры оперативного воздействия применяются к абонентам, не обеспечивающим надлежащее техническое состояние и безопасность эксплуатируемых энергетических сетей, приборов и оборудования. Если неудовлетворительное состояние энергетических установок абонента, удостоверенное органом государственного энергетического надзора, угрожает аварией или создает угрозу жизни и безопасности граждан, энергоснабжающая организация вправе прекратить или ограничить подачу энергии такому абоненту, предупредив его о принятии указанных мер (п. 2 ст. 546 ГК). Ответственность абонента в виде взыскания с него реального ущерба возможна в случае, если он не сообщил энергоснабжающей организации (причем немедленно) о происшедших авариях, пожарах, неисправностях приборов учета энергии и об иных нарушениях, возникающих при пользовании энергией. При наличии условий, предусмотренных п. 2 ст. 546 ГК, в данном случае возможно также применение мер оперативного воздействия в виде прекращения или ограничения подачи энергии абоненту.

7. Изменение и прекращение договора энергоснабжения

Изменение условий договора энергоснабжения возможно по соглашению сторон, а также в качестве санкции за нарушение своих обязанностей абонентом.

К условиям договора, которые могут быть изменены по соглашению сторон, во-первых, относится изменение условия договора о непрерывности энергоснабжения. Согласно п. 2 ст. 546 ГК перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии допускается по соглашению сторон. Необходимость такого изменения может возникнуть как у энергоснабжающей организации, так и у абонента (например, в связи с ремонтными работами, перегрузкой энергосистемы, вызванной сильными морозами, и т. п.).

Во-вторых, по соглашению сторон может быть изменено условие о количестве подлежащей отпуску электроэнергии и о присоединенной мощности. Например, если абонент намерен ввести в действие новую электропечь, он должен получить согласие энергоснабжающей организации. Соглашение об увеличении присоединенной мощности оформляется в порядке, установленном действующими правилами пользования электроэнергией.

В-третьих, возможно изменение по соглашению сторон установленного режима потребления энергии (в частности, максимального ее потребления в часы наибольшей нагрузки энергосистемы, выходных дней и т. п.).

Изменение и прекращение договора по одностороннему решению абонента или энергоснабжающей организации допускается в исключительных случаях, предусмотренных законом. Наиболее просто решается этот вопрос, когда абонентом является гражданин, использующий электроэнергию для бытового потребления: он вправе расторгнуть договор в одностороннем порядке при условии уведомления об этом энергоснабжающей организации и полной оплаты использованной энергии (абз. 1 п. 1 ст. 546 ГК).

Если абонентом по договору энергоснабжения выступает юридическое лицо или гражданин-предприниматель, энергоснабжающая организация вправе отказаться от исполнения договора в одностороннем порядке только в случаях существенного нарушения абонентом условий договора (п. 1 ст. 523 ГК). В п 2 ст. 523 ГК названы случаи, когда нарушение предполагается существенным, причем к договору энергоснабжения применим лишь один признак данного понятия из числа названных в ст. 523 - "неоднократное нарушение сроков оплаты товаров". Это дало некоторым авторам основание для толкования ст. 523 в том смысле, что лишь нарушение условия о сроках оплаты энергии закон признает существенным нарушением¹

Следует согласиться с тем, что рассматриваемое положение сформулировано в ГК не совсем удачно. Однако для уяснения его подлинного смысла необходимо учитывать следующие обстоятельства. Норма п 1 ст. 523 ГК вполне может применяться и без указания на случаи, когда нарушение договора "предполагается существенным" (п 3 ст. 523). Важно, чтобы для данного вида договора нарушение определенного условия считалось существенным (исходя из общего понятия, которое дается в п 2 ст. 450 ГК). Применительно к договору энергоснабжения существенным нарушением договора, дающим право энергоснабжающей организации в одностороннем порядке отказаться от его исполнения, является не только неоднократное нарушение сроков оплаты электроэнергии, но и существенное нарушение других условий договора, в том числе условия об обеспечении абонентом надлежащего технического состояния и безопасности эксплуатируемых энергетических сетей, приборов и оборудования, а также о соблюдении установленного режима потребления энергии.

Следует учитывать, что законом или иными правовыми актами могут быть предусмотрены случаи, когда энергоснабжающая организация не вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора, т. е. прекратить или ограничить подачу энергии абоненту. Например, не допускается прекращение подачи энергии по причине неоплаты счетов организациям, условия работы которых исключают даже кратковременный перерыв в энергоснабжении (стратегические организации, обеспечивающие безопасность государства). Имеется перечень таких организаций, утвержденный постановлением Правительства РФ от 28 января 1997 г. № 742.

В п 3 ст 546 ГК предусмотрено право энергоснабжающей организации прервать подачу энергии абоненту, прекратить или ограничить ее подачу без согласования с абонентом и без соответствующего его предупреждения, если возникла необходимость принять неотложные меры по предотвращению или ликвидации аварии в системе энергоснабжающей организации (при условии немедленного уведомления абонента об этом). Реализация энергоснабжающей организацией указанного права означает изменение или прекращение договора энергоснабжения.

¹См Гражданское право Учебник/Под ред АП Сергеева и Ю К Толстого Ч 2 С 93 2СЗРФ 1997 №5 Ст 682

1. Договор о снабжении продукцией (товарами) через присоединенную сеть. Продажа продукции (товаров) с использованием присоединенной сети осуществляется не только в сфере снабжения электроэнергией. Признаки, свойственные договору о снабжении электроэнергией, характерны для ряда других договоров о снабжении через присоединенную сеть - о снабжении тепловой энергией, газом, нефтью и нефтепродуктами, водой и другими товарами.

Поскольку виды продукции (товаров), которые передаются покупателям через присоединенную сеть, весьма разнообразны и специфичны, правовое регулирование соответствующих отношений, как вытекает из ст. 548 ГК, осуществляется главным

образом специальными нормами, учитывающими специфику снабжения конкретными видами продукции¹. Рассмотренные выше правила, регулирующие отношения энергоснабжения (главным образом электроснабжения), применяются и к отношениям, связанным со снабжением тепловой энергией через присоединенную сеть, а также со снабжением через присоединенную сеть газом, нефтью и нефтепродуктами, водой и другими товарами, но при условии, если иное "не установлено законом или иными правовыми актами". Отсюда следует, что в данном случае ГК отдает приоритет не правилам о договоре энергоснабжения (ст. 539-547 ГК), а специальным нормам о снабжении отдельными видами продукции - тепловой энергией, газом, нефтью и нефтепродуктами, водой².

Вместе с тем для заключения любого из договоров данной группы требуется наличие технических предпосылок, т. е. определенных технических средств, с применением которых возможно осуществление снабжения данной продукцией и ее потребление. К данной группе относятся договоры, которые предусматривают снабжение определенными видами продукции только при условии, если соответствующая сеть покупателя присоединена к сети снабжающей организации. Таким образом, речь идет о договорах, предусматривающих снабжение продукцией (товарами) через присоединенную сеть. При отсутствии этого условия на отношения

¹ См., например Правила пользования тепловой энергией, утвержденные приказом Министерства энергетики и электрификации СССР от 6 декабря 1981 г. № 310, Правила пользования электрической и тепловой энергией М., 1982 С. 78, Правила поставки газа потребителям Российской Федерации, утвержденные постановлением Правительства РФ от 30 декабря 1994 г. № 1445//СЗРФ 1995 №2 Ст. 152

² См. Гражданское право России Часть вторая Обязательственное право Курс лекций С. 131

сторон должны распространяться общие положения о купле-продаже и о договоре поставки. Например, газ и нефтепродукты могут поставляться покупателям не по газопроводам или нефтепроводам, а в железнодорожных цистернах либо в иных емкостях.

Общим для всех договоров о снабжении продукцией (товарами) через присоединенную сеть является также не свойственная договору купли-продажи обязанность покупателя продукции (товара) соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления (получения из сети снабжающей организации), а также соответствующая обязанность снабжающей организации соблюдать график подачи (отпуска) продукции абоненту (потребителю).

Для всех договоров о снабжении продукцией через присоединенную сеть характерно наличие обязанности абонента (потребителя) обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении сетей, через которые осуществляется передача соответствующей продукции (товаров) - электроэнергии, теплоэнергии, газа, нефти, нефтепродуктов и других товаров, а также обеспечивать исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением (получением) продукции (товаров).

Наконец, особенностью всех договоров о снабжении продукцией через присоединенную сеть является наличие у снабжающей организации права осуществлять надзор и контроль за соблюдением абонентом режима получения (потребления) соответствующей продукции, а также за исправным состоянием сетей и оборудования, связанных с ее получением (потреблением). Это право снабжающих организаций основано на действующих административных и технических нормах и правилах, но оно составляет вместе с тем элемент содержания договора о снабжении продукцией через присоединенную сеть.

Выявление перечисленных общих признаков договоров энергоснабжения, газоснабжения, снабжения нефтью и нефтепродуктами, водой и другими товарами, предпринятое в литературе с начала 50-х годов, позволило рассматривать перечисленные договоры как однотипные и объединить их в одну группу, которую было предложено назвать "договоры о снабжении продукцией через присоединенную сеть"¹. Это наименование получило затем отражение в работах других авторов², а в настоящее время оно используется в ГК (п. 1 ст. 539; п. 1 ст. 541; ст. 548).

1 Корнеев С М Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями Автореф дис. канд. юрид наук М , 1953. С 14

2 См Сейнароев Б.М. Указ соч., Шафир А М Указ соч

В соответствии с ГК договор о снабжении продукцией через присоединенную сеть может быть квалифицирован как вид договора купли-продажи, включающий в качестве его разновидностей не только договор энергоснабжения, но и другие договоры - о снабжении газом, нефтью и нефтепродуктами и другими товарами через присоединенную сеть¹.

По договору о снабжении продукцией (товарами) через присоединенную сеть снабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) свою продукцию в обусловленных пределах, определенного качества при наличии у него соответствующих технических предпосылок для получения (потребления) этой продукции через присоединенную сеть, а абонент (потребитель) обязуется оплачивать принятую продукцию (товар), а также соблюдать предусмотренный договором режим ее получения (потребления), обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с получением (потреблением) данной продукции (товара).

§ 4. Договор контрактации

1. Значение и сфера применения контрактации

Договор контрактации, являющийся отдельным видом договора купли-продажи, призван регулировать отношения, связанные с закупками у сельскохозяйственных организаций и крестьянских (фермерских) хозяйств выращиваемой либо производимой ими сельскохозяйственной продукции.

В российском дореволюционном гражданском законодательстве отсутствовало специальное регулирование отношений по закупкам сельскохозяйственной продукции. Судебная практика той поры исходила из возможности применения к данным правоотношениям правил о договоре купли-продажи либо о договоре запродажи. Но по действовавшему в ту пору законодательству договор

1 Иную трактовку данных отношений предлагает В. В. Витрянский. По его мнению, договором энергоснабжения регулируются отношения, связанные со снабжением через присоединенную сеть лишь в тех случаях, когда через нее подается энергия, а не любые ресурсы и/или товары. Что же касается применения правил о договоре энергоснабжения к иным договорам, "то это не более чем прием законодательной техники" (Витрянский В. В. Договор купли-продажи и его отдельные виды С 158) купли-продажи предполагал наличность вещи, состоящей во владении продавца, поэтому предметом договора купли-продажи не могли выступать вещи, не существующие на момент заключения договора, например будущий урожай¹. Что касается договора запродажи, то его предметом признавалось лишь недвижимое имущество. Данную проблему предполагалось решить путем уточнения предмета договора купли-продажи, имея в виду, что таковым должны были признаваться и будущие вещи, не существующие в момент заключения договора².

В советский период на первом этапе отношения, складывающиеся между сельскохозяйственными производителями и покупателями выращенной продукции, регулировались договором купли-продажи. В ГК 1922 г. отсутствовали какие-либо нормы о договоре контрактации. В дальнейшем обязательства колхозов и совхозов по сдаче государству выращенной или произведенной ими продукции сельскохозяйственного производства были практически лишены товарных элементов, эти правоотношения носили административный характер и именовались "обязательными поставками" сельскохозяйственной продукции.

В 60-х годах совхозы были переведены на хозрасчет, значительно повышались закупочные цены, внедрялся договорный метод заготовок сельскохозяйственной продукции. В Основах гражданского законодательства 1961 г. появились нормы о договоре контрактации (ст. 51-52), которые были воспроизведены в ГК РСФСР 1964 г. (ст. 267-268). Согласно указанным нормам государственная закупка сельскохозяйственной продукции у колхозов и совхозов осуществлялась по договорам контрактации, которые заключались на основе планов государственных закупок

сельскохозяйственной продукции и планов развития сельскохозяйственного производства в колхозах и совхозах³. Самостоятельный характер договора контрактации по отношению к договору купли-продажи и к договору поставки в юридической литературе объяснялся главным образом тем, что сельскохозяйственная продукция производится на земле, составляющей исключительную собственность государства, за которым по этой причине признавалось право вводить обязательность сдачи ему выращенной сельскохозяйственной продукции на условиях, им установленных⁴. Отношения

1 См., например Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) С. 312

2 См. Гражданское уложение Проект/Под ред. ИМ Тютрюмова С. 347

3 См. Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР /Под ред. С. Н. Братуся, ОН Садикова С. 311

4 См. Иоффе О. С. Обязательственное право С. 284

по контрактации сельскохозяйственной продукции регулировались многочисленными подзаконными актами, в частности типовыми договорами контрактации отдельных видов сельскохозяйственной продукции, содержащими императивные нормы, которым в точности должны были соответствовать условия конкретных договоров, заключаемых между хозяйствами и заготовительными организациями.

В связи с отказом от административно-командной системы управления экономикой и переходом к рыночным отношениям утратило значение и всеобъемлющее планирование закупок продукции, выращенной сельскохозяйственными организациями. Реформа экономических отношений сопровождалась преобразованием совхозов и колхозов в хозяйственные товарищества и общества, производственные кооперативы, образованием крестьянских (фермерских) хозяйств, основанных на частной собственности. При этих условиях договор контрактации, основанный на плановых актах закупок сельскохозяйственной продукции, оказался непригодным для регулирования соответствующих экономических отношений. Поэтому в Основы гражданского законодательства 1991 г. договор контрактации утратил самостоятельный характер и рассматривался в качестве одного из видов договора купли-продажи (ст. 83 Основ).

Новый ГК сохранил договор контрактации в качестве отдельного вида договора купли-продажи. При этом принималось во внимание, во-первых, значительное своеобразие отношений, связанных с реализацией продукции, выращенной или произведенной в сфере сельскохозяйственного производства. Необходимо учитывать влияние естественных (стихийных) факторов на сам процесс производства сельскохозяйственной продукции, а также его сезонный характер.

Во-вторых, в отношениях по контрактации продавец, в качестве которого выступает производитель сельскохозяйственной продукции, является слабой стороной, а покупатель (заготовитель), напротив, представляет собой организацию, занимающуюся профессиональной деятельностью по закупкам сельскохозяйственной продукции в целях ее дальнейшей переработки и реализации, которая в состоянии диктовать свою волю производителю. Данное обстоятельство сделало необходимым выравнивание положения контрагентов по договору контрактации.

2. Понятие договора контрактации

(

1. Договором контрактации признается такой вид договора купли-продажи, по которому продавец - производитель сельскохозяйственной продукции обязуется передать выращенную (произведенную) им сельскохозяйственную продукцию покупателю-заготовителю, в качестве которого выступает лицо, осуществляющее закупки такой продукции для переработки и продажи, а заготовитель обязуется оплатить полученную сельскохозяйственную продукцию (п. 1 ст. 535 ГК).

Этот договор - возмездный, консенсуальный, взаимный (двусторонний).

В качестве продавца по такому договору выступает производитель сельскохозяйственной продукции. Таковыми признаются сельскохозяйственные коммерческие организации: хозяйственные общества, товарищества,

производственные кооперативы, а также крестьянские (фермерские) хозяйства, осуществляющие предпринимательскую деятельность по выращиванию или производству сельскохозяйственной продукции.

Для договора контрактации не имеет значения правовой статус лица, реализующего сельскохозяйственную продукцию. Главное заключается в том, что такое лицо реализует сельскохозяйственную продукцию, выращенную или произведенную им в собственном хозяйстве. Поэтому нет законодательных препятствий для того, чтобы относить к договорам контрактации также договор на реализацию гражданами сельскохозяйственной продукции, выращенной или произведенной ими на приусадебных или дачных участках.

В качестве покупателя по договору контрактации выступает заготовитель, т. е. коммерческая организация либо индивидуальный предприниматель, осуществляющие профессиональную предпринимательскую деятельность по закупкам сельскохозяйственной продукции для ее последующей продажи либо переработки. К числу заготовителей по договору контрактации могут быть отнесены мясоперерабатывающие комбинаты, молокозаводы, фабрики по переработке шерсти и т. п., а также оптовые торговые организации, заготовительные организации потребительской кооперации.

Объектом договора контрактации является сельскохозяйственная продукция, произведенная (выращенная) в хозяйстве ее производителя. Речь идет о такой продукции, которая непосредственно выращивается (зерно, овощи, фрукты и т. п.) или производится (живой скот, птица, молоко, овечья шерсть и т. п.) в сельскохозяйственном производстве. По договору контрактации не могут реализовываться товары, представляющие собой продукты переработки выращенной (произведенной) сельскохозяйственной продукции, например масло, сыр, консервированные овощи или фруктовые соки.

Реализация таких товаров должна осуществляться по договорам поставки.

Применительно к договору контрактации под реализуемой сельскохозяйственной продукцией следует понимать как продукцию, которую еще предстоит вырастить (произвести) в будущем, так и продукцию, уже имеющуюся у товаропроизводителя в момент заключения договора контрактации. Главное, чтобы реализовывалась именно та сельскохозяйственная продукция, которая произведена либо выращена непосредственно производителем сельскохозяйственной продукции в его собственном хозяйстве¹. По этому признаку договор контрактации отличается от договора поставки, по которому поставщик реализует покупателю производимые или закупаемые им товары (ст. 506 ГК). В отношении по контрактации возможность реализации закупаемой производителем сельскохозяйственной продукции, т. е. продукции, которая не была выращена (произведена) в его собственном хозяйстве, исключается.

В отношении по контрактации правовое значение имеют также цели приобретения заготовителем сельскохозяйственной продукции (для ее переработки или продажи).

Если покупатель приобретает сельскохозяйственную продукцию для ее потребления или для иных целей, не связанных с ее переработкой или продажей, отношения сторон не могут регулироваться договором контрактации.

3. Содержание и исполнение договора контрактации

Особенность правового регулирования договора контрактации как вида купли-продажи заключается в том, что к отношениям по договору контрактации, не урегулированным специальными правилами об этом договоре (

§ 5 гл. 30 ГК), сначала подлежат применению правила о договоре поставки (§ 3 гл. 30), и только при отсутствии таковых - общие положения о купле-продаже (п. 2 ст. 535 ГК). Это свидетельствует о значительном сходстве правоотношений контрактации и поставки. Но данное обстоятельство не может служить основанием для признания договора контрактации разновидностью договора поставки, а не отдельным видом

¹ По мнению Н И Клейн, особенности контрактируемого товара состоят в том, что "это будущие товары, т е они еще подлежат выращиванию или производству в условиях сельского хозяйства выращивание связано с различными стадиями сельскохозяйственного производства посевом, обработкой почвы, другими стадиями

выращивания "(Гражданское право России Часть вторая Обязательственное право Курс лекций С 121)

договора купли-продажи, как это иногда имеет место в юридической литературе¹. Производитель сельскохозяйственной продукции обязан передать заготовителю выращенную (произведенную) сельскохозяйственную продукцию в количестве и ассортименте, предусмотренных договором контрактации (ст. 537 ГК). Таким образом, условия о количестве и ассортименте сельскохозяйственной продукции, подлежащей передаче заготовителю, являются существенными условиями договора контрактации; при их отсутствии в тексте договора он должен признаваться незаключенным. Иные обязанности производителя сельскохозяйственной продукции специальными правилами о договоре контрактации не регулируются, поэтому они должны определяться применительно к обязанностям поставщика по договору поставки товаров, а также продавца по договору купли-продажи.

Обязанности заготовителя по договору контрактации в основном тождественны обязанностям покупателя по договору поставки (за рамками специальных правил § 5 гл. 30 ГК). Поскольку в данных правоотношениях слабой стороной, как правило, является производитель сельскохозяйственной продукции, ему предоставлены некоторые дополнительные права по сравнению с продавцом или поставщиком, а на заготовителя соответственно возлагаются некоторые дополнительные обязанности. Например, в виде диспозитивной нормы ГК установлено, что заготовитель обязан принять сельскохозяйственную продукцию у производителя по месту ее нахождения и обеспечить ее вывоз. В договоре может быть предусмотрена обязанность заготовителя, осуществляющего переработку сельскохозяйственной продукции, по требованию производителя возвращать отходы такой переработки с оплатой по цене, определенной договором (п. 1 и п. 3 ст. 536 ГК).

Производитель сельскохозяйственной продукции в случае неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязательств несет ответственность перед заготовителем лишь при наличии его вины. Данное положение является исключением из общего правила, предусмотренного п. 3 ст. 401 ГК. Что касается заготовителя, то он отвечает по общим правилам как лицо, допустившее нарушение договора при осуществлении предпринимательской деятельности. Более того, за просрочку оплаты полученной сельскохозяйственной продукции заготовитель несет ответственность в форме пени, 1 См., например Гражданское право России Часть вторая Обязательственное право Курс лекций С 121

предусмотренной Указом Президента РФ от 22 сентября 1993 г. "Об упорядочении расчетов за сельскохозяйственную продукцию и продовольственные товары", в размере одного процента от неоплаченной суммы за каждый день просрочки платежа.

4. Правовое регулирование закупок

сельскохозяйственной продукции для государственных нужд

Договором контрактации могут регулироваться отношения по закупкам сельскохозяйственной продукции сырья и продовольствия для государственных нужд (п. 2 ст. 535 ГК). Указанные правоотношения в настоящее время регулируются Федеральным законом от 2 декабря 1994 г. "О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд"¹ и оформляются договорами на закупку (или поставку) сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия у товаропроизводителей для государственных нужд.

При этом под закупкой сельскохозяйственной продукции понимается приобретение государством у товаропроизводителей соответствующей продукции для последующей переработки или реализации потребителям; под поставкой понимаются договорные отношения между товаропроизводителями (поставщиками) и покупателями (потребителями) готовой для использования сельскохозяйственной продукции и продовольствия.

Государственные нужды определяются исходя из потребностей Российской Федерации и ее субъектов в сельскохозяйственной продукции, сырье и продовольствии. Закупки и поставки сельскохозяйственной продукции для государственных нужд осуществляются, в частности, для выполнения федеральных программ развития

агропромышленного производства, других экономических и социальных программ, направленных на снабжение населения продовольствием; обеспечения экспорта сельскохозяйственной продукции; формирования государственных резервов сельскохозяйственного сырья и продовольствия и т.д.

Государственные заказчики определяются Правительством РФ, а по региональным государственным нуждам - органами исполнительной власти Российской Федерации. В этом качестве могут выступать органы исполнительной власти, коммерческие и некоммерческие организации, в частности специально создаваемые в этих целях продовольственные корпорации.

'СЗРФ 1995 №32 Ст

Исходя из федеральных и региональных потребностей, государственные заказчики не позже чем за три месяца до начала каждого года доводят до товаропроизводителей и поставщиков объемы закупок и поставок сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд. Правительство РФ и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации до начала года определяют квоты для товаропроизводителей-поставщиков на закупку сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия по гарантированным ценам. Доведенные до товаропроизводителей объемы закупок и квоты являются основанием для заключения конкретных договоров на закупку или поставку сельскохозяйственной продукции. Договор на закупку сельскохозяйственной продукции, сырья или продовольствия должен содержать условия: об объеме (количестве) закупаемой продукции, ее ассортименте и качестве, о ценах, сроках закупки и порядке расчетов. Особые правила предусмотрены в отношении цены и порядка расчетов за закупаемую продукцию. Договор считается действующим по тем ценам, которые на момент его заключения были определены в договоре, и не может быть в дальнейшем расторгнут по инициативе одной из сторон в связи с ее несогласием с установленной ценой. Особенность порядка расчетов состоит в том, что, если в договоре не определена форма расчетов за закупаемую сельскохозяйственную продукцию, стороны должны использовать инкассовую форму расчетов.

Определенным своеобразием отличается и ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, вытекающих из договоров на закупку сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд (ст. 8 Федерального закона). Во-первых, на случай нарушения обязательств по поставке или закупке (принятию) сельскохозяйственной продукции предусмотрено, что виновная сторона обязана уплатить контрагенту неустойку в размере пять-десять процентов от стоимости недопоставленной или соответственно непринятой продукции. Во-вторых, несвоевременная оплата закупленной (поставленной) продукции растениеводства влечет обязанность государственного заказчика (покупателя) уплатить товаропроизводителю неустойку (пеню) в размере двух процентов от суммы несвоевременно оплаченной продукции за каждый день просрочки платежа, а при просрочке оплаты свыше тридцати дней - трех процентов.

Отказ государственного заказчика от закупки предусмотренной договором сельскохозяйственной продукции допускается только при условии полного возмещения товаропроизводителю (поставщику) убытков, причиненных по вине государственного заказчика.

Дополнительная литература

Витрянский Б.Б. Договоры купли-продажи, мены, аренды, безвозмездного пользования, перевозки, транспортной экспедиции. Расчеты. М., 1996;

Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право. Курс лекций /Отв. ред. О.Н. Садилов. М., 1997 (гл. 3); Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975;

Клейн Н.И. Поставка продукции для государственных нужд //Закон. 1995. №6;

Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. 2-е изд. М., 1999; Корнеев С.М. Юридическая природа договора энергоснабжения //Закон. 1995. №7;

Сейнаров Б.М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. Алма-Ата, 1975; Халфина Р.О. Правовое регулирование

поставки продукции в народном хозяйстве. М., 1963;
Шафир А.М. Энергоснабжение предприятий. Правовые вопросы. М., 1990.

1. 33. Договоры мены, дарения, ренты

§ 1. Договор мены

1. Понятие договора мены

По договору мены каждая из сторон обязуется передать в
собственность другой стороны один товар в обмен на дру- I
гой (п. 1 ст. 567 ГК). I

Из этого следует, что данный договор является консенсуаль-ным, возмездным и двусторонним.

Исторически договор мены появился ранее договора купли-продажи, хотя законодательное признание он, напротив, получил гораздо позднее. Мена преобладала в условиях натурального хозяйства, но с появлением денег и развитием товарно-денежного обмена была вытеснена куплей-продажей. Экономически куплю-продажу также можно рассматривать как мену - обмен вещей на деньги.

В силу договора мены его участники взаимно обязуются передать друг другу в собственность определенные вещи (товары), причем одна сторона, приобретая вещь в собственность, вместо уплаты покупной цены (в деньгах) передает другой стороне иную вещь. Следовательно, каждая из сторон данного договора одновременно является продавцом в отношении товара, который она обязуется передать контрагенту, и покупателем в отношении товара, который она обязуется принять в обмен. Поэтому к договору мены соответственно применяются правила о договоре купли-продажи, если только это не противоречит существу отношений мены (п. 2 ст. 567 ГК).

Объект договора мены могут составлять как движимые вещи, в том числе ценные бумаги и валютные ценности (разумеется, с соблюдением требований специального законодательства - ср. п. 2 ст. 454 ГК), так и недвижимое имущество, например земельные участки, квартиры и т. д. Вместе с тем объектом мены может быть лишь то имущество, которое либо находится у отчуждателя на праве собственности (или праве хозяйственного ведения), либо будет приобретено им на этом праве у третьего лица, поскольку иначе отчуждатель не сможет передать это имущество в собственность своему контрагенту. Не может быть поэтому признан догово-
вором мены договор обмена жилых помещений между их нанимателями (ст. 67 ЖК РСФСР), а не собственниками¹.

Поскольку объектом купли-продажи могут быть некоторые имущественные права (п. 4 ст. 454 ГК), следует признать за ними и аналогичную возможность служить объектом отношений мены. В этом качестве могут выступать прежде всего корпоративные имущественные права, в том числе выраженные "бездокументарными ценными бумагами", в частности в случаях обмена акций либо долей участия в хозяйственных обществах, а также безналичные деньги (являющиеся правами требования), например при обмене их в качестве товара (а не "всеобщего эквивалента") на иностранную валюту (другой товар). Не случайно как законодатель, так и пра-воприменительная практика нередко отождествляют данные права с вещами (ценными бумагами и наличными деньгами). В форме договора мены возможна и уступка корпоративного права в обмен на вещь, например отчуждение акционером принадлежащих ему акций в обмен на недвижимость. Однако в целом взаимная уступка имущественных прав по договору мены хотя и не исключена вовсе, но и не может рассматриваться как обычная разновидность мены, правила о которой (подобно купле-продаже) в первую очередь все-таки рассчитаны на обмен вещей.

2. Особенности договора мены

Распространение на отношения мены общих правил о купле-продаже исключает необходимость подробного рассмотрения положений о субъектном составе и форме данного договора². Вместе с тем имеется ряд специальных предписаний, отражающих известные особенности содержания и исполнения договора мены в сравнении с

аналогичными правилами о договоре купли-продажи.

Прежде всего, необходимо учитывать эквивалентный характер обычного товарообмена. Поэтому, если в договоре мены отсутству-

1 Что не всегда учитывается в литературе (см., например Гражданское право Ч 2 Обязательственное право / Под ред. В В Залесского. М., 1998 С 125) Кроме того, в силу такого договора происходит взаимная передача не только прав нанимателей, но их обязанностей, которые во всяком случае не могут быть предметом мены. Поэтому данный договор является самостоятельной разновидностью гражданско-правовых договоров Подробнее об этом см

§ 3 гл. 35 настоящего учебника.

2 Неубедительны попытки обнаружить в этих вопросах специфику мены. В частности, не основано ни на законе, ни на существовании данных отношений мнение о невозможности участия в договоре мены государства (см Гражданское право. Учебник /Под ред А П Сергеева, Ю.К Толстого. Ч. 2 С. 113), которое, например, прибегает к обмену принадлежащих ему пакетов акций или долей участия в хозяйственных обществах ют указания на цену или хотя бы сравнительную стоимость обмениваемых товаров, они предполагаются равноценными. В этом случае расходы по исполнению договора, в том числе по передаче и принятию обмениваемых товаров, возлагаются на ту сторону, которая в конкретной ситуации несет соответствующие обязанности (п. 1 ст. 568 ГК), в частности обязанности продавца по передаче товара и обязанности покупателя по его принятию. Договором мены может быть предусмотрено иное распределение таких обязанностей, например их возложение на одного из участников.

Однако закон рассматривает в качестве мены и ситуации, когда по условиям договора обмениваемые товары не являются равноценными. Тогда сторона, предоставляющая в обмен меньший по стоимости товар, обязана оплатить другой стороне разницу в ценах обмениваемых товаров (п. 2 ст. 568 ГК). Такой договор теперь нельзя рассматривать в качестве смешанного (содержащего элементы мены и купли-продажи)¹.

Обмен товарами по данному договору совсем не обязательно должен быть одномоментным и осуществляться "из рук в руки". По условиям конкретного договора одна из сторон может быть обязана передать товар ранее, чем другая предоставит обмениваемый товар. В таком случае к исполнению обязанности по передаче товара стороной, для которой договором установлен более поздний срок передачи товара, применяются правила о встречном исполнении обязательств (ст. 569, 328 ГК). Для нее это означает прежде всего возможность приостановить передачу товара либо вовсе отказаться от исполнения договора, если контрагент предварительно не передал ей товар.

Переход права собственности на обмениваемые товары в соответствии со ст. 570 ГК по общему правилу происходит после того, как обязанности по передаче товаров исполнены обеими сторонами, т. е. предполагается одновременным для каждой из сторон договора (если только иное прямо не предусмотрено законом или договором). Такое положение призвано предотвратить ситуацию, в которой сторона, первой получившая товар, приобретает на него право собственности, не выполнив встречной обязанности по передаче контрагенту другого товара.

Особенностью в отношениях мены обладает также правило об эвикции - ответственности продавца за истребование вещи у покупателя третьим лицом.

Согласно общей норме п. 1 ст. 461 ГК продавец в этом случае возмещает покупателю понесенные им

1 См.: Хохлов С А. Мена (глава 31) //Гражданский кодекс Российской Федерации, Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель. М., 1996 С 299. убытки. Для отношений мены это означало бы не всегда обоснованное оставление у такого продавца переданной ему в обмен вещи контрагента. Поэтому ст. 571 ГК предоставляет право стороне договора мены, у которой третьим лицом изъят товар, потребовать от своего контрагента не только возмещения соответствующих убытков, но и возвращения полученного в обмен товара.

3. Внешнеторговый бартер

В лексическом значении между словами "мена" и "бартер" можно провести тождество (бартер - от англ, barter, что означает менять, обменивать). С точки зрения

юридической эти понятия находятся приблизительно в таком же соотношении, как категории "поставка" и "контракция". Термин "бартер" традиционно в течение многих лет используется для обозначения внешне-торговых операций. В период кризиса денежного обращения между коммерческими организациями СССР (как позднее и в Российской Федерации) широкое распространение получили отношения натурального обмена, которые тоже именовались бартером. Однако более корректно применение термина "бартер" к внешнеторговым сделкам.

ГК не содержит определения бартера. Традиционно правовое регулирование внешнеторговых бартерных сделок осуществляется на уровне подзаконных нормативных актов. Различают понятие бартера в узком и широком смысле.

В узком смысле под бартером понимается обмен определенного количества одного товара на другой в виде натурального обмена.

В широком смысле под внешнеторговым бартером понимаются совершаемые при осуществлении внешнеторговой деятельности сделки, предусматривающие обмен эквивалентными по стоимости товарами, работами, услугами, результатами интеллектуальной деятельности.

В первом случае имеется в виду обмен вещами, имеющими товарную форму, а во втором случае предусматривается обмен не только вещами, но также имеющими товарную форму работами, услугами, результатами интеллектуальной деятельности. В обоих случаях к бартерным не относятся сделки, предусматривающие использование при их осуществлении денежных или иных платежных средств, т. е. механизма валютно-финансовых расчетов.

Договор внешнеторгового бартера является двусторонним, возмездным, консенсуальным, заключается в простой письменной форме.

В сравнении с договором мены можно выделить следующие особенности внешнеторгового бартера. Во-первых, что следует из самого названия, бартер является внешнеэкономической сделкой, где одной из сторон договора выступает субъект предпринимательской деятельности Российской Федерации, а в качестве другой стороны - субъект предпринимательской деятельности иностранного государства.

Во-вторых, для внешнеторгового бартера предусмотрен только эквивалентный по стоимости обмен (даже без частичного использования платежных средств для компенсации возможной разницы цен) В случае изменения условий договора в сторону возможности осуществления расчетов платежными средствами данное соглашение перестает считаться бартерной сделкой, а за оборотом платежных средств предусмотрен строгий административный контроль.

В-третьих, при совершении бартерных сделок в качестве предмета могут использоваться не только вещи в форме товара, но также работы, услуги и результаты интеллектуальной деятельности

В системе традиционно формализованного осуществления внешнеторговых операций бартерные сделки выделяются особым контролем со стороны финансовых и таможенных органов¹. Данный порядок обусловлен тем, что внешнеторговый бартер объективно представляет собой вариант заключения притворной сделки. В связи с этим главными подконтрольными параметрами бартерной сделки являются реальность, количество и качество исполнения (особенно в случае обмена работами, услугами и результатами интеллектуальной деятельности) и соблюдение условия "эквивалентности".

Существенным условием является предмет договора, т. е. номенклатура, количество и качество, если речь идет о вещах в форме товара, или перечень работ, услуг и результатов интеллектуальной деятельности (с определением в тексте договора перечня документов, подтверждающих факты выполнения работ, оказания услуг и предоставления прав на результаты интеллектуальной деятельности)

Согласование предмета бартерной сделки представляет сложность в сравнении с иными видами обязательств, поскольку обычные платежные средства здесь могут применяться только в качестве условно-расчетной величины Каждый из контрагентов в

¹ См Указ Президента РФ от 18 августа 1996 г "О государственном регулировании внешнеторговых бартерных сделок"//СЗ РФ 1996 №35 Ст 4141

качестве возмещения предлагает товар, стоимость которого должна соответствовать принципу эквивалентности.

Кроме того, в качестве условий договора необходимо выделить срок и условия экспорта/импорта, чтобы исключить вариант скрытого кредитования, а также порядок удовлетворения претензий в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения сторонами условий договора.

§ 2. Договор дарения 1. Понятие договора дарения

По договору дарения одна сторона (даритель) безвозмездно передает или обязуется передать другой стороне (одаряемому) вещь в собственность либо имущественное право (требование) к себе или к третьему лицу либо освобождает или обязуется освободить ее от имущественной обязанности перед собой или перед третьим лицом (п. 1 ст. 572 ГК)

Дарение является договором, а не односторонней сделкой, ибо всегда требует согласия одаряемого на принятие дара. Обычно согласие выражается в форме принятия дара. Попытки рассматривать дарение в качестве односторонней сделки - одного из оснований возникновения права собственности, не порождающего при передаче вещи никаких обязательственных отношений между дарителем и одаряемым, ошибочны и не находят признания в современной цивилистике¹ В связи с этим не может, например, считаться дарением отказ от наследства в пользу другого лица (ст. 550 ГК РСФСР 1964 г.), который представляет собой одностороннюю сделку, не требующую согласия последнего. Вместе с тем по обще-

¹ В дореволюционном праве нормы о дарении относились к правам "о порядке приобретения и укрепления прав на имущество", что и послужило основанием для взглядов на дарение как одно из оснований приобретения права собственности (К П Победоносцев) или как на основание возникновения также и иных гражданских прав (Д И Мейер) Эти взгляды не учитывали необходимость обязательного получения согласия одаряемого на принятие дара, из которой вытекало, что при возможном несопадении моментов соглашения сторон и передачи вещи (перехода права собственности) между дарителем и одаряемым возникает обязательственное отношение (не говоря уже о других способах дарения, кроме передачи вещи в собственность) (см Шершеневич Г Ф Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) С 336-337)

В современной литературе обосновывается не менее дискуссионный вывод о квалификации дарения в качестве особого "вещного договора" (Брагинский МИ К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений // Гражданский кодекс России Проблемы Теория Практика Сборник памяти С А Хохлова/Отв ред АЛ Маковский С 118-121)

му правилу дарение - односторонний договор, в котором у одаряемого отсутствуют обязанности (если только речь не идет о такой особой разновидности дарения, как пожертвование).

Дарение может быть как реальным, так и консенсуальным договором Следовательно, юридическое значение имеет не только непосредственная безвозмездная передача имущества от дарителя к одаряемому, но при определенных условиях - и обещание подарить имущество, порождающее обязательственное отношение между дарителем и одаряемым. В прежнем отечественном правопорядке дарение рассматривалось лишь как реальный договор, причем имеющий предметом только передачу вещи в собственность, что существенно сужало и обедняло сферу его применения. Новый ГК, следуя российским цивилистическим традициям, устранил этот недостаток¹.

Дарение всегда связано с безвозмездным увеличением имущества одаряемого за счет уменьшения имущества дарителя, осуществляемого путем:

1. передачи в собственность одаряемому принадлежащей дарителю вещи,
2. передачи одаряемому дарителем имущественного права в отношении самого дарителя (точнее, надления одаряемого таким правом, например правом периодического получения определенной денежной суммы за счет банковского вклада или иного имущества дарителя),
3. передачи одаряемому дарителем своего имущественного права в отношении

третьего лица (например, права требования известной денежной суммы или корпоративного права в виде пакета акций), т. е. безвозмездной уступки требования (ст. 382-389 ГК);

4. освобождения одаряемого от исполнения имущественной обязанности в отношении дарителя (т. е. прощение долга в соответствии со ст. 415 ГК),

5. освобождения одаряемого от его имущественной обязанности перед третьим лицом (путем исполнения этой обязанности дарителем в соответствии со ст. 1 ст. 313 ГК либо перевода на дарителя долга одаряемого с согласия его кредитора на основании ст. 391 и 392 ГК).

Предусмотренный законом перечень способов дарения носит исчерпывающий характер³. Не является дарением передача иму-

1 См. Маковский А. Л. Дарение (глава 32) // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 302, 314.
2 Подробнее об этом см. там же. С. 302-304.

³ Безвозмездное предоставление одаряемому имущественных выгод в принципе возможно и в иных формах. Например, еще римскому и дореволюционному российскому праву был известен такой способ дарения, как устранение за счет дарителя ограничений права собственности одаряемого (см. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) С. 337), например, путем прекращения сервитутов, обременяющих принадлежащее одаряемому имущество в порядке наследственного преемства или завещательного отказа.

Безвозмездный переход имущества наследодателя к наследникам или отказополучателям обусловлен фактом его смерти, а не его намерением одарить этих лиц. Кроме того, наследственное преемство - универсальное и включает переход к наследникам не только прав, но и обязанностей (долгов) наследодателя. В силу этого закон признает ничтожным договор, предусматривающий передачу дара одаряемому после смерти дарителя, ибо любая передача имущества в данном случае возможна лишь по правилам о наследовании (п. 3 ст. 572 ГК). Такой договор не может заменить собой завещание.

Безвозмездный характер отношений составляет главную особенность договора дарения, определяющую его юридическую специфику. Именно он объясняет ограничение ответственности дарителя за недостатки подаренного имущества, его право на отмену дарения и реституцию дара, а также запреты и ограничения дарения. Поскольку безвозмездные отношения представляют исключение для имущественного оборота, в случае сомнений в характере отношений они предполагаются возмездными, пока не будет доказан их безвозмездный (дарственный) характер.

Уплата символической суммы за подаренную вещь (иногда встречающаяся в бытовых отношениях) либо оказание дарителем одаряемому каких-либо личных услуг не превращают этот договор в возмездный. Однако встречная передача одаряемому дарителем вещи или права (которыми иногда пытаются прикрыть совершаемое в обход закона отчуждение имущества, например, с нарушением преимущественного права его покупки) не признается дарением, а рассматривается как притворная сделка (абз. 2 п. 1 ст. 572, п. 2 ст. 170 ГК). Неэквивалентность взаимных предоставлений (например, заведомая переплата цены) или передача имущества в обмен на возложение обязанности в отношении его отчуждателя или иных лиц (например, передача в собственность дома с условием пожизненного содержания проживающего в нем лица) также не позволяют рассматривать такие отношения как безвозмездные.

Не являются дарением и различные безвозмездные предоставления публично-правового характера (денежные и иные награды, "пожалования" и т. п.), а также выплаты и льготы, имеющие трудовую или социально-обеспечительную природу (премии, пособия и т. д.), так как они не оформляются гражданско-правовым договором.

2. Содержание и исполнение договора дарения

Сторонами договора дарения являются даритель и одаряемый. Как договор дарение предполагает участие в нем дееспособных лиц. Однако в соответствии с п. 2 ст. 26 и п. 2 ст. 28 ГК малолетние и несовершеннолетние вправе самостоятельно совершать сделки, направленные на безвозмездное получение выгоды (если только они не

требуют нотариального удостоверения или государственной регистрации), т. е. выступать в качестве одаряемых. В роли дарителей они могут выступать лишь при совершении ими мелких бытовых сделок или распоряжаясь строго определенным имуществом в пределах, прямо предусмотренных законом (п. 1 и 2 ст. 26, п. 1 и 2 ст. 28 ГК). При этом запрещается дарение имущества от имени малолетних или недееспособных граждан их законными представителями, если только речь не идет об "обычных подарках" стоимостью не свыше пяти минимальных размеров оплаты труда (ст. 575 ГК), для совершения которых необходимо предварительное разрешение органов опеки и попечительства (п. 2 ст. 37 ГК).

Юридические лица, не являющиеся собственниками своего имущества, могут дарить его лишь с согласия собственника-учредителя (п. 1 ст. 576 ГК), если только речь не идет об "обычных подарках" указанной выше стоимости. Сказанное относится и к дарению движимого имущества, находящегося в хозяйственном ведении предприятия (п. 2 ст. 295 ГК) либо в самостоятельном распоряжении учреждения (п. 2 ст. 298 ГК). Но и передача вещи в дар юридическому лицу - несобственнику влечет появление у него лишь соответствующего ограниченного вещного права на данную вещь, а права собственности на нее - у его учредителя¹.

Закон запрещает сделки дарения в отношениях между любыми коммерческими организациями, если только речь не идет об "обычных подарках" незначительной стоимости (п. 4 ст. 575 ГК). Безвозмездные имущественные отношения между организациями, имеющими целью получение прибыли, составляют редчайшее исключение, разрешение которого могло бы быть использовано ими в ущерб интересам кредиторов и публичным интересам.

Возможность совершить дарение исключается и для тех случаев, когда имеется та или иная (не обязательно формальная) зависимость дарителя от одаряемого. Речь идет, во-первых, о дарении работникам лечебных, воспитательных, социальных и аналогичных учреждений (Вопреки праву п 7 ст 39 Закона об образовании (ВВС РФ 1992 № 30 Ст 1797, СЗ РФ 1996 №3 Ст 150), ибо ни учреждения ни унитарные предприятия ни при каких условиях не могут стать собственниками имущества таких учреждений гражданами, находящимися в них на лечении, воспитании или содержании (либо их супругами и родственниками); во-вторых, о дарении государственным служащим (или служащим органов муниципальных образований) в связи с их должностным положением или исполнением ими служебных обязанностей (п. 2 и 3 ст. 575 ГК). В перечисленных случаях "дарение" может скрывать в себе взятку или иное "подношение", связанное с возможностью злоупотреблений названными работниками своим статусом. Поэтому здесь допустимы лишь "обычные подарки" не свыше указанной стоимости¹.

Объектами сделок дарения могут выступать вещи, не изъятые из оборота (ст. 129 ГК), а также имущественные права (вещные, обязательственные, корпоративные и исключительные), не носящие строго личного характера (ст. 383 и п. 2 ст. 388 ГК), либо освобождение от аналогичных имущественных обязанностей. В ряде случаев закон ограничивает цену подарка пятикратным минимальным размером оплаты труда ("обычный подарок").

В зависимости от характера даримого имущества и от юридической природы самого дарения устанавливаются требования к форме этого договора. Реальный договор дарения может быть совершен устно, если только его предметом не являются недвижимость либо движимая вещь стоимостью свыше пяти минимальных размеров оплаты труда, отчуждаемая юридическим лицом. Договор дарения недвижимости во всяком случае подлежит государственной регистрации (п. 3 ст. 574 ГК), а дарение движимого имущества указанной стоимости, совершаемое юридическим лицом, требует простой письменной формы (под страхом признания сделки ничтожной). В письменной форме должен быть совершен и консенсуальный договор дарения (содержащий обещание дарения в будущем) независимо от предмета и субъектного состава (п. 2 ст. 574 ГК).

Консенсуальный договор дарения (обещание дарения) требует не только обязательной письменной формы, но и сформулированного в нем ясно выраженного намерения совершить дарение в будущем. В таком договоре требуется также указание

конкретного одаряемого лица и точного предмета дарения - в виде вещи, пр-
1 Федеральный закон "Об основах государственной службы Российской Федерации"
(СЗ РФ 1995 №31 Ст 2990) в пп 8 п 1 ст 11 запрещает всем государственным
служащим как в период нахождения на государственной службе, так и после выхода на
пенсию получение от физических и юридических лиц каких бы то ни было подарков,
связанных с исполнением ими должностных обязанностей (включая, следовательно, и
"обычные подарки")

ва или освобождения от обязанности. Перечисленные положения составляют
существенные условия рассматриваемого договора. Несоблюдение любого из этих
требований влечет ничтожность договора дарения (п. 2 ст. 572 ГК).

Консенсуальный договор дарения, будучи односторонним договором, порождает для
одаряемого право требовать его исполнения дарителем, а для дарителя - обязанность
его исполнения в соответствующий срок (ст. 314 ГК) и не влечет каких-либо
обязанностей для одаряемого. Исключения составляют две ситуации:

1. во-первых, обязанность одаряемого бережно относиться к подаренной вещи,
представляющей большую неимущественную ценность для дарителя (например, к
письмам, дневникам, рукописям) (п. 2 ст 578 ГК);
2. во-вторых, обязанность принимающего пожертвование лица обеспечить
использование пожертвованного имущества по определенному жертвователем
назначению (п. 3 и 5 ст 582 ГК)

Как и большинство других сделок, договор дарения может быть , заключен под
отлагательным условием, например под условием достижения одаряемым
определенного общественно полезного результата (окончание учебного заведения,
вступление в брак и т. п.). Возможные отменительные условия дарения прямо
определены законом (п. 2 ст. 577, ст. 578 ГК).

В консенсуальном договоре дарения одаряемый вправе отказаться от принятия дара в
любой момент до его передачи дарителем (п. 1 ст. 573 ГК), поскольку он не обязан
принимать дар. Отказ от дара требуется совершить в письменной форме, если в такой
же форме заключен сам договор дарения (а в случае государственной регистрации
последнего отказ от дара тоже подлежит регистрации). Тем самым допускается
одностороннее расторжение данного договора. Поэтому дарителю в таком случае
предоставляется право на возмещение реального ущерба (части понесенных им
убытков), если договор дарения был заключен в письменной форме (п. 3 ст. 573 ГК).
Даритель в консенсуальном договоре дарения также вправе отказаться от исполнения
этого договора, поскольку оно влечет безвозмездное уменьшение его имущества, но
лишь в двух случаях. Во-первых, речь идет о возможности наступления после
заключения договора такого ухудшения его имущественного или семейного положения
либо состояния здоровья, при котором передача дара приведет к существенному
снижению уровня жизни дарителя (п. 1 ст. 577 ГК) в связи со значительным
уменьшением состава его имущества. Поэтому данное правило не применяется к
"обычным подаркам" небольшой стоимости (ст. 579 ГК). Во-вто-
рых, отказ от передачи дара допускается по основаниям, дающим дарителю право
отменить дарение (п. 1, 2 и 4 ст. 578 ГК). В обеих ситуациях одаряемый лишен
возможности требовать возмещения убытков, причиненных ему отказом дарителя от
исполнения договора (п. 3 ст. 577 ГК).

Все это свидетельствует о весьма осторожном подходе современного отечественного
законодателя к приданию обязательной (юридической) силы обещанию дарения, т. е. к
признанию возможности заключения консенсуального договора дарения.

Отмена дарения дарителем (а иногда и иными лицами) возможна как в
консенсуальном, так и в реальном договоре дарения в случаях обнаружившегося
противоречия между мотивами и результатами дарения или недостижения целей
дарения (ст. 578 ГК):

1. при злостной неблагодарности одаряемого, выразившейся в умышленном
преступлении против жизни или здоровья дарителя, членов его семьи или близких
родственников (поскольку мотив дарения предполагает благодарность или хотя бы
лояльность одаряемого);
2. при возникновении угрозы гибели подаренной вещи, представляющей большую

неимущественную ценность для дарителя, вследствие недолжного обращения с ней одаряемого (поскольку даритель предполагал сохранность данной вещи одаряемым),

3. при совершении дарения индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом в нарушение положений законодательства о банкротстве (в течение шести месяцев, предшествовавших объявлению дарителя несостоятельным и за счет средств, подлежащих включению в конкурсную массу), поскольку дарение при этом, по сути, осуществляется за счет кредиторов дарителя и нередко преследует цели уменьшения обеспечения их требований. Очевидно, что в этом случае отмена дарения происходит по требованию заинтересованных лиц (кредиторов), а не самого дарителя,

4. наличие в консенсуальном договоре дарения условия о праве дарителя отменить дарение в случае смерти одаряемого! о (ибо именно его хотел облагодетельствовать даритель).

Отмена дарения влечет для одаряемого обязанность вернуть сохранившуюся вещь дарителю (реституция дара), а при злостной неблагодарности одаряемого - также и обязанность компенсировать дарителю убытки (если дар утрачен либо не носил овеществленного характера). Она может состоять и в реституции подаренного права или освобождения от обязанности (в случаях признания дарителя банкротом, а в консенсуальном договоре - в случае смерти одаряемого). Правила об отмене дарения не распространяются на случаи дарения "обычных подарков" (ст. 579 ГК).

В консенсуальном договоре дарения смерть гражданина либо реорганизация юридического лица, являвшихся одаряемыми, прекращает их право на получение дара, тогда как смерть гражданина либо реорганизация юридического лица, являвшихся дарителями, влечет переход их обязанности передать дар к наследникам (правопреемникам). Однако эти правила ст. 581 ГК диспозитивны и могут быть изменены в самом консенсуальном договоре дарения.

Безвозмездность дарения по общему правилу исключает ответственность дарителя за ненадлежащее исполнение договора. Однако даритель отвечает за вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу одаряемого недостатками подаренной вещи.

Условием такой ответственности согласно ст. 580 ГК является наличие в подаренной вещи известных дарителю скрытых недостатков (возникших, следовательно, до передачи вещи), о которых он не предупредил одаряемого, т. е. причинение последнему имущественного вреда умышленными или грубо неосторожными действиями дарителя. Такая ответственность применяется по правилам о возмещении внедоговорного вреда (гл. 59 ГК). В консенсуальном договоре дарения возможна также и ответственность дарителя в виде возмещения одаряемому убытков, которые он понес вследствие нарушения дарителем некоторых условий такого договора, например о количестве и качестве даримого имущества¹.

3. Пожертвование

(

1. Пожертвованием признается дарение вещи или права в об- •

2. щеполезных целях (п. 1 ст. 582 ГК).¹

Таким образом, пожертвование является разновидностью дарения.

Основную особенность пожертвования составляет наличие в нем условия об использовании пожертвованного имущества по определенному назначению, которое составляет обязанность одаряемого и может контролироваться дарителем (жертвователем) или его наследниками (правопреемниками). Речь идет о дарении имущества в общеполезных целях, т. е. в целях, полезных либо для общества в целом, либо для определенной его части (определенного жертвователем круга лиц). Например, возможна безвозмездная передача книг в общедоступную библиотеку для их использования всеми желающими либо в университетскую библиотеку - для использования их студентами и преподавателями. Отсутствие ус-

1 См. Маковский А Л Дарение (глава 32) //Гражданский кодекс Российской Федерации Часть вторая Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель С 308 ловия об определенном назначении (цели использования) дара превращает эти отношения в обычный договор дарения (п. 3 ст. 582 ГК)¹.

Объектом пожертвований может быть вещь или имущественное право (например, вклад в банке или пакет "бездokuментарных ценных бумаг"), но не освобождение от

обязанности. Пожертвование может делаться в пользу любых субъектов гражданского права, в том числе в пользу граждан, а также различных учреждений - юридических лиц, не являющихся (и не становящихся) собственниками своего имущества. На принятие пожертвования не требуется чьего-либо разрешения или согласия (п. 2 ст. 582 ГК).

Исполнение договора о пожертвовании сводится к использованию пожертвованного имущества в строгом соответствии с указаниями жертвователя. С этой целью, в частности, юридическое лицо, принявшее пожертвование, должно вести обособленный учет всех операций с таким имуществом. Если вследствие изменившихся обстоятельств его использование по указанному жертвователем назначению становится невозможным, с согласия жертвователя, а в случае его смерти (или ликвидации) - по решению суда допускается установление иной цели использования такого имущества.

Нарушение установленного жертвователем (или судом) назначения имущества дает основание жертвователю (либо его наследникам или иным правопреемникам) требовать отмены пожертвования (п. 5 ст. 582 ГК). Вместе с тем пожертвование не может быть отменено по другим основаниям, предусмотренным законом для отмены дарения. Кроме того, согласно п. 6 ст. 582 ГК в этих отношениях исключается правопреемство (как для жертвователя, так и для лица, в чью пользу предназначалось пожертвование).

1. 3. Договоры ренты и пожизненного содержания с иждивением

1. Понятие и развитие рентных отношений

I

Рента (нем. Rente, фр. - rente - от лат. reddita - отданная) В как экономическая категория означает всякий регулярно получае- 1
мый доход с капитала, имущества или земли, не тре- 1
"Этим пожертвования отличаются от "благотворительных пожертвований", относительно которых благотворители вправе определять или не определять цели и порядок их использования а также осуществлять их в форме передачи имущества на "льготных", но не безвозмездных условиях (см Федеральный закон "О благотворительной деятельности и благотворительных организациях"//СЗ РФ 1995 №33 Ст 3340)

бующий от своих получателей предпринимательской деятельности'.

Различные правоотношения по выплате и получению ренты могут возникать на основе юридических фактов как внедоговорного, так и договорного характера. Рента (право на ее получение) может возникнуть как форма расчета, например, по арендному договору. Так, в соответствии с действующим голландским гражданским законодательством на арендатора может быть возложена обязанность выплачивать собственнику через регулярные и нерегулярные интервалы времени денежную сумму - ренту². Рентный долг может обременять недвижимое имущество в качестве абстрактного долга. Так, в

§ 1199 Германского Гражданского уложения закреплено, что поземельный долг может быть установлен таким образом, чтобы за счет земельного участка выплачивались периодические платежи в определенной денежной сумме (рентный долг)³. Для большинства законодательных систем главным юридическим фактом, порождающим право на ренту, является договор ренты.

Договор ренты известен со средних веков. В литературе указываются две причины появления договора ренты в европейском законодательстве. В качестве первой причины, приведшей к появлению ренты (рентной аренды), известный французский цивилист Л.Ж. Морандьер называл недостаток наличных денег. Он писал, что "собственник, желавший продать свое недвижимое имущество, легче находил приобретателя, желавшего выплатить ему вечную ренту, чем такого, который бы согласился уплатить капитальную сумму, ибо избытка наличных денег не было". Другую причину появления ренты Л.Ж. Морандьер видел в том, что "церковь, так же как и светское законодательство, запрещала процентные займы, которые клеймились как ростовщические". По его мнению, "это был стеснительный запрет, и люди

изошрялись в его обходах. В частности, для этого пользовались договором об установлении ренты. Заемщик, который получал капитальную сумму, принимал на себя не обязанность уплачивать проценты на эту сумму и возратить ее, а неопределенную обязанность выплачивать кредитору ежегодную ренту" 4.

1 См.: Словарь иностранных слов /Под ред. И.В. Лехина и Ф.Н. Петрова. М, 1955 С 603

2 См. ст. 85 Гражданского кодекса Нидерландов/Пер. М. Ферштмана. Лейден, 1996

3 См.: Германское право. Ч. 1 /Под ред. В.В. Залесского. С. 263

4 Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции. Кн. 1. М., 19Ы. С. 253-254

Договорный институт ренты, закрепленный нормами гл. 33 ГК, является новым для российского гражданского законодательства. Этот институт отсутствовал в дореволюционном гражданском законодательстве, хотя был известен российской науке гражданского права. Известный российский цивилист К.П. Победоносцев писал, что "наше законодательство не имеет особого разряда для договора ренты и не упоминает о нем. Однако, по общему правилу 1528 и 1530 ст. Зак. Гр., возможно и у нас заключение подобного договора..."¹. Незадолго до Октябрьской революции имела место попытка законодательного закрепления института договора ренты. В проекте кн. V Гражданского Уложения, внесенном 14 октября 1913 г. в Государственную Думу, гл. XIX именовалась "Пожизненный доход (рента) и пожизненное содержание"². Интересно отметить, что в проекте Гражданского Уложения давались определения договора о пожизненном доходе (ренте) (ст. 1100) и его разновидности - договора о пожизненном содержании, а понятие постоянной ренты, известное современному российскому законодательству, отсутствовало.

В ГК РСФСР 1922 г., как и в других актах гражданского законодательства того времени, договорные модели, подобные договору ренты, отсутствовали в силу причин идеологического порядка, не допускавших вообще никакого ростовщичества. Вместе с тем уже в годы нэпа стали многочисленными случаи заключения договоров продажи жилых строений под условием предоставления продавцу пожизненного содержания. Такие договоры неоднократно рассматривались судами. Ориентация судов при этом легко угадывается из разъяснения отдела НКЮ № 1103 от 12 октября 1923 г., в котором относительно передачи жилых строений под предоставление иждивения продавцу покупателем говорилось, что либо эта сделка притворна и прикрывает фактическое дарение, либо она явно невыгодна для одной из сторон и заставляет подозревать ростовщический элемент. Включение в цену продаваемого дома обязательства покупателя содержать (кормить) продавца до смерти последнего или предоставление ему на тот же неопределенный срок бесплатно помещения, во-первых, лишает элемент цены какой бы то ни было точности и определенности и с этой стороны может считаться противоречащим ст. 180 ГК РСФСР

1 Победоносцев К. Курс гражданского права. Ч 3. Договоры и обязательства. С. 353.

2 См.: Герценберг В.Э, Перетерский И.С Обязательственное право. Книга V Гражданского Уложения Проект, внесенный 14 октября 1913 г. в Государственную Думу. СПб., 1914 С. 199-201.

1922 г., во-вторых, вносит в гражданско-правовую сферу совершенно несвойственный ей элемент социального обеспечения¹. Вместе с тем Верховный Суд РСФСР констатировал, что, исходя из бытовых экономических условий переживаемого периода, судам приходится в отдельных случаях признавать такие сделки, в частности в деревне, действительными, поскольку их расторжение нанесло бы вред слабой стороне, являющейся продавцом².

В годы Великой Отечественной войны и после нее в условиях обнищания значительной части населения судебная практика вновь столкнулась с необходимостью решения споров, возникших из договоров по отчуждению жилых строений под условием предоставления продавцу пожизненного содержания. Иная, отличная от существовавшей во времена нэпа социально-экономическая ситуация побуждала многих ученых искать теоретическое обоснование для признания указанных договоров действительными. Их аргументы концентрированно выражались в следующем:

1. в гражданском законодательстве РСФСР нет исчерпывающего перечня всех видов договоров, и отсутствие в ГК РСФСР упоминания о том или ином договоре не означает

его недействительности;

2. договор продажи жилого строения под условием бесплатного пожизненного содержания - это тип безымянного возмездного договора: в нем есть и цена в виде натурального эквивалента³.

Усилия ученых не пропали даром. С учетом их мнения, а также объективно сложившихся общественных потребностей при принятии ГК РСФСР 1964 г. была допущена возможность рентных отношений, правда, в весьма ограниченной сфере. Закрепляя в ст. 253-254 данного Кодекса нормы о договоре купли-продажи жилого дома с условием пожизненного содержания продавца, советский законодатель не поступился идеологическими принципами и разрешил такие отношения только для случаев отчуждения индивидуальных жилых домов нетрудоспособными гражданами другим гражданам, берущим на себя обязанности по пожизненному содержанию нетрудоспособного.

1 См Гражданский кодекс с постратебно систематизированными материалами. Изд. 3-е. М., 1928. С. 647.

2 См.: там же. С. 648.

1 См., например. Рясенцев В.А. Договор об отчуждении строения на условии пожизненного пользования //Социалистическая законность. 1945. № 1-2. С. 23-26.

Однако следует отметить, что многие ученые вплоть до принятия ГК РСФСР 1964 г. последовательно продолжали считать указанные договоры недействительными сделками (см , например' Брауде И.Л. Право на строение и сделки по строениям по советскому гражданскому праву. Изд. 2-е. С 137-139).

Переход России к рыночным отношениям предопределил появление в новейшем гражданском законодательстве института договора ренты.

2. Понятие договора ренты

По договору ренты одна сторона (получатель ренты) передает другой стороне (плательщику ренты) в собственность имущество, а плательщик ренты обязуется в обмен на полученное имущество периодически выплачивать получателю ренты в виде определенной денежной суммы либо предоставления средств на его содержание в иной форме (п. 1 ст. 583 ГК).

По договору ренты допускается установление обязанности выплачивать ренту бессрочно (постоянная рента) или на срок жизни получателя ренты (пожизненная рента) (п. 2 ст. 583 ГК).

Сторонами договора ренты являются:

1. получатель ренты (рентный кредитор) - лицо, передающее свое имущество в собственность другого лица с целью получения от последнего в течение длительного периода времени дохода (ренты);

2. плательщик ренты (рентный должник) - лицо, обязанное в обмен на полученное в собственность имущество выплачивать передавшему его лицу в течение длительного периода времени доход (ренту).

Получателями ренты в договоре пожизненной ренты и его разновидности - договоре пожизненного содержания с иждивением - в силу самой сущности этих договоров могут быть только граждане. В п. 1 ст. 589 ГК указано, что получателями постоянной ренты могут быть только граждане, а также некоммерческие организации, если это не противоречит закону и соответствует целям их деятельности. Получатель ренты может не совпадать с лицом, передающим имущество под выплату ренты. Например, пожизненная рента может быть установлена одним гражданином в пользу другого гражданина или группы граждан (п. 1, 2 ст. 596 ГК).

Плательщиками ренты (рентными должниками) могут быть любые граждане и юридические лица, причем как коммерческие, так и некоммерческие, заинтересованные в приобретении имущества, предлагаемого получателем ренты, и способные выполнить требования, предъявляемые законом к содержанию договора ренты и обеспечению ее выплаты¹. Такая способность является свой-

1 См.: Хохлов С.А. Рента и пожизненное содержание с иждивением //Гражданский кодекс РФ. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель /Под ред. ОМ. Козырь, А Л Макавского, С А Хохлова. М., 1996. С. 320.

ством фактического порядка и определяется в период заключения договора с

конкретным субъектом. Вместе с тем эта способность может определяться и юридическими критериями (например, в случаях, когда уставом юридического лица запрещена возможность заключения договоров ренты)

Предмет договора ренты определен в п 1 ст. 583 ГК как "имущество". Точно назван лишь предмет договора ренты с условием пожизненного содержания с иждивением, которым объявлено недвижимое имущество (п. 1 ст. 601 ГК).

По точному смыслу п. 1 ст. 583 ГК получатель ренты передает плательщику ренты имущество в собственность. Поскольку объектом права собственности может быть только индивидуально-определенная вещь, предметом договора ренты могут быть вещи (как движимые, так и недвижимые), наличные деньги и документарные ценные бумаги. Безналичные деньги, являющиеся по своей природе не вещами, а правами требования, "бездокументарные ценные бумаги", являющиеся особым способом фиксации прав, равно как и иные имущественные права, не могут быть объектами права собственности, а соответственно, предметом договора ренты¹. По этой же причине не могут быть предметом договора ренты работы, услуги, информация, результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них, нематериальные блага.

Вместе с тем нет теоретических препятствий для закрепления в законодательстве возможности передачи под выплату ренты имущественных прав, информации, результатов интеллектуальной деятельности, в том числе исключительных прав на них, выполнение работ и оказание услуг с этой же целью. В качестве примера можно привести норму из гражданского законодательства Японии, которая предусматривает возможность ренты в форме пожизненного содержания гражданину, проработавшему длительное время в пользу плательщика². Ведь конструкция договора ренты может быть смоделирована и без указания о том, что имущество передается в собственность плательщика ренты. Именно так, например, решен вопрос в ст. 2367 Гражданского кодекса Квебека, в которой указано, что договором, утверждающим ренту, является договор, по которому одно лицо обязуется безвозмездно или в обмен на

¹ Проблема возможности передачи под выплату ренты безналичных денег и бездокументарных ценных бумаг требует дальнейшего обсуждения, так как в настоящее время теоретические вопросы о понятии объекта права собственности, о природе и сущности безналичных денег и бездокументарных ценных бумаг являются предметом многочисленных дискуссий

² См Сакае Вагацума, Тору Ариидзучи Гражданское право Японии Кн 2 М, 1983 С 122

отчуждение капитала в его пользу осуществлять периодические платежи другому лицу, получателю ренты, в течение определенного срока¹.

Различия в правовом режиме имущества, которое может быть предметом договора ренты, определяют особенности порядка передачи (отчуждения) того или иного имущества под выплату ренты. Так, возмездное отчуждение под выплату ренты недвижимого имущества потребует соблюдения норм о порядке передачи недвижимого имущества во исполнение договора продажи недвижимости, предусмотренных в ст. 556 ГК; отчуждение под выплату ренты ценных бумаг потребует соблюдения предписаний ст. 146 ГК о порядке передачи прав по ценной бумаге и т. д.

В соответствии со ст. 584 ГК договор ренты подлежит нотариальному удостоверению, а договор, предусматривающий отчуждение недвижимого имущества под выплату ренты, подлежит также государственной регистрации. Рентное обременение должно регистрироваться в соответствии с п. 6 ст. 12 Закона о регистрации недвижимости как обременение права собственности в листе записи о прочих ограничениях в соответствии с п. 59 Правил ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним².

Если стороны нарушат требования о нотариальном удостоверении договора ренты, такой договор будет считаться недействительной сделкой (п. 1 ст. 165, ст. 584 ГК). Если же договор о передаче под ренту недвижимого имущества будет нотариально удостоверен, но не подвергнут государственной регистрации, он будет считаться в силу п. 3 ст. 433 ГК незаключенной сделкой, так как ст. 584 ГК не содержит указания

на его недействительность. Повышенные требования законодателя к оформлению договора ренты призваны максимально гарантировать интересы получателя ренты³.

3. Юридическая природа договора ренты

Договор ренты является самостоятельным видом договора. От договора дарения он отличается тем, что лицо, произведшее отчуждение имущества в собственность другого, вправе требовать предоставления встречного удовлетворения - рентного дохода. От договоров купли-продажи и мены договор ренты отличается характером встречного удовлетворения. Объем причитающихся

1 См Гражданский кодекс Квебека /Под ред О М Козырь нАА Маковской М , 1999 С 349

2 СЗ РФ 1998 № 8 Ст 963

3 См Комментарий части второй ГК РФ Брагинский МИ, Витрянский В В, Суха-новЕА ЯрошенкоКБ М,1996 С 54 (автор комментария к гл 33-МИ Брагинский)

получателю рентных платежей является неопределенным, ибо обязательство по выплате ренты действует либо бессрочно (постоянная рента), либо на срок жизни получателя (пожизненная рента). Поэтому договор ренты относится к группе алеаторных (рисковых) договоров. Элемент риска, принимаемого на себя каждой из сторон, заключается в вероятности того, что либо один, либо другой контрагент фактически получит встречное удовлетворение меньшего объема, чем им самим предоставленное¹. Алеаторный характер договора ренты обоснован во французской юридической литературе и законодательно закреплен в ст. 1964 Французского гражданского кодекса². В литературе высказывались сомнения в алеаторном характере постоянной ренты³.

К договору ренты возможно применение в субсидиарном порядке норм о договорах купли-продажи и дарения, если это не противоречит существу данного договора (п. 2 ст. 585 ГК). Это объясняется тем, что отчуждение имущества под выплату ренты может быть осуществлено либо за плату (по модели отношений купли-продажи), либо бесплатно (по модели отношений дарения). Это необходимо иметь в виду при решении вопроса о реальности или консенсуальности договора ренты.

Договор ренты является реальным при передаче (отчуждении) движимого имущества под выплату ренты в собственность плательщика ренты бесплатно, так как в этих случаях к отношениям по передаче применяются нормы гл. 32 ГК о договоре дарения. Договор ренты является консенсуальным в случаях, когда передача движимого имущества в собственность плательщика ренты осуществляется за плату, так как в этих случаях к отношениям по передаче применяются нормы гл. 30 ГК о договоре купли-продажи.

Таким образом, договоры ренты, заключенные под отчуждение движимого имущества, могут обладать реальным и консенсуальным характером в зависимости от того, за плату или бесплатно отчуждено движимое имущество под выплату ренты⁴.

1 См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 295; Французский гражданский кодекс 1804 года /Пер. И.С. Перетерского. М., 1941.

2 См.: ГодемеЕ. Общая теория обязательств. М , 1948. С. 32; Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции Кн. 3. С. 333-338; СаватьеР. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. М., 1972. С. 223-225.

3 См., например: Победоносцев К. Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства. С 352-353.

4 Иного мнения придерживается М.И. Брагинский. Он пишет: "Прежде всего, как и заем, рента реальный договор. Этот договор начинает действовать с момента, когда получатель ренты передает плательщику ренты в собственность соответствующее имущество. Само соглашение о ренте до передачи имущества никаких правовых последствий не влечет" (Комментарий части второй ГК РФ для предпринимателей М., 1996. С. 53).

Соответственно, договоры ренты могут иметь односторонний или взаимный характер. Реальные договоры ренты, по которым передача движимого имущества осуществляется по модели договора дарения, являются односторонними, а консенсуальные договоры ренты, по которым передача движимого имущества осуществляется по модели договора купли-продажи, являются взаимными.

Если под выплату ренты передается недвижимое имущество, о консенсуальности или реальности договора говорить не приходится¹, так как правообразующая сила договора ренты может иметь место только во взаимосвязи с актом государственной регистрации. Даже если недвижимое имущество было отчуждено под выплату ренты безвозмездно, плательщик ренты вправе требовать его передачи, как и при возмездной передаче².

Договор ренты является возмездным. Это проявляется в необходимости предоставления плательщиком ренты ее получателю рентных платежей (ренты, рентного дохода) взамен имущества, полученного в собственность. Право получения рентных платежей (ренты, рентного дохода) возникает у получателя ренты только после передачи имущества под выплату ренты. С этого же момента возникает обязанность по выплате рентных платежей у плательщика ренты.

4. Защита интересов получателя ренты

Рентные платежи могут осуществляться в форме денежных выплат (п. 1 ст. 590, п. 1 ст. 597 ГК), а также в форме предоставления иждивения, включающего обеспечение потребностей в жилье, питании, одежде и т. п. (п. 1 ст. 602 ГК). В законе может устанавливаться минимальный размер пожизненной ренты (п. 2 ст. 597 ГК) и минимальной стоимости общего объема содержания с иждивением (п. 2 ст. 602 ГК). Цель подобных предписаний закона - защита интересов рентного кредитора и установление объективных критериев отграничения притворных сделок ренты, прикрываю-

¹ Еще в 1956 г. В.П. Грибанов, анализируя соотношение договора купли-продажи строений и акта его государственной регистрации, пришел к выводу, что такие договоры нельзя отнести "к договорам консенсуальным, и традиционная римская классификация договоров оказывается в данном случае непригодной" (Грибанов В.П. Договор купли-продажи по советскому гражданскому праву. М, 1956. С. 13).

² Поэтому О.С. Иоффе, относивший государственную регистрацию сделки к ее форме, считал, что договор дарения жилого строения, подлежащий государственной регистрации, как и договор пожизненного содержания, заключенный под отчуждение жилого дома, является консенсуальным договором (см. • Иоффе О.С. Обязательственное право С. 293,397).

щих иные сделки¹. Независимо от формы все рентные платежи должны иметь соответствующую денежную оценку.

Обязательство по выплате рентных платежей является длящимся и подлежит систематическому исполнению. В связи с этим законом устанавливается ряд правил о форме и способах обеспечения исполнения обязательства по выплате ренты. В соответствии с п. 2 ст. 587 ГК существенным условием договора, предусматривающего передачу под выплату ренты денежной суммы или иного движимого имущества, является условие, устанавливающее обязанность плательщика ренты либо предоставить обеспечение исполнения его обязательств по выплате ренты (имеются в виду любые предусмотренные законом или договором способы обеспечения исполнения обязательств: залог, удержание имущества должника, поручительство, банковская гарантия, задаток и др.), либо застраховать по правилам ст. 932 ГК в пользу получателя ренты риск ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение плательщиком ренты обязательств по ее выплате. При невыполнении плательщиком ренты указанных обязанностей, а также в случае утраты обеспечения или ухудшения его условий по обстоятельствам, за которые получатель ренты не отвечает, последний вправе расторгнуть договор и потребовать возмещения убытков (п. 2 ст. 587 ГК).

При передаче под выплату ренты земельного участка или другого недвижимого имущества получатель ренты в обеспечение обязательств плательщика ренты приобретает право залога на это имущество. Отсюда следует, что отчуждение обремененного рентой недвижимого имущества возможно только с согласия получателя рентных платежей как залогодержателя². Такое право залога, возникшее в силу указания закона, по праву следования сохраняется при отчуждении плательщиком ренты недвижимого имущества, переданного под выплату ренты.

Право ипотеки, возникающее у получателя ренты, на основании п. 1 ст. 587 ГК

подлежит регистрации в государственном реестре прав на недвижимое имущество³.

1 Предполагается, что меньший объем содержания не обеспечивает целей договора превращает его либо в притворный, прикрывающий другую сделку (например, дарение), либо в кабальный для получателя (см Хохлов С А Рента и пожизненное содержание с иждивением //Гражданский кодекс РФ Часть вторая Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель /Под ред О М Козырь, А Л Маковского, С А Хохлова С 328)

2 С учетом сказанного явно небесспорно мнение В Н Литовкина, утверждающего обратное (см Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный). М , 1996 С 162)

3 Подробнее об этом см Ем В С, Рогова Е С Указ соч С 13-15

В большинстве правовых систем закон, защищая интересы рентного кредитора, ограничивается только установлением права следования рентного обременения за недвижимым имуществом. По российскому законодательству рентное обременение связывает не только недвижимое имущество, но и всех лиц, в собственности которых побывало это имущество, будучи обремененным рентой. В соответствии с п. 2 ст. 586 ГК плательщик ренты, передавший обремененное рентой недвижимое имущество в собственность другого лица, несет субсидиарную с ним ответственность по требованиям получателя ренты, возникшим в связи с нарушением договора ренты, если законом или договором не предусмотрена солидарная ответственность по этому обязательству.

В качестве особой меры защиты интересов получателя ренты закон предусмотрел в ст. 588 ГК ответственность плательщика ренты за просрочку выплаты ренты. Она установлена в виде обязанности плательщика уплачивать получателю ренты проценты, предусмотренные ст. 395 ГК, если иной размер процентов не установлен договором ренты.

5. Договор постоянной ренты

Главным признаком постоянной ренты является бессрочный характер обязательства по выплате ренты, возложенного договором на плательщика ренты. Это означает, что его существование не ограничивается каким-либо периодом времени, в том числе сроком жизни или существования получателя. Получателями постоянной ренты могут быть только граждане, а также некоммерческие организации, если это не противоречит закону и соответствует целям их деятельности (п. 1 ст. 589 ГК).

Некоммерческие организации, созданные на определенный срок или до достижения определенных целей, закрепленных в учредительных документах, не могут быть получателями постоянной ренты, так как они не могут вступать в бессрочные отношения. Такие некоммерческие организации, как учреждения, по общему правилу не могут быть получателями постоянной ренты, потому что закон (п. 1 ст. 298 ГК) запрещает им отчуждать или иным способом распоряжаться закрепленным за ними имуществом. Они также не могут отчуждать для получения постоянной ренты имущество, которым они вправе самостоятельно распоряжаться как приобретенным за счет разрешенной им доходной деятельности (п. 2 ст. 298 ГК) Ведь при осуществлении разрешенной коммерческой деятельности учреждения преследуют предпринимательские цели Поэтому в отношении них начинает действовать общий запрет на получение постоянной (как и любой иной) ренты коммерческими юридическими лицами

Коммерческие юридические лица не могут быть получателями ренты, будучи субъектами предпринимательской деятельности, неразрывно связанной с оборотом имущества и потому не совместимой с положением рентае, "живущего на доход, в создание которого он не вовлечен"¹. Данное ограничение вытекает из самой сущности ренты.

Другим признаком договора постоянной ренты является возможность передачи прав получателя ренты в результате уступки требования и возможность их перехода по наследству или в порядке правопреемства при реорганизации юридических лиц. Права получателя постоянной ренты могут быть переданы гражданам, а также некоммерческим организациям, имеющим право быть получателями постоянной ренты.

Данная возможность может быть запрещена законом или договором (п. 2 ст. 589 ГК). Но при любых обстоятельствах запреты на передачу прав или на их переход, введенные в договор соглашением сторон или предусмотренные в законе, не должны лишать договор постоянной ренты бессрочного характера. Поэтому невозможно одновременно согласовать в договоре условие о запрете гражданину передавать права получателя постоянной ренты и условие о том, что эти права не могут перейти к другим лицам в порядке наследования. Если подобное допустить, то постоянная рента трансформируется в пожизненную, а плательщик ренты окажется связанным лишь на период жизни гражданина - получателя постоянной ренты.

Размер рентных платежей является существенным условием договора постоянной ренты. Он должен быть определен сторонами в договоре. Придание условию о размере рентных платежей качества существенного объясняется рискованностью характера договора постоянной ренты. В целях защиты интересов получателя постоянной ренты установлено, что (если иное не предусмотрено договором) ее размер увеличивается пропорционально увеличению установленного законом минимального размера оплаты труда (п. 2 ст. 590 ГК).

Основной формой рентных платежей при постоянной ренте является денежная. Вместе с тем договором постоянной ренты может быть предусмотрена выплата ренты путем предоставления

1 См Хохлов С А Рента и пожизненное содержание с иждивением //Гражданский кодекс Российской Федерации Часть вторая Текст, комментарии, алфавитно-предмет-ный указатель/Под ред ОМ Козырь, А Л Маковского, С А Хохлова С 320

вещей, выполнения работ или оказания услуг, соответствующих по стоимости денежной сумме ренты (п. 1 ст. 590 ГК). Если иное не предусмотрено договором постоянной ренты, постоянная рента выплачивается по окончании каждого календарного квартала (ст. 591 ГК).

В случаях, возникающих на основе договора постоянной ренты, особое значение приобретает вопрос о распределении между сторонами риска случайной гибели имущества, переданного под выплату постоянной ренты. Если случайно гибнет или случайно повреждается имущество, переданное бесплатно под выплату постоянной ренты, то риск несет плательщик ренты (как лицо, получившее это имущество в собственность безвозмездно). Поэтому он обязан продолжать исполнять обязательства по выплате ренты независимо от гибели или порчи имущества. Если случайно гибнет или случайно повреждается имущество, переданное за плату под выплату постоянной ренты, то плательщик, как лицо, понесшее расходы по приобретению этого имущества в собственность, вправе требовать соответственно прекращения обязательства по выплате ренты либо изменения условий ее выплаты (ст. 595 ГК).

Прекращение договора постоянной ренты возможно как по общим основаниям, предусмотренным в гл. 26 ГК, так и по специальным основаниям, указанным в нормах, касающихся договора постоянной ренты. Однако прекращение рентного обязательства, возникшего на базе передачи в ренту недвижимого имущества, по таким основаниям, как смерть гражданина (ст. 418 ГК) и ликвидация юридического лица, невозможно потому, что рента в порядке следования обременяет недвижимое имущество, переданное в ренту.

Специальным основанием прекращения обязательств из договора постоянной ренты является ее выкуп. В соответствии с п. 1 ст. 592 ГК плательщик постоянной ренты вправе отказаться от дальнейшей выплаты ренты путем ее выкупа. Любое условие договора постоянной ренты об отказе плательщика постоянной ренты от права на ее выкуп ничтожно. В договоре стороны могут предусмотреть лишь одно ограничение на выкуп ренты, а именно: невозможность осуществления этого права при жизни получателя ренты либо в течение иного срока, не превышающего тридцати лет с момента заключения договора (п. 3 ст. 592 ГК). Договоры постоянной ренты, содержащие указанные ограничения, сохраняют рискованный (алеаторный) характер. Договоры постоянной ренты, в которых отсутствуют рассматриваемые временные ограничения, не обладают чертами рискованных договоров.

Выкуп ренты означает выплату плательщиком постоянной ренты ее получателю вместо рентных платежей выкупной цены, определенной сторонами в договоре. При отсутствии условия о выкупной цене в договоре выкуп осуществляется по цене, соответствующей годовой сумме подлежащей выплате ренты (п. 2 ст. 594 ГК). В таких случаях в состав выкупной цены не включается стоимость имущества, переданного под выплату ренты, вследствие того, что получатель ренты произвел его отчуждение как продавец, получив при этом за него плату, эквивалентную продажной цене. При отсутствии условия о выкупной цене в договоре в выкупную цену ренты наряду с годовой суммой рентных платежей включается цена переданного имущества, определяемая по правилам, предусмотренным п. 3 ст. 424 ГК.

О выкупе ренты ее плательщик обязан заявить в письменной форме не позднее чем за три месяца до прекращения выплаты ренты или за более длительный срок, предусмотренный договором. При этом обязательство по выплате ренты будет считаться прекращенным только с момента получения всей суммы выкупа получателем ренты, если иной порядок выкупа не предусмотрен договором. Обязательства из договора постоянной ренты могут быть прекращены путем выкупа постоянной ренты плательщиком по требованию получателя ренты.

Последний вправе требовать выкупа ренты плательщиком в случаях, когда:

1. плательщик ренты просрочил ее выплату более чем на один год, если иное не предусмотрено договором постоянной ренты;
2. плательщик ренты нарушил свои обязательства по обеспечению выплаты ренты (ст. 587 ГК);
3. плательщик ренты признан неплатежеспособным либо возникли иные обстоятельства, очевидно свидетельствующие, что рента не будет выплачиваться им в размере и в сроки, которые установлены договором;
4. недвижимое имущество, переданное под выплату ренты, поступило в общую собственность или разделено между несколькими лицами;
- д) в других случаях, предусмотренных договором (ст. 593 ГК).
6. Договор пожизненной ренты

Этот вид договора ренты порождает срочные обязательства по выплате рентных платежей. Они устанавливаются на период жизни получателя ренты. Иначе говоря, смерть получателя ренты прекращает обязательства по выплате пожизненной ренты. Пра-

ва получателя пожизненной ренты непередаваемы, так как неразрывно связаны с его личностью.

Пожизненная рента может быть установлена на период жизни гражданина, передающего имущество под выплату ренты, либо на период жизни другого указанного им гражданина. Пожизненная рента может быть установлена в пользу нескольких граждан, доли которых в праве на получение ренты считаются равными, если иное не предусмотрено договором пожизненной ренты. При этом в случае смерти одного из получателей ренты его доля в праве на получение ренты переходит к пережившим его получателям ренты, если договором пожизненной ренты не предусмотрено иное, а в случае смерти последнего получателя ренты обязательство выплаты ренты прекращается (п. 2 ст. 596 ГК). Если пожизненная рента установлена на период жизни другого гражданина, указанного лицом, передавшим имущество под выплату ренты, а гражданин, в пользу которого заключен договор ренты, к этому времени скончался, такой договор ничтожен как устанавливающий пожизненную ренту в пользу гражданина, умершего к моменту его заключения. Здесь небезынтересно заметить, что Французский гражданский кодекс признает ничтожным договор пожизненной ренты, заключенный "в пользу лица, пораженного болезнью, от которой это лицо скончалось не позднее 20 дней со дня заключения договора"¹. Такое положение является средством борьбы со злоупотреблениями при использовании рентных договоров в неблагоприятных целях.

Формой выплаты пожизненной ренты может быть только денежная сумма, периодически выплачиваемая получателю ренты в течение всей его жизни. Если иное не предусмотрено договором, пожизненная рента выплачивается по окончании каждого календарного месяца. В качестве иного в договоре пожизненной ренты может

быть указано, что рентные платежи вносятся авансом за определенный период времени.

Размер пожизненной ренты определяется сторонами в договоре. При этом в расчете на месяц он должен быть не менее минимального размера оплаты труда, установленного законом. При увеличении установленного законом минимального размера платы труда размер пожизненной ренты подлежит пропорциональному увеличению (ст. 597 ГК).

Договор пожизненной ренты - это срочная сделка. Обязательства, порожденные ею, могут быть прекращены плательщиком ренты только на общих основаниях. В силу этого даже случайная

1 Морандьер Л Ж Гражданское право Франции Кн 3 С 334

гибель или случайное повреждение имущества, переданного под выплату пожизненной ренты, не освобождают плательщика ренты от обязательства выплачивать ее на условиях, предусмотренных договором пожизненной ренты (ст. 600 ГК).

В отличие от плательщика ренты получатель пожизненной ренты наделяется правом прекратить обязательства из договора пожизненной ренты. Так, в случае существенного нарушения договора пожизненной ренты ее плательщиком получатель ренты вправе требовать от плательщика выкупа ренты на условиях, предусмотренных ст. 594 ГК, либо расторжения договора и возмещения убытков. Более того, если под выплату пожизненной ренты квартира, жилой дом или иное имущество отчуждены бесплатно, получатель ренты вправе при существенном нарушении договора плательщиком ренты потребовать возврата этого имущества с зачетом его стоимости в счет выкупной цены ренты (ст. 599 ГК).

7. Договор пожизненного содержания с иждивением

По договору пожизненного содержания с иждивением получатель ренты - гражданин передает принадлежащие ему жилой дом, квартиру, земельный участок или иную недвижимость в собственность плательщика ренты, который обязуется осуществлять пожизненное содержание с иждивением гражданина и (или) указанного им третьего лица (лиц) (п. 1 ст. 601 ГК).

При разграничении пожизненной ренты от пожизненного содержания с иждивением традиционно указывается на два существенных отличия. Во-первых, предметом договора пожизненной ренты может быть любое имущество, тогда как предметом договора пожизненного содержания с иждивением может быть лишь недвижимость. Во-вторых, в договоре пожизненной ренты допускается только денежная форма рентных платежей, а в договоре пожизненного содержания с иждивением рента представляется в форме обеспечения потребностей получателя ренты в жилище, питании, одежде, а если необходимо в силу состояния его здоровья - также и в уходе за ним. Договором может быть также предусмотрена оплата плательщиком ренты и ритуальных услуг. Лишь в качестве исключения договором пожизненного содержания с иждивением может быть предусмотрена возможность замены предоставления содержания в натуре выплатой в течение жизни гражданина периодических платежей в деньгах (ст. 603 ГК). Кроме того, в отличие от договора пожизненной ренты в договоре пожизненного

содержания с иждивением общий объем месячного содержания должен быть не менее двух минимальных размеров оплаты труда, установленных законом (п. 2 ст. 602 ГК). Но основной признак для разграничения рассматриваемых договоров состоит в особом характере отношений между получателем ренты и лицом, предоставляющим пожизненное содержание и иждивение. Этот особый характер обусловлен социальной сущностью и назначением договора пожизненного содержания с иждивением.

Например, необходимость в уходе может возникнуть после заключения договора. Но как только она возникает, то становится обязанностью плательщика ренты и должна быть исполнена с учетом сложившихся обстоятельств и обычно предъявляемыми требованиями. Поэтому при разрешении спора между сторонами об объеме содержания, которое предоставляется или должно предоставляться гражданину, суд должен руководствоваться принципами добросовестности и разумности (п. 3 ст. 602). Нахождение гражданина на пожизненном содержании плательщика ренты, предоставляющего гражданину иждивение, жилище и уход, предполагает наличие между ними лично-доверительных отношений. Вследствие этого моральное насилие,

скверное, оскорбительное отношение плательщика ренты к гражданину - получателю ренты, находящемуся в материальной зависимости от него, должно рассматриваться как существенное нарушение плательщиком ренты своих обязательств, дающее получателю ренты право потребовать возврата недвижимого имущества, переданного в обеспечение пожизненного содержания, либо выплаты ему выкупной цены на условиях, установленных законом (ст. 594 ГК).

Интересы гражданина-получателя ренты гарантируются различными способами.

Во-первых, плательщик ренты - собственник недвижимого имущества, приобретенного по этому договору, - вправе отчуждать, сдавать в залог или иным способом обременять такое имущество только с предварительного согласия получателя ренты (ст. 604 ГК).

Это - следствие не столько доверительного характера отношений сторон договора пожизненного содержания с иждивением, сколько наличия у гражданина-получателя ренты залогового права на недвижимое имущество (п. 1 ст. 587 ГК). Во-вторых, плательщик ренты обязан принимать необходимые меры для того, чтобы в период предоставления пожизненного содержания иждивением использование указанного имущества не привело к снижению стоимости этого имущества.

В тех случаях, когда гражданину-получателю ренты в соответствии с условиями рассматриваемого договора предоставляется право на проживание в определенном жилом помещении, оно обладает вещно-правовым характером и сохраняется при отчуждении жилой недвижимости в собственность третьего лица. Если право пользования жилым помещением будет предоставлено гражданину в жилой недвижимости, переданной в ренту им самим, то помимо указанного вещного права пользования жилым помещением у него в силу закона (п. 1 ст. 587 ГК) также возникает и право залога (ипотеки), являющееся вещно-правовым обременением жилой недвижимости, переданной в ренту.

К договору пожизненного содержания с иждивением применяются правила о пожизненной ренте, например такие, как правила о сроках выплаты денежной части иждивения, о последствиях случайной гибели предмета ренты и т. д. (п. 2 ст. 601 ГК).

Дополнительная литература

Ем В.С. Договор ренты //Законодательство. 1999. № 5; Комаров А.С. Правовые вопросы товарообменных сделок. М., 1994; Маковский А.Л. Дарение (глава 32) //Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель/Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996;

МорандьерЛ.Ж. Гражданское право Франции. Кн. 1. М., 1961. С. 252- 254; кн. 3. С. 332-338;

Хохлов С.А. Мена (глава 31). Рента и пожизненное содержание с иждивением (глава 33) //Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель /Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996.

1. Раздел IX. Обязательства по передаче имущества в пользование

Глава 34. Договоры аренды, лизинга, ссуды

§ 1. Договор аренды

1. Понятие договора аренды

Договор имущественного найма зародился в римском праве как договор найма вещей (locatio-conductio rerum)¹. Дореволюционное российское гражданское законодательство использовало понятие договора имущественного найма, не придавая какого-либо специального юридического значения одновременному применению понятия "аренда имущества"². Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. в ст. 152 и Гражданский кодекс 1964 г. в ст. 277 также оперировали понятием "имущественный наем", хотя и в то время термин "аренда" использовался в законодательстве для обозначения договоров по передаче в наем - хозяйственную эксплуатацию государственных предприятий³. В этом же значении термин "аренда" был использован Основами законодательства Союза ССР и союзных республик об аренде от 23 ноября 1989 г.⁴ В ст 1 данных Основ

говорилось: "Аренда представляет собой основанное на договоре срочное возмездное владение и пользование землей, иными природными ресурсами, предприятиями (объединениями) и другими имущественными комплексами, а также иным имуществом, необходимым арендатору для самостоятельного осуществления хозяйственной или иной деятельности". Здесь понятие "аренда" было использовано для обозначения особенностей срочного возмездного владения имуществом с целью извлечения доходов.

В некоторых зарубежных законодательных системах, в частности в законодательстве ФРГ и Швейцарии, различению понятий "имущественный наем" и "аренда" придается юридическое зна-

1 См Римское частное право /Под ред И Б Новицкого иИ С Перетерского С 446

2 См Шершеневт Г Ф Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г) С 355

3 Это имело место, например, в декрете СНК СССР от 18 сентября 1923 г (см Гражданский кодекс Советских республик Текст и практический комментарий Под ред А Маницкого С 249

4 ВВС СССР 1989 №25.Ст 481

чение. Так, под арендой понимается договор, по которому на воз-мездных началах переносится не только право пользования вещью, но и право извлечения из вещи плодов. Поэтому предметом договора аренды объявляется только плодоносящая вещь. На условиях аренды осуществляется сдача внаем торгово-промышленных предприятий¹.

В действующем законодательстве дается следующее легальное определение договора аренды.

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

Как видно, законодательство полностью отождествляет понятия "имущественный наем" и "аренда".

Д<3 юридической природе договор аренды является консенсу-альным, возмездным, взаимным и двусторонним.

Договор аренды - это сделка, позволяющая расширить возможности хозяйственного использования имущества. Собственник имущества предоставляет его в пользование другому лицу, не отчуждая имущество, но извлекая из такой передачи доход. В свою очередь, пользователь имущества извлекает собственную выгоду благодаря эксплуатации чужого имущества. В связи с этим формы арендных отношений весьма многообразны. К ним относятся прокат, аренда транспортных средств, аренда зданий и сооружений, аренда предприятий, финансовая аренда (лизинг). К указанным видам договора аренды положения, предусмотренные

§ 1 гл. 34 ГК, применяются, если иное не установлено специальными нормами об этих договорах.

Согласно ст. 607 ГК 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 в процессе их использования не теряют своих натуральных свойств (непотребляемые вещи). Из этого следует, что предметом договора аренды могут быть только индивидуально-определенные непотребляемые вещи, подлежащие возврату.

Имущество, обладающее родовыми признаками, не может быть предметом имущественного найма, так как по общему правилу после передачи такого имущества оно обезличивается, смешива-

1 См Гражданское право капиталистических государств/Под ред ЕА Васильева М,1993 С 335

ется с имуществом пользователя. Вследствие этого у лица, передавшего пользователю имущество, обладающее родовыми признаками, возникает право требования возврата имущества того же рода и количества. Также не могут быть предметом договора аренды нематериальные блага: изобретения, полезные модели, промышленные образцы, служебная (коммерческая) информация, товарные знаки, фирменные

наименования и т. п. Передача прав на их использование осуществляется на основе лицензионных соглашений, не относящихся к разновидностям договора имущественного найма.

Предметом договора аренды может быть как движимое, так и недвижимое имущество. Недвижимое имущество как предмет аренды обладает известными особенностями, обусловленными как самой природой этого имущества, так и необходимостью государственной регистрации сделок с ним и прав на него. Но недвижимое имущество, которое может сдаваться в аренду по правилам гл. 34 ГК, не должно быть предназначено для проживания людей. Наем жилой недвижимости регулируется специальными нормами гл. 35 ГК.

Особенности сдачи в аренду земельных участков и других обособленных природных объектов устанавливаются земельным и иным природоресурсным законодательством. В настоящее время объектами аренды могут быть земельные участки и участки лесного фонда. Возможность передачи в аренду водных объектов и горных отводов водным законодательством и законодательством о недрах не предусмотрена. Законом могут быть установлены виды имущества, сдача которого в аренду не допускается или ограничивается. К такому имуществу относятся атомные электростанции, вооружение, железные дороги общего пользования и т. п.¹

По действующему законодательству единственным существенным условием договора аренды в силу требования закона является условие о предмете аренды. Согласно норме п. 3 ст. 607 ГК 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 считается незаключенным. В связи с этим к договору должны прилагаться документы, позволяющие точно идентифицировать предмет аренды. Если в аренду сдается земельный участок или часть

¹ См Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный)/Под ред ОН Садикова Изд 3-е МД998 С 185 (автор комментария- ЕА Павлодский)

его, к договору аренды прилагается план (чертеж границ) земельного участка с указанием его части, сдаваемой в аренду. В том случае, если в аренду сдаются здание, сооружение, помещения в них или части помещений, к договору аренды недвижимого имущества прилагаются поэтажные планы здания, сооружения, на которых обозначаются сдаваемые в аренду помещения с указанием размера арендуемой площади. Если в аренду сдается оборудование, к договору должен быть приложен технический паспорт на оборудование и т. п.

Сторонами договора аренды являются арендодатель и арендатор. Арендодателями могут быть собственники, а также лица, уполномоченные законом или собственником сдавать имущество в аренду (ст. 608 ГК). К последним относятся лица, обладающие полномочиями по распоряжению государственным и муниципальным имуществом. Если государственное или муниципальное имущество закреплено за унитарными предприятиями на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления, то арендодателями такого имущества могут быть сами эти предприятия с соблюдением требований ст. 294-297 ГК. Унитарные предприятия, являющиеся субъектами права хозяйственного ведения, могут самостоятельно без согласия собственника передавать в аренду закрепленное за ними движимое имущество, а недвижимое имущество - только с согласия собственника. Унитарные предприятия, являющиеся субъектами права оперативного управления¹, могут передавать в аренду закрепленное за ними как движимое, так и недвижимое имущество только с согласия собственника. От имени собственника (государства, муниципального образования) в качестве органа, дающего согласие на передачу субъектами права хозяйственного ведения и права оперативного управления, выступают Мингосимущество РФ, его территориальные органы и соответствующие органы местного самоуправления. В указанных законом случаях в качестве таковых могут выступать иные государственные органы².

¹ Согласно норме п 1 ст. 298 ГК учреждения, обладающие правом оперативного управления на закрепленное за ними имущество, ни при каких условиях не могут быть

арендодателями имущества, закрепленного за ними собственником. Вместе с тем отдельными федеральными законами такие права предоставлены государственным образовательным и научным учреждениям (см. например п 11 ст. 39 Закона РФ от 13 января 1996 г "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "Об образовании"" //СЗ РФ. 1996. № 3 Ст. 150)

2 Так, согласно норме пп 3 п 2 ст 4 Федерального закона "О федеральном железнодорожном транспорте" (СЗ РФ 1995 № 35 Ст. 3505) недвижимое имущество, принадлежащее на праве хозяйственного ведения предприятиям железнодорожного транспорта, может сдаваться в аренду с согласия федерального органа исполнительной власти в области железнодорожного транспорта

Государственное и муниципальное имущество, не закрепленное за унитарными предприятиями, может передаваться в аренду Мингосимуществом РФ, его территориальными органами¹ или соответствующими органами местного самоуправления². Земля и другие природные объекты, находящиеся в публичной собственности, могут передаваться в аренду специальными органами, указанными в природоресурсном законодательстве. Например, при аренде участков лесного фонда в качестве арендодателей выступают лесхозы федерального органа управления лесным хозяйством (ст. 31 Лесного кодекса РФ).

Согласно п. 1 ст. 609 ГК договор аренды на срок более года (а если хотя бы одной из сторон договора является юридическое лицо, то независимо от срока) должен быть заключен в письменной форме. Договор аренды недвижимого имущества согласно п. 2 ст. 609 ГК подлежит государственной регистрации, если иное не установлено законом. При этом согласно п. 1 ст. 26 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" государственной регистрации подлежит право аренды недвижимого имущества, если иное не установлено законодательством РФ. В такой ситуации более правильно говорить о регистрации права аренды, которая неизбежно требует регистрации сделки аренды. В соответствии с п. 2 ст. 651 ГК государственной регистрации подлежит договор аренды здания или сооружения, заключенный на срок не менее одного года. При существующих процедурах и сроках государственной регистрации было бы нелогичным требовать обязательной государственной регистрации права аренды, вытекающего из краткосрочных (до одного года) договоров аренды как зданий (сооружений) в целом, так и их части.

Согласно п. 3 ст. 609 ГК договор аренды имущества, предусматривающий переход в дальнейшем права собственности на это имущество к арендатору (аренда с правом выкупа - ст. 624 ГК), заключается в форме, предусмотренной для договора купли-продажи такого имущества. Если выкупу будет подлежать арендованное движимое имущество, то форма договора аренды подчиняется общим требованиям (ст. 158-162, 434, п. 1 ст. 609 ГК), а если выкупу будет подлежать арендованное недвижимое имущество, то

1 См, например' постановление Правительства РФ от 5 января 1998 г "О порядке закрепления и использования находящихся в федеральной собственности административных зданий, строений и нежилых помещений" //СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 264.

2 См : ст. 6 Федерального закона от 28 августа 1995 г "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации" //СЗ РФ. 1995. № 35. Ст. 3506.

форма договора аренды подчиняется требованиям ст. 550 и п. 1 ст. 551 ГК.

Срок в договоре аренды является принадлежностью этого договора, но не его существенным условием. Дело в том, что, если срок аренды в договоре не определен, договор аренды считается заключенным на неопределенный срок (п. 1, 2 ст. 610 ГК). Однако и в этом случае договор аренды сохраняет черты договора, заключенного на время. Ведь при заключении договора на неопределенный срок 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. Возможность прекращения договора, заключенного на неопределенный срок, в любое время по желанию одной стороны свидетельствует о временной ограниченности таких

договоров¹. Поэтому закон (ст. 606 ГК) говорит о том, что имущество передается арендатору во временное владение и пользование или во временное пользование. Законом могут устанавливаться максимальные (предельные) сроки договора для отдельных видов аренды, а также для аренды отдельных видов имущества. Например, максимальный срок договора проката в силу указания ст. 627 ГК не может превышать одного года. Согласно ст. 31 Лесного кодекса РФ предельный срок аренды участков лесного фонда равен сорока девяти годам. 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 (п. 3 ст. 610 ГК).

Установление предельных сроков договора аренды имеет целью, во-первых, предотвращение того, чтобы под видом аренды не произошло отчуждения имущества, во-вторых, предоставление возможности каждой из сторон после определенного промежутка времени потребовать изменения условий пользования имуществом применительно к изменившейся хозяйственной обстановке.

¹ В связи с этим Д.И. Мейер высказал следующее мнение: "Но с научной точки зрения договор найма, в котором не означено срока, нельзя считать недействительным, если в отдельном договоре срок не определен, то это не значит, что договор заключен бессрочно. Это значит, что срок договора наступает тогда, когда та или другая из договаривающихся сторон потребует его прекращения, так что, следовательно, срок только не определен точно при самом его заключении, а контрагенты предоставили себе определить его впоследствии" (Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. С. 262).

2. Содержание и исполнение договора аренды

Из договора аренды как консенсуальной сделки вытекает обязанность арендодателя предоставить арендатору имущество, оговоренное в договоре. Имущество должно быть предоставлено арендодателем арендатору в состоянии, соответствующем условиям договора аренды и назначению имущества (п. 1 ст. 611 ГК). Это будет иметь место в тех случаях, когда имущество пригодно для пользования, указанного в договоре или обычного для данного рода имущества. Так, если берется напрокат автомобиль с большим пробегом, то требования, предъявляемые к нему, при условии его технической исправности, должны быть не как к новому, а как к поддержанному с учетом его износа, снижающего комфорт от использования, но гарантирующего необходимую безопасность.

Имущество должно сдаваться в аренду вместе со всеми его принадлежностями (запасным колесом для автомобиля, линиями связи в здании и т. п.) и относящимися к нему документами (техническим паспортом, сертификатом качества и т. п.), если иное не предусмотрено договором. Если такие принадлежности и документы не будут переданы, а без них арендатор не сможет пользоваться имуществом в соответствии с его назначением либо в значительной степени лишится того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора, то он может потребовать предоставления ему арендодателем таких принадлежностей и документов или расторжения договора, а также возмещения убытков (п. 2 ст. 611 ГК).

Имущество, передаваемое арендатору, будет считаться не соответствующим условиям договора аренды и своему назначению тогда, когда в нем отсутствуют обычные или обусловленные договором качества или присутствуют такие свойства, которые препятствуют его нормальному использованию. К их числу относятся не только материальные дефекты и невозможность использования предмета аренды по назначению (например, недостаточная мощность тягача для буксировки объекта и т. д.), но и юридические изъяны: наличие прав третьих лиц на арендуемое имущество, препятствующее пользованию арендодателя (сервитуты, право залога и т. д.) Поэтому при заключении договора аренды арендодатель обязан предупредить арендатора обо всех правах третьих лиц на сдаваемое в аренду имущество. Неисполнение арендодателем этой обязанности дает арендатору право требовать уменьшения арендной платы либо расторжения договора и возмещения убытков (ст. 613 ГК).

При передаче в аренду имущества с недостатками арендатор может применить к арендодателю меры ответственности и защиты, предусмотренные в ст. 612 ГК:

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

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

в) потребовать досрочного расторжения договора,

1. потребовать возмещения непокрытой части убытков в случаях, когда удовлетворение требований арендатора или удержание им расходов на устранение недостатков из арендной платы не покрывает причиненных арендатору убытков

Ответственность арендодателя за недостатки сданного в аренду имущества, полностью или частично препятствующие пользованию им, наступает независимо от того, знал он или не знал об этих недостатках во время заключения договора аренды (п. 1 ст. 612 ГК) Арендодатель не отвечает за недостатки сданного в аренду имущества, которые были им оговорены при заключении договора аренды, либо 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 (п. 2 ст. 612 ГК). Исходя из принципа солидарности интересов, закон предоставляет арендодателю, извещенному о требованиях арендатора или о его намерении устранить недостатки имущества за счет арендодателя, право без промедления произвести замену предоставленного арендатору имущества другим аналогичным имуществом, находящимся в надлежащем состоянии, либо безвозмездно устранить недостатки имущества (ч. 3 п. 1 ст. 612 ГК).

Имущество должно предоставляться арендатору своевременно, в срок, указанный в договоре, а в случае, когда в договоре такой срок не указан, - в разумный срок (п. 3 ст. 611 ГК). Разумность срока означает необходимость предоставления имущества до утраты арендатором хозяйственного интереса в нем. Так, предоставление арендатору свеклоуборочного комбайна после окончания уборки урожая свеклы равнозначно непредоставлению комбайна и должно влечь последствия, предусмотренные в п. 3 ст. 611 ГК на случай неисполнения арендодателем обязанности по передаче в пользование предмета аренды

Обязанность арендодателя передать предмет аренды корреспондирует с правом арендатора требовать такой передачи Если арендодатель не предоставил арендатору сданную внаем вещь в

указанный в доюворе аренды срок, арендатор вправе потребовать отобрания этой вещи от арендодателя и ее передачи ему на условиях договора аренды (ст 398 ГК), а также возмещения убытков, причиненных задержкой исполнения, либо потребовать расторжения договора и возмещения убытков, причиненных его неисполнением.

В отдельных видах договоров аренды на арендатора возлагается обязанность принять арендуемое имущество. Так, в соответствии с ч 3 п. 1 ст. 665 ГК арендатор здания (сооружения) обязан принять арендованное здание (сооружение) Аналогичная обязанность лежит и на арендаторе предприятия. Нарушение этой обязанности арендатором означает незаконный односторонний отказ от исполнения обязательства со всеми вытекающими из этого юридическими последствиями (ст. 310).

Закон предписывает арендатору использовать арендованное имущество в соответствии с условиями договора аренды, а если такие условия в договоре не определены - в соответствии с назначением имущества (п. 1 ст. 615 ГК). Арендатор должен проявлять при использовании арендованного имущества ту же степень заботливости, которую он проявляет к собственному имуществу. Согласно п. 2 ст. 616 ГК арендатор обязан нести расходы на содержание имущества (коммунальные платежи, расходы по поддержанию чистоты, по охране и т. п.), поддерживать имущество в исправном состоянии, производить за свой счет текущий ремонт, если иное не установлено законом или договором аренды.

Под текущим ремонтом необходимо понимать исправление повреждений или естественных ухудшений имущества, не нарушивших его целостность, не повлекших разрушения или порчи его существенных частей, которые могут быть устранены за

счет затрат, пропорциональных выгодам, приносимым арендатору этим нанятым имуществом. В отличие от текущего капитальный ремонт означает восстановление целостности имущества, его существенных частей, требующее значительных затрат, несоизмеримых с доходами, получаемыми арендатором за счет этого нанятого имущества

Поэтому по общему правилу арендодатель обязан производить за свой счет капитальный ремонт переданного в аренду имущества, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором аренды (п. 1 ст. 616 ГК). Капитальный ремонт должен производиться в срок, установленный договором, а если он не определен договором или вызван неотложной необходимостью - в разумный срок. Перечень работ, которые относятся к текущему или капитальному ремонту, определяется нормативно-технической документацией, регламентирующей условия использования и эксплуатации конкретных видов имущества, соглашением сторон. Спор о характере ремонта может быть разрешен с учетом заключения экспертов. Если арендатор пользуется имуществом не в соответствии с условиями договора аренды или назначением имущества, допускает его ухудшение, то арендодатель имеет право потребовать расторжения договора и возмещения убытков (п. 3 ст. 615, ст. 619 ГК). При нарушении арендодателем обязанности по производству капитального ремонта арендатор вправе по своему выбору.

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

б) потребовать соответствующего уменьшения арендной платы;

в) потребовать расторжения договора и возмещения убытков.

В силу возмездного характера договора аренды на арендаторе лежит обязанность вносить арендодателю арендные платежи. Эта обязанность есть важнейший элемент арендного обязательства, но не договора аренды. Дело в том, что условие об арендных платежах не относится к существенным: его отсутствие в договоре аренды не влечет недействительности договора. Часть 2 п. 1 ст. 614 ГК говорит, что порядок, условия и сроки внесения арендной платы определяются договором аренды. Но если договором они не определены, считается, что установлены порядок, условия и сроки, обычно применяемые при аренде аналогичного имущества при сравнимых обстоятельствах. Для договора аренды не имеет существенного значения характер вознаграждения, предоставляемого арендодателю, - оно может быть как денежным, так и в иной материальной форме. В соответствии с п. 2 ст. 614 ГК арендная плата устанавливается за все арендуемое имущество в целом или отдельно по каждой из его составных частей в виде: а) определенных в твердой сумме платежей, вносимых периодически или единовременно;

1. Еще со времен римского права существует сомнение в том, является ли отдача части продукции, плодов, доходов платой за наем имущества. Многие юристы склонны видеть при таком расчете совместное пользование вещью - товарищество (договор о совместной деятельности) (подробнее об этом см.. Умов В. Договор найма имущества по римскому праву и новейшим иностранным законодательствам. М., 1872 С. 118)

1. установленной доли полученных в результате использования арендованного имущества продукции, плодов или доходов;

в) предоставления арендатором определенных услуг;

1. передачи арендатором арендодателю обусловленной договором вещи в собственность или в аренду;

2. возложения на арендатора обусловленных договором затрат на улучшение арендованного имущества.

Указанными формами не исчерпываются возможные варианты расчета арендатора с арендодателем. Если в нашей стране сформируется нормальный рынок земли, то, несомненно, практика возродит такую форму расчета за аренду земельного участка, как выстройка (в дореволюционном праве договор назывался "наем из выстройки")¹. При долгосрочной аренде земельного участка для выстройки арендатор возводит на арендованной земле здания и (или) сооружения, запускает их в коммерческую эксплуатацию и выручает от этого капитал, не только покрывающий затраты на

строительство, но и составляющий прибыль. По окончании срока аренды арендатор передает здание или сооружение в собственность арендодателя земельного участка в счет платежей за его использование.

Арендные платежи должны вноситься в порядке и сроки, предусмотренные договором. Если иное не предусмотрено договором, в случае просрочки в платежах арендодатель, помимо взыскания процентов по ст. 395 ГК и взыскания убытков, может в случае существенного нарушения арендатором сроков внесения арендной платы 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 (п. 5 ст. 614 ГК).

Размер и сроки платежей должны иметь стабильный характер. Поэтому, если иное не предусмотрено договором, размер арендной платы может изменяться по соглашению сторон в сроки, предусмотренные договором, но не чаще одного раза в год (п. 3 ст. 614 ГК). При сдаче в аренду объектов публичной собственности, включая природные объекты, законом могут быть предусмотрены иные минимальные сроки пересмотра размера арендной платы для отдельных видов аренды, а также минимальные ставки арендных платежей для аренды некоторых видов имущества. Например, в ст. 21 Закона РСФСР "О плате за землю" закреплено, что при аренде земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, соответствующие органы исполнительной власти устанавливают базовые размеры арендной платы по видам использования земель и категориям арендаторов¹.

1 Подробнее об этом см.: МейерД И Русское гражданское право Ч. 2. С 265-266.

Закон допускает возможность арендатора потребовать соответствующего уменьшения арендной платы, если в силу обстоятельств, за которые он не отвечает, условия пользования, предусмотренные договором аренды, или состояние имущества существенно ухудшились (п. 4 ст. 614 ГК).

1. Содержание и осуществление прав арендатора по пользованию нанятым имуществом

Во многих случаях для достижения целей договора аренды достаточно предоставления имущества в пользование арендатора без передачи в его владение. Так, согласно ст. 66 Федерального закона "О федеральном железнодорожном транспорте" железная дорога может в соответствии с договором использовать за плату для проведения маневровых работ и временного размещения вагонов железнодорожные подъездные пути, принадлежащие грузоотправителю или грузополучателю, расположенные на их территории. Аналогичную природу имеет так называемая аренда спутников связи, каналов телевизионного вещания, линий радиосвязи и т. п. (см., например, ст. 76 Воздушного кодекса РФ). Такой же характер присущ и бытовым отношениям по предоставлению в пользование арендатору в строго определенное время дорогого музыкального инструмента, находящегося в квартире арендодателя.

Вместе с тем в абсолютном большинстве случаев предоставление имущества в пользование невозможно без его передачи во владение арендатору. В результате такой передачи арендатор становится титульным владельцем и приобретает право на защиту с использованием вещно-правовых исков (ст. 305 ГК). Арендатор может:

1. истребовать арендованное имущество из любого чужого незаконного владения;

- требовать устранения препятствий в пользовании им;

1. требовать возмещения ущерба, причиненного имуществу, от любого лица, включая арендодателя.

Содержание права аренды, принадлежащего арендатору как титульному владельцу, весьма многогранно. Его пределы во многих случаях определяются особенностями предмета аренды. Так, арендаторы земельных участков имеют возможность использовать в установленном порядке для нужд хозяйства имеющиеся на земельном участке общераспространенные полезные ископаемые, торф, лесные угодья, водные объекты, пресные подземные воды; возводить жилые, производственные, культурно-бытовые и иные строения и сооружения. Арендаторы участков лесного фонда имеют право на осуществление добычи лесных ресурсов. Очевидно, что

указанные правомочия арендаторов predeterminedены самим назначением земельных участков и участков лесного фонда.

Многие полномочия, входящие в содержание права аренды, могут быть определены сторонами договора, а ряд полномочий арендатора вытекает непосредственно из дозволения закона. Так, осуществляя пользование арендованным имуществом, арендатор имеет право вносить в него улучшения, т. е. изменения в состояние имущества, повышающие эффективность его использования, расширяющие возможности применения или иным образом повышающие стоимость сданного внаем имущества¹. К числу улучшений можно отнести установку на арендуемый станок нового программного обеспечения, увеличивающего производительность станка; надстройку над производственным корпусом, повлекшую расширение производственных площадей, и т. п.

Улучшения делятся на делимые и неделимые. В приведенном примере первое улучшение является делимым, а второе - неделимым. Согласно ст. 623 ГК произведенные арендатором делимые улучшения арендованного имущества являются его собственностью, если иное не предусмотрено договором аренды. В случае, когда арендатор произвел за счет собственных средств и с согласия арендодателя улучшения арендованного имущества, не делимые без вреда для имущества, арендатор имеет право на возмещение стоимости этих улучшений после прекращения договора аренды, если иное не предусмотрено самим договором. Стоимость неделимых улучшений арендованного имущества, произведенных арендатором без согласия арендодателя, возмещению не подлежит, если иное не предусмотрено законом. Улучшения арендованного имущества, как делимые, так и неделимые, произведенные за счет амортизационных отчислений от этого имущества, являются собственностью арендодателя.

Улучшения арендуемого имущества необходимо отличать от переоборудования, переоснащения или перепланировки предмета аренды. Последние могут иметь место только с согласия арендодателя, а по отношению к недвижимому имуществу - также и с согласия соответствующих публичных органов. Вследствие сказан-

¹ См.: Комментарий к гражданскому кодексу РФ / Под ред. С.Н. Братуся и ОМ. Садикова С. 334 (автор комментария - Е.А. Павлодский)

ного нельзя отнести к улучшениям, например, переоборудование помещения художественной мастерской под банковский офис, замену оборудования на арендованном предприятии.

Арендатору принадлежит право собственности на плоды, продукцию и доходы, полученные в результате использования арендованного имущества в соответствии с договором (ч. 2 ст. 606 ГК). В этой норме наиболее ярко проявляется предпринимательская направленность договора аренды, его способность быть инструментом регулирования рыночных отношений.

В период пользования и владения арендованным имуществом арендатору предоставляется возможность ограниченного распоряжения предметом аренды и правом аренды. Согласно п. 2 ст. 615 ГК 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 другими нормами ГК, другими законами или иными правовыми актами. В указанных случаях, за исключением перенаяма, ответственным по договору перед арендодателем остается арендатор.

Такая форма распоряжения арендованным имуществом, как перенаем, по своей сути означает замену арендатора в обязательстве, возникшем из договора аренды. Поэтому перенаем подчинен правилам норм о цессии и переводе долга.

В отличие от перенаяма при субаренде (поднаем - sublocatio) арендатор остается стороной в договоре аренды, но с согласия арендатора уступает права пользования субарендатору. При субаренде ответственным перед арендодателем остается арендатор. Поэтому можно говорить о том, что, во-первых, пользование субарендатора

является формой осуществления права аренды, принадлежащего арендатору, и, во-вторых, субарендатор становится третьим лицом в обязательстве, возникшем между арендодателем и арендатором¹ (ст. 313 ГК).

Логическим следствием указанных признаков субаренды является то, что, если иное не установлено законом или иными правовыми актами, к договорам субаренды применяются правила о до-

¹ См Гражданское право В 2т Учебник Я1од ред ЕА Суханова М,1993 С 133 (автор главы - Е А Суханов)

говорах аренды (ч. 3 п. 2 ст. 615 ГК). В частности, форма договора поднайма должна соответствовать общим требованиям (ст. 609 ГК), а сам договор субаренды не может быть заключен на срок, превышающий срок договора аренды. По этой же причине ничтожность договора аренды влечет ничтожность заключенного в соответствии с ним договора субаренды (п. 2 ст. 618 ГК).

Вопрос о необходимости государственной регистрации права субаренды на недвижимую вещь остается спорным. Если исходить из того, что установление субарендных отношений есть реализация арендатором своих прав в рамках зарегистрированной аренды, то регистрации права субаренды не требуется. Но если рассматривать субаренду как ограничение (обременение) в соответствии со ст. 1 Федерального закона "О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", то можно сделать противоположный вывод (ст. 13 указанного Закона).

Право аренды следует за арендуемым имуществом. Согласно п. 1 ст. 617 ГК 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. Право аренды следует как за движимым, так и за недвижимым имуществом¹. Более того, п. 2 ст. 617 ГК установил, что в случае смерти гражданина, арендующего 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.

Арендатору предоставляется преимущественное право на заключение договора аренды на новый срок. 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. Он 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 окон-

¹ Право следования как элемент права аренды начало признаваться дореволюционной судебной практикой (см Шершеневич Г Ф Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г) С 363) В отечественном законодательстве право следования за правом аренды было впервые признано в ст 169 ГК РСФСР 1922 г чания действия договора (ст. 621 ГК). Преимущественное право арендатора на заключение нового договора может быть нейтрализовано законом или договором и поэтому имеет несколько ограниченный характер по сравнению с правом преимущественной покупки, принадлежащим участнику долевой собственности (ст. 250 ГК). Тем не менее указанное право арендатора имеет характер права на чужую вещь. Это подтверждается еще и тем, что, в случае отказа арендодателя в заключении договора с арендатором на новый срок, но заключения договора аренды с другим лицом в течение года со дня истечения срока договора, 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 (ч. 3 п. 1 ст. 621 ГК).

Законом или договором арендатору может быть предоставлено право выкупа арендованного имущества по истечении срока аренды или до его истечения при условии внесения арендатором всей обусловленной договором выкупной цены (п. 1 ст. 624 ГК). Право на выкуп арендованного имущества может быть оговорено в

дополнительном соглашении, заключенном между арендодателем и арендатором. Праву арендатора на пользование нанятым имуществом (праву аренды) присущи в определенных случаях признаки абсолютности: оно обладает свойством следования за нанятым имуществом; его субъекту предоставляется преимущественное полномочие на заключение договора аренды по поводу нанятой (чужой) вещи, на ее выкуп. Однако, несмотря на все перечисленное, принадлежащее арендатору право пользования чужим имуществом является обязательственным, ибо оно во всех случаях является правом, предоставленным на определенное время¹. Поэтому передача имуще-

1 В современной литературе сравнительно редко право аренды относят к вещно-правовым [см., например: Гражданское право. Учебник /Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. Ч. 2. С. 152 (автор главы-А.А Иванов)]. В дореволюционной юридической литературе сосуществовали три позиции по затронутому вопросу. Согласно первой позиции право пользования арендованным имуществом признавалось обязательственным (см.: Покровский А.И. Указ. соч. С. 320). Согласно второй оно признавалось вещным, так как при "найме, как и в купле-продаже, наниматель покупает от хозяина право собственности на выгоды из нанимаемого имущества" (Змир-лов К Договор найма имущества по нашим законам //Журнал гражданского и уголовного права СПб., 1884 . Книга вторая. С. 58-59). Согласно третьей позиции право пользования арендованным имуществом квалифицировалось как смешанное, двойственное - вещно-обязательственное (см.: Кавелин К.Д. Права и обязанности по имуществам и обязательствам в применении к русскому законодательству. СПб., 1879 С 66)

ства в аренду не является основанием для прекращения или изменения прав третьих лиц на арендованное имущество (ч. 1 ст. 613 ГК).

4. Прекращение договора аренды

Главным основанием прекращения обязательств из договора аренды является истечение его срока. Но если арендатор продолжает пользоваться имуществом после истечения срока договора, то при отсутствии возражений со стороны арендодателя договор считается возобновленным на тех же условиях на неопределенный срок (п. 2 ст. 621 ГК)¹.

От договора, заключенного на неопределенный срок, арендодатель и арендатор вправе отказаться в любое время, предупредив об этом другую сторону за один месяц, а при аренде недвижимого имущества - за три месяца. Предупреждение об отказе от договора должно быть адресовано контрагенту и действительно лишь тогда, когда оно им получено, или же если оно не дошло до контрагента не по вине предупреждающего². Если арендатор фактическими действиями, т. е. без положенного предварительного предупреждения арендодателя, прекращает договор (выезжает из арендованного помещения, перестает эксплуатировать оборудование и т. п.), то при отсутствии согласия арендодателя на такое прекращение арендатор остается связанным всеми арендными обязательствами, в частности обязательством по внесению арендных платежей в течение вышеуказанных месячного либо трехмесячного сроков. Если без положенного предварительного предупреждения арендатора арендодатель фактическими действиями прекращает договор аренды (изымает арендованное оборудование, сдает помещение другому лицу и т. п.), то при отсутствии согласия арендатора на такое прекращение арендодатель обязан возместить арендатору все вызванные этим убытки, выплатить неустойку, а при наличии соответствующего требования арендатора - предоставить ему возможность пользоваться предметом аренды в течение вышеуказанных месячного либо трехмесячного сроков.

Договор аренды, заключенный на определенный срок, может быть расторгнут только по основаниям, предусмотренным законом или определенным в договоре в соответствии с законом и су-

1 Д.И. Мейер отмечал нелогичность этого правши, указывая, что, если договор возобновляется на тех же условиях, то и условие о сроке должно быть возобновлено в новом договоре (см : Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч 2 С. 270).

2 См : Гражданский кодекс Советских республик. Текст и практический комментарий /Под ред. А. Малицкого С. 255 (автор комментария - А. Е Семенова).

ществом договора аренды как срочной сделки. Согласно ст. 619 ГК суд может досрочно расторгнуть договор аренды по требованию арендодателя в случаях, когда арендатор:

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

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

Согласно ст. 620 ГК суд может досрочно расторгнуть договор аренды по требованию арендатора 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.

Приведенный перечень оснований досрочного расторжения договора аренды по требованию одной из сторон является незамкнутым. Закон (ч. 2 ст. 619, ч. 2 ст. 620 ГК) допускает, что договором аренды могут быть установлены и другие основания досрочного расторжения договора по требованию арендодателя или арендатора в соответствии с п. 2 ст. 450 ГК. Если в договоре аренды, в котором строго оговорен срок его действия, будет присутствовать условие о том, что арендатор или арендодатель вправе в одностороннем порядке, заблаговременно предупредив контрагента, отказаться от договора, оно ничтожно как противоречащее сущности срочного обязательства.

При досрочном прекращении договора аренды по общему правилу прекращается и заключенный в соответствии с ним договор субаренды. Субарендатор в этом случае имеет право требовать от арендодателя заключения 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 (п. 1 ст. 618 ГК).

При прекращении арендных обязательств прекращаются также залог права аренды, обязательственные отношения, возникшие в связи с внесением права аренды в уставный капитал юридического лица (в силу исчезновения предмета этих сделок).

При прекращении договора аренды в соответствии с п. 4 ст. 453 и ст. 622 ГК 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.

§ 2. Договор проката

1. Понятие договора проката

Договор проката представляет собой соглашение, по которому арендодатель, осуществляющий сдачу имущества в аренду в качестве постоянной предпринимательской деятельности, обязуется предоставить арендатору движимое имущество за плату во временное владение и пользование. Имущество, предоставленное по договору проката, используется для потребительских целей, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа обязательств (п. 1 ст. 626 ГК).

Договор проката отличают: во-первых, особый статус арендодателя; во-вторых, особый предмет договора. Арендодателем по договору проката может быть только коммерческая организация, профессионально занимающаяся прокатом имущества, т. е. юридическое лицо, для которого сдача имущества в аренду является постоянной целью его предпринимательской деятельности. Разовые операции по сдаче движимого имущества в аренду нельзя отнести к договорам проката.

Предметом договора проката может служить лишь движимое имущество. Движимое имущество, которое может сдаваться напрокат, весьма разнообразно: бытовые электроприборы, одежда, музыкальные приборы, легковые автомобили, мебель, спортивный инвентарь и т. п. Сделки аренды (включая и краткосрочные) с любой недвижимостью, даже осуществляемые профессиональными коммерческими организациями по торговым операциям с недвижимостью, ни при каких условиях не могут быть отнесены к договорам проката.

По общему правилу имущество, предоставленное по договору проката, должно использоваться для потребительских целей. Однако при этом закон оговаривает, что иное может быть предусмотрено договором или вытекать из существа обязательства. Это означает, что предмет договора проката при наличии соответствующих условий в договоре может использоваться и для предпринимательских целей (например, использование высокоточной измерительной аппаратуры для осуществления временного контроля за производственными процессами, осуществляемыми арендатором). Сущность обязательства, по которому арендатор - индивидуальный предприниматель ежедневно берет напрокат весы для осуществления собственной торговой деятельности, предопределяет коммерческую цель и характер использования предмета проката.

Таким образом, наряду с бытовым (потребительским) прокатом законодатель допускает и небытовой прокат. Вследствие этого правомерен и вывод о том, что помимо граждан, составляющих основной контингент арендаторов по договору проката, в этом качестве также могут выступать юридические лица и индивидуальные предприниматели.

Особенность договора проката заключается и в том, что он относится законом к категории публичных договоров (п. 3 ст. 626 ГК). Поэтому коммерческая организация - арендодатель не вправе отказать какому-либо лицу из числа обратившихся к ней в заключении договора проката или оказать кому-либо из них предпочтение в отношении заключения договора. Арендодателем должны устанавливаться одинаковые для всех арендаторов условия договора проката, в том числе и об арендной плате.

Льготы

для отдельных категорий арендаторов допускаются лишь в случаях, указанных в законе и иных правовых актах.

Форма договора проката должна быть письменной. Традиционно в сфере регулирования отношений по прокату имущества используют различные формуляры, определенные арендодателями, и стандартные (типовые) формы договоров. Поэтому зачастую договор проката обладает признаками договора присоединения (ст. 428 ГК). Срок договора проката не может превышать одного года (п. 1 ст. 627 ГК). При этом согласно п. 2 ст. 627 ГК к договору проката не применяются правила о возобновлении договора аренды на неопределенный срок и о преимущественном праве арендатора на возобновление договора аренды.

Несмотря на то, что договор проката является срочной сделкой, арендатор вправе отказаться от договора проката в любое время, письменно предупредив о своем намерении арендодателя не менее чем за десять дней (п. 3 ст. 627). Арендатор, досрочно возвративший имущество, вправе требовать от арендодателя возвращения ему соответствующей части полученной арендной платы, исчисляя ее со дня, следующего за днем фактического возврата имущества (п. 2 ст. 630 ГК). Арендодатель же может требовать досрочного расторжения договора проката только по основаниям, предусмотренным для расторжения договора аренды, заключенного на определенный срок (ст. 619 ГК), с учетом специальных норм о договоре проката.

2. Содержание договора проката

Общая обязанность любого арендодателя предоставить арендатору имущество в состоянии, соответствующем условиям договора и назначению имущества, дополняется в договоре бытового проката рядом дополнительных обязанностей, обусловленных публичным характером этого договора.

Так, арендодатель по договору проката должен в присутствии арендатора проверить исправность сдаваемого в аренду имущества, ознакомить арендатора с правилами его эксплуатации либо передать вместе с имуществом инструкцию о правилах его использования (ст. 628 ГК). Если во время действия договора в имуществе, взятом напрокат, обнаружатся недостатки, полностью или частично препятствующие дальнейшему использованию имущества, то арендодатель обязан в десятидневный срок со дня заявления арендатора о недостатках (если более короткий срок не установлен договором проката) безвозмездно устранить недостатки имущества на месте либо произвести замену данного имущества другим аналогичным имуществом, находящимся в надлежащем состоянии. Если недостатки арендованного имущества явились следствием нарушения арендатором правил эксплуатации и содержания имущества, арендатор оплачивает арендодателю стоимость ремонта и транспортировки имущества (ст. 629 ГК).

На арендодателе лежит обязанность по осуществлению капитального и текущего ремонта имущества, сданного в аренду по договору проката (п. 1 ст. 631).

Обязанность арендатора по внесению арендных платежей может быть осуществлена только в твердой сумме, вносимой периодически или единовременно (п. 1 ст. 630 ГК). Иные формы арендной платы использоваться в бытовом прокате не могут.

Если арендатором допускаются задолженность по арендной плате, она подлежит взысканию в бесспорном порядке по исполнительной надписи нотариуса (п. 3 ст. 630 ГК). В указанном порядке подлежит взысканию только сама задолженность по арендной плате. Требования о пени, процентах за просрочку во внесении арендных платежей, а равно любые иные требования о возмещении убытков, адресованные к арендатору, подлежат удовлетворению лишь в судебном порядке.

Права арендатора по владению и пользованию предметом проката существенно уже, чем в простом договоре аренды. Согласно норме п. 2 ст. 631 ГК сдача в субаренду имущества, предоставленного арендатору по договору проката, передача им своих прав и обязанностей по этому договору другому лицу, предоставление этого имущества в безвозмездное пользование, залог арендных прав и внесение их в качестве имущественного вклада в хозяйственные товарищества и общества или паевого взноса в производственные кооперативы не допускаются.

В тех случаях, когда арендатором по договору бытового проката является гражданин-потребитель, его права защищают также нормы Закона РФ "О защите прав потребителей": о специальных гарантиях качества и безопасности имущества (ст. 4, 7); о повышенной ответственности арендодателя за вред, причиненный вследствие недостатков арендованного имущества, в том числе о возможности возмещения морального ущерба (ст. 13-15), и т. п.

§ 3. Договор аренды транспортных средств

1. Понятие и виды аренды транспортных средств

Выделение договора аренды транспортного средства в качестве отдельного вида договора аренды продиктовано особенностями его предмета - транспортного средства. Нетрудно обнару-

жить, что и ранее в транспортных уставах и кодексах подвергались специальной регламентации отношения, связанные с автомобильным, железнодорожным, воздушным, морским, внутренним водным транспортом. Это объясняется тем, что отдельные транспортные средства, входящие в состав указанных видов транспорта, обладают особыми признаками, имеющими гражданско-правовое значение.

Так, в ст. 32 Воздушного кодекса РФ (далее - ВК)¹ закреплено, что воздушное судно - летательный аппарат, поддерживаемый в атмосфере за счет взаимодействия с воздухом, отличного от взаимодействия с воздухом, отраженным от поверхности земли или воды. В п. 1 ст. 7 Кодекса торгового мореплавания (далее - КТМ)² указано, что под судном понимается самоходное или несамоходное плавучее сооружение, используемое в целях торгового мореплавания. В ст. 14 Устава автомобильного транспорта РСФСР³ (далее - УАТ) дается лишь понятие подвижного состава. Под ним понимаются грузовые автомобили и автомобильные прицепы различной грузоподъемности (бортовые, самосвалы, фургоны, в том числе изотермические, цистерны и др.), автомобили повышенной проходимости, автомобили-тягачи с полуприцепами, автобусы различных типов, а также легковые автомобили, включая таксомоторы. Таким образом, имеются в виду технические устройства, способные к перемещению в пространстве и предназначенные для перевозки грузов, пассажиров, багажа или буксировки объектов.

Если сопоставить нормы ст. 640 и 648 ГК, регламентирующие ответственность за вред, причиненный транспортным средством, взятым в аренду с экипажем или без экипажа, можно обнаружить, что принципы, заложенные в указанных нормах, совпадают с принципами ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, закрепленными в ст. 1079 ГК.

Следовательно, предметом договора аренды транспортных средств являются технические устройства:

1. способные к перемещению в пространстве и предназначенные для перевозки грузов, пассажиров, багажа или буксировки объектов;

б) обладающие свойствами источника повышенной опасности;

1. использование которых регламентируется транспортными уставами и кодексами.

С этих позиций аренда трубопроводного транспорта будет являться не чем иным, как арендой сооружения - вида недвижимо-

1СЗ РФ. 1997. № 12 Ст. 1382.

2РГ. 1997.1-5 мая.

3 СП РСФСР. 1969 № 2-3. Ст. 8; 1969. № 26 Ст. 141; 1974. № 24. Ст. 134.

го имущества, связанного с земельным участком. По второму признаку аренда конной повозки с неизбежностью будет отнесена к аренде движимой вещи, но не к аренде транспортного средства. По этой же причине нельзя будет признать предметом договора аренды транспортных средств велосипед. По третьему признаку к предмету договора аренды транспортных средств нельзя отнести мотоцикл.

Закон регламентирует две разновидности договора аренды транспортного средства:

1) аренда транспортного средства с предоставлением услуг по управлению и технической эксплуатации;

1. аренда транспортного средства без предоставления услуг по управлению и технической эксплуатации.

По отношению к ним общие нормы об аренде применяются в той мере, в какой иное не установлено нормами

§ 3 гл. 34 ГК. Особенности аренды транспортного средства могут быть предусмотрены транспортными уставами и кодексами. Среди действующих транспортных кодексов лишь КТМ содержит специальные нормы, регламентирующие отношения по аренде морских судов, а именно нормы гл. 10, посвященной договору фрахтования судна на время (тайм-чартер), и гл. 11, посвященной договору фрахтования судна без экипажа (бербоут-чартер).

2. Договор аренды транспортного средства с экипажем

По договору аренды (фрахтования на время) транспортного средства с экипажем арендодатель предоставляет арендатору транспортное средство за плату во временное владение и пользование и оказывает своими силами услуги по управлению им и по его

технической эксплуатации (ч. 1 ст. 632 ГК).

Договор аренды транспортного средства с предоставлением услуг по управлению и эксплуатации в ГК является реальным договором. В то же время в морском праве договор фрахтования судна на время (тайм-чартер) рассматривается как консенсуальный договор (ст. 198 КТМ). Модель консенсуального договора фрахтования транспортного средства на время больше соответствует потребностям рыночного оборота.

Форма договора аренды транспортного средства с экипажем является письменной независимо от срока аренды. К аренде транспортных средств с экипажем не применяются правила о государственной регистрации права аренды недвижимого имущества

(ст. 633 ГК), хотя большинство транспортных средств: воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические транспортные средства - являются в силу указания закона (ч. 2 п. 1 ст. 130 ГК) недвижимым имуществом.

Срок в договоре аренды транспортного средства с экипажем регламентируется общими нормами об аренде, за исключением того, что правила о возобновлении договора аренды на неопределенный срок и о преимущественном праве арендатора на заключение договора аренды на новый срок (ст. 621 ГК) к договору аренды транспортного средства с экипажем не применяются. Срок аренды транспортного средства может быть как определенным, так и неопределенным. Однако срок обязательно должен быть указан в тайм-чартере - договоре фрахтования судна на время (ст. 200 КТМ).

Арендодатель обязан предоставить арендатору транспортное средство в состоянии, пригодном для эксплуатации по назначению в соответствии с условиями договора, и укомплектовать транспортное средство экипажем. В п. 1 ст. 203 КТМ указано, что судовладелец обязан привести судно в мореходное состояние к моменту передачи его фрахтователю: принять меры по обеспечению годности судна (его корпуса, двигателя и оборудования) для целей фрахтования, предусмотренных тайм-чартером, по укомплектованию судна экипажем и надлежащему снаряжению судна. В течение срока действия договора арендодатель обязан поддерживать надлежащее состояние сданного в аренду транспортного средства, включая осуществление текущего и капитального ремонта и предоставление необходимых принадлежностей (ст. 634 ГК).

Риск случайной гибели или повреждения арендованного транспортного средства лежит на арендодателе. На арендатора может быть возложена обязанность по возмещению арендодателю причиненных убытков, вызванных гибелью или повреждением арендованного транспортного средства, если арендодатель докажет, что они произошли по обстоятельствам, за которые арендатор отвечает в соответствии с законом или договором аренды.

Состав экипажа транспортного средства и его квалификация должны отвечать обязательным для сторон правилам и условиям договора. Если обязательными для сторон правилами такие требования не установлены, они должны соответствовать требованиям обычной практики эксплуатации транспортного средства данного вида и условиям договора. Экипаж должен быть способным на профессиональном уровне оказать арендатору услуги по управлению и технической эксплуатации транспортного средства, обес-

печивающие его нормальное и безопасное использование. Экипаж помимо указанных услуг должен уметь, если это предусмотрено договором, оказывать арендатору и иные услуги, например услуги по охране груза, пассажиров, погрузке и разгрузке багажа и т. п. Нормальная и безопасная эксплуатация транспортного средства находится в прямой зависимости от действий экипажа, члены которого являются работниками арендодателя. В силу этого именно на арендодателя, если иное не предусмотрено договором, возлагается обязанность страховать транспортное средство и (или) ответственность за ущерб, который может быть причинен в связи с его эксплуатацией в тех случаях, когда такое страхование является обязательным в силу закона или договора (ст. 637 ГК).

Так как члены экипажа являются работниками арендодателя, расходы по оплате их услуг, а также расходы на их содержание несет арендодатель, если иное не

предусмотрено договором (ч. 3 п. 2 ст. 635 ГК). Члены экипажа подчиняются распоряжениям арендодателя, относящимся к управлению и технической эксплуатации, и распоряжениям арендатора, касающимся коммерческой эксплуатации транспортного средства (п 2 ст. 635 ГК, п. 2 ст. 206 КТМ).

Право арендатора отдавать распоряжения, связанные с коммерческой эксплуатацией транспортного средства, позволяет отграничить договор фрахтования транспортного средства на время (как договор аренды) от договора фрахтования (являющегося разновидностью договора перевозки) [ст 787 ГК, ст. 104 ВК (воздушный чартер) и п. 2 ст. 115 КТМ (морской чартер)]. При договоре фрахтования собственник транспортного средства выступает как перевозчик, сохраняющий владение и пользование транспортным средством и самостоятельно осуществляющий его коммерческую эксплуатацию¹. При аренде транспортного средства с экипажем (фрахтовании транспортного средства на время) транспортное средство выбывает из владения и пользования арендодателя, а его владение, пользование и коммерческую эксплуатацию осуществляет арендатор. Именно поэтому, если иное не предусмотрено договором, арендатор несет расходы, возникающие в связи с коммерческой эксплуатацией транспортного средства, в том числе расходы на оплату топлива и других расходуемых в процессе эксплуатации материалов и на оплату сборов (ст. 636 ГК).

¹ Подробнее о различиях между рейсовым чартером - договором фрахтования как видом договора морской перевозки и тайм-чартером - договором фрахтования судна на время см Кейлинад Советское морское право МД954 С 214-227, Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Союза ССР /Под ред А Л Маковского М, 1973 С 224-233 (автор комментария-К И Александрова)

Арендатор в рамках осуществления коммерческой эксплуатации арендованного транспортного средства вправе от своего имени без согласия арендодателя заключать с третьими лицами договоры перевозки и иные договоры, не противоречащие целям использования транспортного средства, указанным в договоре аренды, а если такие цели не установлены - назначению транспортного средства (п. 2 ст. 638 ГК). Согласно ст. 205 КТМ фрахтователь, которому судно представлено для перевозки груза, вправе от своего имени заключать договоры перевозки груза, подписывать чартеры, выдавать коносаменты, морские накладные и иные перевозочные документы.

Исключением из общих правил об аренде является право арендатора без согласия арендодателя сдавать транспортное средство в субаренду при условии, что договором аренды транспортного средства с экипажем не предусмотрено иное (п. 1 ст. 638 ГК). Транспортное средство является источником повышенной опасности. В соответствии со ст. 640 ГК ответственность за вред, причиненный третьим лицам арендованным с экипажем транспортным средством, его механизмами, устройствами и оборудованием, несет арендодатель в соответствии с правилами об обязательствах из причинения вреда. Он вправе предъявить к арендатору регрессное требование о возмещении сумм, выплаченных третьим лицам, если докажет, что вред возник по вине арендатора. Ведь транспортное средство - источник повышенной опасности - в момент причинения вреда фактически находится под управлением работников арендодателя, и именно он (арендодатель) остается юридически ответственным владельцем источника повышенной опасности.

3. Договор аренды транспортного средства без экипажа

По договору аренды транспортного средства без экипажа арендодатель предоставляет арендатору транспортное средство за плату во временное владение и пользование без оказания услуг по управлению им и его технической эксплуатации (ч 1 ст 642 ГК) Рассматриваемый договор является реальным Такое решение также не бесспорно. Известный морскому праву договор фрахтования судна без экипажа (бербоут-чартер), являющийся аналогом договора аренды транспортного средства без экипажа, смоделирован как консенсуальный договор (ст 211 КТМ).

При характеристике договора аренды транспортного средства без экипажа действуют общие положения, относящиеся к форме и сроку договора аренды транспортного средства. Согласно ст. 38 КТМ судно, зарегистрированное в реестре судов иностранного государства, которому вследствие его передачи по договору бер-боут-чартера предоставлено право плавания под Государственным флагом

Российской Федерации, подлежит регистрации в бербоут-чартерном реестре судов Российской Федерации.

Транспортное средство, переданное арендатору по данному договору, управляется и эксплуатируется им по своему усмотрению. Поэтому любые действия отдельных лиц или экипажа, сформированного арендатором, будут рассматриваться как действия самого арендатора. Арендодатель должен предоставить арендатору транспортное средство в состоянии, позволяющем эксплуатировать его в соответствии с назначением транспортного средства и условиями договора. Но обязанность по содержанию транспортного средства здесь возлагается на арендатора (ст. 644 ГК), включая осуществление текущего и капитального ремонта.

Арендатору транспортного средства, арендованного без экипажа, принадлежит право на его коммерческое использование (п. 2 ст. 647 ГК). Арендатор вправе без согласия арендодателя от своего имени заключать с третьими лицами договоры перевозки и иные договоры, если они не противоречат целям использования транспортного средства, указанным в договоре аренды, а если такие цели не установлены - назначению транспортного средства. Одновременно на него возлагается обязанность по несению расходов на содержание арендованного транспортного средства, его страхование, включая страхование своей ответственности, а также расходы, возникающие в связи с его эксплуатацией. Данная обязанность может быть переложена на арендодателя только в порядке согласования соответствующего условия в договоре. Арендатору в этом договоре предоставлено право без согласия арендодателя сдавать арендованное транспортное средство в субаренду на условиях договора аренды транспортного средства с экипажем или без экипажа.

Поскольку лицом, непосредственно управлявшим транспортным средством и эксплуатировавшим его в момент причинения вреда, является арендатор, он и несет ответственность за вред, причиненный третьим лицам транспортным средством, его механизмами, устройствами и оборудованием (ст. 648 ГК).

§ 4. Договор аренды зданий и сооружений

1. Права на земельный участок при аренде строения

Традиционно в российской цивилистике здания и сооружения обозначались термином "строение". При этом под строением понималась и понимается постройка, прочно юридически связанная с земельным участком. Поэтому строение и земельный участок под ним рассматриваются как некий единый строительно-технический и хозяйственно-эксплуатационный объект. Недвижимостью признается и строение, расположенное на земельном участке, находящемся в собственности других лиц. В этом случае земельные участки в соответствии с действующими правовыми нормами становятся вещами-принадлежностями главных вещей - строений. Поэтому договор аренды зданий и сооружений регламентирует как аренду строений, собственники которых являются одновременно собственниками земельных участков, на которых расположены эти строения, так и аренду строений, расположенных на земельных участках, находящихся в собственности других лиц, отличных от собственников строений (п. 3 ст. 652 ГК).

Взаимосвязь прав арендатора здания или сооружения с правами на земельный участок выражена в п. 1 ст. 652 ГК. В нем указано, что по договору аренды здания или сооружения арендатору одновременно с передачей прав владения и пользования такой недвижимостью передаются права на ту часть земельного участка, которая занята этой недвижимостью и необходима для использования:

1. если арендодатель является обладателем ограниченного вещного права или иного, отличного от права собственности права на землю (права аренды, права бессрочного пользования, права пожизненного наследуемого владения и т. п.), то и арендатор здания (сооружения) становится носителем аналогичного права на земельный участок;
2. если арендодатель является собственником земельного участка, на котором находится сдаваемое в аренду здание или сооружение, то арендатору по соглашению сторон предоставляется право аренды или иное право на соответствующую часть земельного участка (п. 2 ст. 652 ГК);
3. если право на соответствующий земельный участок, передаваемое арендатору, в

договоре аренды не определено, к арендатору на срок аренды здания или сооружения переходит право пользования соответствующей частью земельного участка.

Права арендатора здания или сооружения обременяют земельный участок, на котором находится арендованное здание или сооружение, и следуют за земельным участком как в случае его про-

дажи (ст. 653 ГК), так и в тех случаях, когда земельный участок отчуждается иным способом: дарением, передачей в уставный капитал юридического лица и т. п., так как любое право аренды, включая право на аренду здания или сооружения, переходит по праву следования (п. 1 ст. 617 ГК).

2. Понятие договора аренды здания или сооружения

По договору аренды здания или сооружения арендодатель обязуется передать во временное владение и пользование или во временное пользование арендатору здание или сооружение (ст. 650 ГК).

Это вид договора аренды, самостоятельное существование которого обусловлено особенностями правового режима такой недвижимости, как здания и сооружения.

Предметом договора аренды может выступать только здание или сооружение в целом.

Если в аренду сдается часть здания или сооружения, отношения между арендодателем и арендатором должны регламентироваться общими нормами о договоре аренды. Если при аренде части здания или сооружения права арендатора на земельный участок могут определяться только в договоре или не определяться вообще, то при аренде здания или сооружения в целом права арендатора на земельный участок могут определяться не только договором, но и законом (п. 2 ст. 652 ГК).

Предметом договора аренды зданий и сооружений могут быть только нежилые строения. Наем жилых строений (ст. 673 ГК) регламентируется нормами о договоре найма жилого помещения.

В соответствии со ст. 651 ГК договор аренды здания или сооружения должен быть заключен в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами. Несоблюдение формы договора аренды здания или сооружения влечет его недействительность. Договор аренды здания или сооружения, заключенный на срок не менее одного года, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации (п. 2 ст. 651 ГК). Следовательно, договор аренды здания или сооружения, совершенный сроком до одного года, будет считаться заключенным и без государственной регистрации при наличии соответствующей письменной формы. К числу существенных условий рассматриваемого договора относятся условия о предмете аренды и о размере арендной платы.

В соответствии с п. 3 ст. 607 ГК в договоре аренды здания или сооружения должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить, какое здание (сооружение) подлежит передаче арендатору в качестве объекта аренды. При отсутствии этих данных условие о предмете аренды считается несогласованным, а договор - незаключенным. В связи с этим к договору аренды здания или сооружения должны прилагаться документы, идентифицирующие отдельно стоящее здание (сооружение): план земельного участка и (или) план объекта недвижимости с указанием кадастрового номера земельного участка, правами на который обладает арендодатель - собственник здания (сооружения). На каждое здание и сооружение имеются технические паспорта с их планами и с указанием целевого назначения этих объектов.

Предмет договора аренды здания или сооружения должен совпадать со зданием или сооружением как объектом государственной регистрации недвижимого имущества¹. Но государственной регистрации в качестве самостоятельных объектов недвижимости могут быть подвергнуты здания и сооружения, играющие второстепенную, обслуживающую роль по отношению к главенствующим по назначению зданиям или сооружениям. Вследствие этого такие здания и сооружения, зарегистрированные в качестве самостоятельных объектов недвижимости, но не указанные в качестве предмета договора, не могут рассматриваться как принадлежности вещи. Норма ст. 135 ГК здесь неприменима.

В соответствии с п. 1 ст. 654 ГК 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 п. 3 ст. 424 ГК, не применяются. Установленная в договоре аренды здания или сооружения плата за пользование зданием или сооружением включает плату за пользование земельным участком, на котором оно расположено, или соответствующей частью участка, передаваемой вместе с ним. Это правило может быть изменено соглашением сторон или предписанием закона (п. 2 ст. 654 ГК). Способы определения размера арендной платы могут быть различными. Но в тех 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 фактически-

1 См п 24-36 Правил ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, утвержденных постановлением Правительства РФ от 18 февраля 1998 г, и приложение № 1 к ним //СЗ РФ 1998 № 8 Ст 963

го размера переданного арендатору здания или сооружения (п. 3 ст. 654 ГК).

3. Исполнение договора аренды здания или сооружения

Передача здания (сооружения) арендодателем и принятие его арендатором должны осуществляться по передаточному акту или иному документу о передаче, подписываемому сторонами (ч. 1 п. 1 ст. 655 ГК). Передаточный акт или иной документ о передаче требуется на практике в качестве обязательного для регистрации права аренды и, соответственно, договора аренды. Необходимость исполнения обязательства по передаче здания (сооружения) в аренду с обязательным оформлением передаточного акта или иного документа о передаче вытекает также из указания ч. 3 п. 1 ст. 655 ГК. Согласно этой норме уклонение одной из сторон от подписания документа о передаче здания (сооружения) на условиях, предусмотренных договором, считается отказом соответственно арендодателя от исполнения обязанности передать имущество, а арендатора - от обязанности принять имущество.

Подписание сторонами передаточного акта или иного документа о передаче наряду с фактической передачей здания (сооружения) является обязательным условием, позволяющим говорить о надлежащем исполнении обязательства по передаче и приему здания (сооружения) в аренду. Вместе с тем в случаях, предусмотренных договором или законом, это обязательство будет считаться надлежаще исполненным только при наступлении дополнительных фактов (ч. 2 п. 1 ст. 655 ГК). Например, стороны могут ввести в договор условие, согласно которому обязательство арендодателя по передаче здания (сооружения) будет считаться исполненным только тогда, когда он:

а) подпишет передаточный акт;

б) фактически передаст здание (сооружение),

1. оплатит расходы по государственной регистрации перехода права аренды и т п
При передаче сложных в инженерно-техническом отношении зданий (сооружений) стороны могут договориться о том, что обязательным условием надлежащего исполнения обязательства по передаче является проведение продавцом за свой счет силами специализированной организации контрольных и проверочных мероприятий на предмет определения качественного состояния здания (сооружения), инженерных коммуникаций, информационных сетей и т п., обслуживающих данное здание (сооружение).

При прекращении договора арендованное здание или сооружение должно быть возвращено арендодателю в порядке, аналогичном порядку передачи здания или сооружения арендатору. Иными словами, необходимо составление и подписание акта передачи или иного документа о передаче, а возможны и дополнительные действия по проверке качественного состояния зданий и сооружений и т. п. Отказ какой-либо стороны от подписания акта передачи или иного документа, свидетельствующего о возврате здания или сооружения, будет рассматриваться как отказ от исполнения обязательств по возврату предмета аренды.

1. 5. Договор аренды предприятия

1. Понятие договора аренды предприятия

По договору аренды предприятия в целом как имущественного комплекса, используемого для осуществления предпринимательской деятельности, арендодатель

обязуется предоставить арендатору за плату во временное владение и пользование земельные участки, здания, сооружения, оборудование и другие входящие в состав предприятия основные средства, передать в порядке, на условиях и в пределах, определяемых договором, запасы сырья, топлива, материалов и иные оборотные средства, права пользования землей, водой и другими природными ресурсами, зданиями, сооружениями и оборудованием, иные имущественные права арендодателя, связанные с предприятием, права на обозначения, индивидуализирующие деятельность предприятия, и другие исключительные права, а также уступить ему право требования и перевести на него долги, относящиеся к предприятию (п. 1 ст. 656 ГК).

Предметом договора аренды является предприятие в целом, т. е. имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности. Промышленное или торговое предприятие, как давно было замечено, не телесная вещь и не совокупность вещей. Не будучи в то же время и каким-либо единым правом, оно представляет собой хозяйственное единство ряда имущественных, правовых и фактических ценностей. Их связанность превращает предприятие в возможный объект отчуждения и делает возможным его аренду как некоего замкнутого, способного к принесению доходов хозяйственного целого¹. Иначе говоря, аренда предприятия есть не что иное, как аренда живого предпринимательского дела - бизнеса². Договор аренды предприятия имеет своей целью, во-первых, получение арендатором в пользование материальных ценностей, составляющих основные фонды предприятия, включая земельные участки, здания, сооружения оборудование и т. п., а также материальных ценностей, относящихся к оборотным средствам предприятия: запасов сырья, материалов, топлива и т. п. Во-вторых, приобретение арендатором возможности осуществления имущественных прав и исполнения обязанностей, принадлежавших арендодателю³. Так, арендатору предприятия могут передаваться принадлежащие арендодателю права владения и пользования землей, водой и иными природными ресурсами, зданиями, сооружениями и оборудованием, транспортными средствами, являющимися собственностью третьих лиц, но находящимися у арендодателя в пользовании на основании договора или на другом законном основании. На арендатора предприятия также переводятся права требования и долги, входящие в состав арендуемого предприятия (ст. 657 ГК). В-третьих, получение арендатором права на использование исключительных прав арендодателя (интеллектуальной собственности) на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ и услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т. п.). И наконец, в-четвертых, получение в пользование таких нематериальных активов, как репутация (деловой репутации) предприятия и его клиентелы.

Состав имущественных и неимущественных активов, передаваемых арендодателем арендатору по договору аренды предприятия, позволяет говорить о нем как о смешанном договоре (п. 3 ст. 421 ГК). В нем имеют место:

1. элементы классического договора аренды (передача в составе основных фондов предприятия и индивидуально-определенных непотребляемых вещей: зданий, сооружений, земельных участков, оборудования);

1 См Флейшиц Е А Указ соч С 52

2 О предприятии как бизнесе см

§ 5 гл 31 настоящего учебника

3 Подобное правовое явление в юридической литературе часто называют "своеобразной юридической фигурой" - арендой права, иначе говоря, основанной на договоре возмездным временным осуществлением чужого права (см Флейшиц Е А Указ соч С 52)

1. элементы договора займа (передача в составе предприятия оборотных средств: сырья, материалов, денежных средств и т. п. - вещей, определяемых родовыми признаками),

2. элементы договора цессии и перевода долга (перевод на арендатора прав требования и долгов арендодателя);

3. элементы договора коммерческой концессии - франчайзинга (предоставление

арендатору права пользования исключительными правами и другими объектами интеллектуальной собственности).

Сказанное означает, что к отношениям, возникающим на основе договора аренды предприятия, применимы в субсидиарном порядке нормы о вышеперечисленных договорах - займа, цессии и перевода долга, коммерческой концессии (франчайзинга).

Перечисленные нормы должны применяться наряду с нормами § 5 гл. 34 ГК, напрямую посвященными аренде предприятия. При этом необходимо учитывать, что в соответствии с п. 2 ст. 650 ГК к аренде предприятия применяются нормы об аренде зданий и сооружений, если иное не предусмотрено правилами об аренде предприятия. Общие нормы об аренде применяются к аренде предприятия в части, не противоречащей предписаниям норм об аренде предприятия и об аренде зданий и сооружений.

Арендодателями предприятия могут быть его собственники - юридические лица и граждане-предприниматели. При аренде имущества унитарного государственного или муниципального предприятия арендодателем может быть только орган Мингосимущества РФ и соответствующий уполномоченный орган по управлению муниципальным имуществом, но не само унитарное предприятие как юридическое лицо. Унитарное предприятие создается и существует как юридическое лицо, наделенное в силу указания закона (п. 1 ст. 113 ГК) специальной правосубъектностью. При передаче в аренду предприятия как имущественного комплекса оно как юридическое лицо лишается имущества, служившего базой его специальной правосубъектности. Вследствие этого в случае сдачи в аренду предприятия как имущественного комплекса унитарное предприятие, владевшее им как юридическое лицо, должно быть ликвидировано или преобразовано по решению собственника - государства, муниципии (п. 1 ст. 295 ГК). Арендаторами предприятия могут быть субъекты, имеющие в соответствии с действующим законодательством право на осуществление коммерческой (предпринимательской) деятельности, так как аренда предприятия преследует предпринимательские цели.

2. Содержание договора аренды предприятия

Рассматриваемый договор является взаимным (двусторонним) и возмездным. В силу этого стороны имеют друг перед другом ряд корреспондирующих прав и обязанностей. Основная обязанность арендодателя - предоставить арендатору предприятие в состоянии, соответствующем условиям договора и дающем арендатору возможность достижения коммерческих целей, ради которых он приобретает его в пользование.

Содержание рассматриваемой обязанности определяется предписаниями ст. 611 ГК и особенностями предприятия как имущественного комплекса. Надлежащее состояние предприятия, соответствующее условиям договора, есть результат надлежащего состояния его материальных элементов, действительности принадлежащих ему имущественных и исключительных прав и недискредитированного репутации.

Основное право арендодателя - это возможность получения арендных платежей.

Определение размера арендных платежей обязательно, так как в силу п. 2 ст. 650 и п. 1 ст. 654 ГК условие об арендных платежах является здесь существенным. Поэтому при отсутствии согласованного сторонами в письменной форме условия о размере арендной платы договор аренды предприятия считается незаключенным, а правила определения цены, предусмотренные п. 3 ст. 424 ГК, не применяются. Определение размера арендной платы - это экономическая операция, лежащая в плоскости оценочной деятельности, основанной на общей теории оценки недвижимости и, в частности, на теории оценки бизнеса¹. В договоре аренды предприятия могут использоваться любые формы платежа наряду с предусмотренными в ст. 614 ГК. Арендатору предоставляются широкие полномочия по использованию имущества арендованного предприятия. В соответствии со ст. 660 ГК, если иное не предусмотрено договором, арендатор вправе без согласия арендодателя продавать, обменивать, предоставлять во временное пользование либо займы материальные ценности, входящие в состав имущества арендованного предприятия, сдавать их в субаренду и передавать свои права и обязанности по договору аренды в отношении таких ценностей другому лицу при условии, что это не влечет уменьшения стоимости предприятия и не нарушает других положений договора аренды предприятия.

Указанный порядок не применяется в отношении земли и других природных ресурсов, а также в иных случаях, предусмотренных законом. Арендатор, если иное не предусмотрено договором, вправе

1 Подробнее об этом см Харрисон Генри С Указ соч

без согласия арендодателя вносить изменения в состав арендованного имущественного комплекса, проводить его реконструкцию, расширение, техническое перевооружение, увеличивающее его стоимость.

Главное в содержании прав арендатора - это возможность распоряжения имуществом, переданным ему в составе арендованного предприятия. Пределы указанного права распоряжения ограничиваются необходимостью сохранения арендатором стоимости предприятия и соблюдения ограничений, предусмотренных в договоре. Поэтому право аренды предприятия по своей юридической сути является правом на предпринимательское использование имущественного комплекса, именуемого предприятием.

Полномочия арендатора предприятия могут быть ограничены в договоре, например, условием о невозможности отчуждения недвижимого имущества, входящего в состав арендуемого предприятия. Зачастую арендатор предприятия, получивший право использования исключительных прав и деловой репутации арендодателя, начинает выпускать продукцию, однородную продукции, выпускаемой арендодателем. В связи с этим стороны в договоре аренды предприятия могут оговорить условия, ограничивающие права сторон, по аналогии с ограничениями прав сторон по договору коммерческой концессии (ст. 1033 ГК). В частности, стороны могут предусмотреть, что арендатор предприятия не будет конкурировать с арендодателем - обладателем исключительных прав на определенной территории, будет согласовывать места расположения коммерческих помещений, используемых им для сбыта продукции, аналогичной продукции, выпускаемой арендодателем. К договору аренды предприятия в силу его смешанной природы применимы нормы о договоре коммерческой концессии. Поэтому арендодатель должен оговорить в договоре, несет он или не несет субсидиарную ответственность по требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых арендатором с использованием исключительных прав, переданных арендодателем, и т. п. (п. 3 ст. 421, ст. 1034 ГК).

Арендатор предприятия обладает полномочиями по внесению улучшений в арендованное предприятие. При этом права арендатора предприятия на получение возмещения за произведенные улучшения значительно шире, чем у арендаторов иного имущества (см. ст. 623 ГК). В соответствии со ст. 662 ГК арендатор предприятия имеет право на возмещение ему стоимости неотделимых улучшений арендованного имущества независимо от разрешения арендодателя на такие улучшения, если иное не предусмотрено

договором аренды предприятия. Арендодатель может быть освобожден судом от обязанности возмещения стоимости таких улучшений, если докажет, что издержки арендатора на эти улучшения увеличивают стоимость арендованного имущества несоразмерно улучшению его качества и (или) эксплуатационных свойств или что при осуществлении таких улучшений были нарушены принципы добросовестности и разумности.

(

Под улучшением арендованного предприятия понимается I
лишь качественное изменение его вещественных элемен- I

тов или их приращение щ

Увеличение доходности предприятия, достигнутое арендатором за счет коренных изменений в принципах руководства им, улучшение имиджа фирмы, поднятие деловой репутации предприятия на рынке могут считаться улучшениями в арендованном предприятии при условии, что возможность этого предусмотрена договором.

Арендатор предприятия обязан выплачивать арендодателю арендную плату. Помимо указанной обязанности на арендатора предприятия возлагаются обязанности по содержанию предприятия, оплате расходов на его эксплуатацию и по возврату арендованного предприятия. Согласно ст. 661 ГК арендатор предприятия обязан в течение всего срока действия договора поддерживать предприятие в надлежащем

техническом состоянии, в том числе осуществлять его текущий и капитальный ремонт (имея в виду ремонт индивидуально-определенных вещей, входящих в состав предприятия)

Обязанность арендатора по поддержанию предприятия в течение всего срока аренды в надлежащем техническом состоянии означает также сохранение функциональной целостности предприятия, способности его к функционированию выпуску продукции, оказанию услуг Проведение текущего и капитального ремонта вещественных элементов предприятия является лишь одним из способов исполнения указанной обязанности Для сохранения надлежащего технического состояния арендуемого предприятия большое значение имеет деятельность арендатора по обновлению оборудования и технологий.

3. Заключение и оформление договора аренды предприятия

Перед заключением данного договора стороны должны совершить обязательные предварительные действия по удостоверению состава передаваемого предприятия, аудиторскую проверку На их основании сторонами до подписания договора аренды предприятия должны быть составлены и рассмотрены акт инвентаризации, бухгалтерский баланс, заключение независимого аудитора о составе и стоимости предприятия, а также перечень долгов (обязательств), включаемых в состав предприятия, с указанием кредиторов, характера, размера и сроков их требований, определение размера арендной платы.

Удостоверение состава продаваемого предприятия есть не что иное, как его полная инвентаризация В ходе инвентаризации, во-первых, проверяется фактическое наличие числящихся на балансе ценностей (материальных и нематериальных активов) предприятия, их сохранность, описание основных признаков и определение текущего состояния; во-вторых, оценка состава предприятия. Инвентаризация должна проводиться в соответствии с установленными правилами¹. Инвентаризация является одним из оснований для определения размера арендной платы.

Акт инвентаризации дополняется заключением независимого аудитора о составе и финансовом состоянии предприятия. Цель внешней аудиторской проверки² двояка: во-первых, проверка соответствия (достоверности) финансовой отчетности установленным критериям³, во-вторых, проверка законности совершенных хозяйственных операций⁴. Аудиторская проверка подтверждает достоверность бухгалтерского баланса предприятия. При заключении договора аренды предприятия необходимо руководствоваться бухгалтерским балансом, принятым налоговыми органами.

Распределение обязанностей и расходов по проведению инвентаризации и аудиторской проверки должно основываться на соглашении сторон⁵

¹ В настоящее время действуют Методические указания по инвентаризации имущества и финансовых обязательств, утвержденные приказом Министерства финансов РФ от 13 июня 1995 г № 49 (ЭГ 1995 № 5)

² Подробнее о целях, способах и формах аудита см Аудит Сборник методических указаний

³ Основные критерии (система показателей) деятельности экономических субъектов, по которым их бухгалтерская (финансовая) отчетность подлежит обязательной ежегодной аудиторской проверке, утверждены постановлением Правительства РФ от 7 декабря 1994 г №1355(СЗРФ 1994 №33 Ст 3451)

⁴ См п 5 Временных правил аудиторской деятельности в Российской Федерации, утвержденных Указом Президента РФ от 22 декабря 1993 г № 2263 //САПП РФ 1993 № 52 Ст 5069

⁵ Подробнее о порядке инвентаризации предприятия, его аудиторской проверке и оценке см §5гл 31 настоящего учебника

В соответствии с п. 1 ст. 658 ГК договор аренды предприятия должен быть заключен в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (п 2 ст. 434). При этом несоблюдение формы договора аренды предприятия влечет его недействительность (п. 3 ст. 658 ГК).

Договор аренды предприятия как сделка с недвижимым имуществом подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации.

Порядок регистрации договора аренды предприятия определен ст. 22 Закона РФ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним".

4. Исполнение и прекращение договора аренды предприятия

Передача арендованного предприятия от арендодателя арендатору осуществляется по передаточному акту (ст. 659 ГК). Из существа самой сделки вытекает, что к передаточному акту обязательно должны быть приложены акт инвентаризации, бухгалтерский баланс, заключение независимого аудитора о составе и стоимости предприятия, а также перечень долгов (обязательств), включаемых в состав предприятия, с указанием кредиторов, характера, размера и сроков их требований. Подготовка предприятия к передаче, включая составление и представление на подписание передаточного акта, является обязанностью арендодателя и осуществляется за его счет, если иное не предусмотрено договором аренды предприятия (ст. 659 ГК).

Передача предприятия в аренду считается свершившейся только после подписания передаточного акта арендатором и арендодателем

Помимо передаточного акта стороны договора аренды предприятия должны в надлежащем порядке оформить передачу целого ряда отдельных элементов, составляющих предприятие как имущественный комплекс. Вследствие этого передача предприятия должна носить комплексный характер. Изложенное относительно комплексного отчуждения предприятия при характеристике договора его продажи справедливо и для договора его аренды. По точному смыслу действующего закона (п. 1 ст. 656 ГК) по правилам договора об аренде предприятия возможна передача в аренду только предприятия в целом.

Передача в составе арендованного предприятия недвижимого имущества должна оформляться соответствующими документами о передаче конкретного объекта недвижимости в аренду. В соответствии с п. 2 ст. 22 Закона "О государственной регистрации прав

на недвижимое имущество и сделок с ним" зарегистрированное право аренды предприятия является основанием для внесения записей о праве на каждый объект недвижимого имущества, входящий в состав данного предприятия, в Единый государственный реестр прав в месте нахождения этого объекта.

Передача в составе арендуемого предприятия исключительных прав (интеллектуальной собственности) потребует оформления соответствующих лицензионных соглашений и иных договоров с их последующей государственной регистрацией. Именно в указанных соглашениях должны определяться пределы прав арендатора предприятия по использованию исключительных прав, входящих в состав предприятия.

Перевод долгов, входящих в состав арендуемого предприятия, осуществляется с соблюдением прав кредиторов, определенных в ст. 657 ГК. При аренде предприятия кредиторы по обязательствам, включенным в состав предприятия, должны быть письменно уведомлены арендодателем о передаче предприятия в аренду до его передачи арендатору. Кредитор, который письменно не сообщил арендодателю о своем согласии на перевод долга, вправе в течение трех месяцев со дня получения уведомления о передаче предприятия в аренду потребовать прекращения или досрочного исполнения обязательства и возмещения причиненных этим убытков. Кредитор, который не был уведомлен о передаче предприятия в аренду, может предъявить иск о прекращении или досрочном исполнении обязательства и возмещении причиненных этим убытков в течение года со дня, когда он узнал или должен был узнать о передаче предприятия в аренду

После передачи предприятия в аренду арендодатель и арендатор несут солидарную ответственность по включенным в состав переданного предприятия долгам, которые были переведены на арендатора без согласия кредитора¹

По общему правилу права и обязанности арендодателя по отношению к его работникам при сдаче предприятия в аренду переходят к арендатору в порядке, установленном для перехода таких прав и обязанностей в случае реорганизации юридического лица (см п. 1 ст. 33 и 34 КЗОТ).

В соответствии со ст. 664 ГК при прекращении договора аренды предприятия арендованный имущественный комплекс должен быть возвращен арендодателю.

Возврат предприятия арендатором арендодателю требует совершения ряда специальных действий

1 Аналогично правилам ст 562 ГК См

§ 5 гл 31 настоящего учебника

Переданные арендатору арендодателем права владения и пользования находящимся в собственности других лиц имуществом, в том числе землей и другими природными ресурсами, должны быть переведены на арендодателя в порядке, предусмотренном законом или иными правовыми актами (п. 1 ст. 656 ГК). До передачи возвращаемого предприятия арендодателю кредиторы по обязательствам, входящим в состав предприятия, должны быть уведомлены арендатором о возврате предприятия арендодателю. При этом права кредиторов регламентируются нормами ст. 657 ГК. Арендатор, если иное не предусмотрено договором, также обязан совершить действия по подготовке предприятия к передаче арендодателю, включая составление и представление на подписание передаточного акта.

Аренда предприятия связана со множеством социальных проблем, в том числе с проблемами лиц, работающих на данном предприятии, монополизацией рынка товаров и услуг и т. п. В связи с этим правила гражданского законодательства о последствиях недействительности сделок и об изменении или о расторжении договора, предусматривающие возврат или взыскание в натуре полученного по договору с одной стороны или с обеих сторон, применяются к договору аренды предприятия, если такие последствия не нарушают существенно права и охраняемые законом интересы кредиторов арендодателя и арендатора, других лиц и не противоречат общественным интересам (ст. 663 ГК).

§ 6. Договор финансовой аренды (лизинга)

1. Понятие финансовой аренды (лизинга)

В основе простых арендных отношений лежит акт передачи вещи в аренду, который является актом распоряжения вещью с целью получения прибыли. В отличие от этого лизинг¹ является порождением иной экономической ситуации. Субъект, которому необходимо получить в пользование определенное имущество, находит его на рынке и обращается к другому субъекту, обладающему финансовыми средствами, с просьбой купить необходимое ему имущество у выбранного им производителя и передать его ему во временное пользование, оговаривая при этом, что, так как

1 Термин "лизинг" (от англ. lease - брать и сдавать имущество во временное пользование) связывают с операциями американской телекомпании "Белл Телефон Компани", руководство которой в 1877 г. приняло решение не продавать свои телефонные автоматы, а сдавать в аренду (см.: Шпитлер Х.Й. Практический лизинг. М., 1991 С. 7 и след.).

имущество и продавец выбраны им, покупатель не будет нести ответственность за качество купленного имущества и за действия продавца. В такой ситуации для покупателя имущества первостепенное значение приобретают сам акт распоряжения финансовыми средствами как форма инвестирования и его целесообразность по сравнению с иными формами инвестирования. Для будущего пользователя (арендатора) покупаемого имущества, взвалившего на себя груз возможных проблем в отношениях с продавцом, акт оплаты выбранного им имущества представляется финансовой услугой¹.

Здесь отношения по возмездному приобретению имущества в собственность взаимодействуют с отношениями по передаче этого же имущества во временное пользование. Для целостного урегулирования данной системы имущественных отношений необходима взаимосвязь собственно договора лизинга - договора о передаче купленного имущества в пользование, и договора купли-продажи имущества, подлежащего передаче по договору лизинга². В сложных лизинговых операциях, включающих действия субъектов по привлечению финансовых ресурсов, оказанию агентских услуг, обеспечению взаимных гарантий, эта система имущественных отношений еще более усложняется, ибо здесь необходимо использование элементов иных договорных форм: кредитных, агентских и т. п. Поэтому попытки определить юридическую природу лизинга с помощью уже известных правовых институтов

аренды, продажи в рассрочку, займа, поручения и т. п. неизбежно приводят к тому, что какая-то часть отношений участников лизинговой сделки остается без должной правовой квалификации, так как содержит признаки, не присущие этим институтам³. В кодифицированном гражданском законодательстве России договор финансовой аренды (лизинга) впервые получил закрепление в нормах

§ 6 гл. 34 ГК и тем самым был отнесен к разновидности договора аренды. Поэтому общие нормы о договоре аренды применяются и к договору лизинга, если иное не установлено в

1 См.: Чекмарева Е. Н. Лизинговый бизнес. М., 1994. С. 28. Поэтому лизинг отнесен в ст 5 Закона РФ "О банках и банковской деятельности" к разновидности банковских операций.

2 Поэтому под лизингом понимают имущественные отношения, при которых одна организация (пользователь) обращается к другой (лизинговой компании) с просьбой приобрести необходимое оборудование и передать его ей во временное пользование (см.: Кабатова Е.В. Лизинг- правовое регулирование, практика. М., 1997. С. 18).

3 Не случайно в юридической литературе правовая природа и сущность договора финансовой аренды (лизинга) являются предметом долголетних дискуссий. Их изложение и критический анализ см/ Кабатова Е.В. Указ. соч. С 32-54.

нормах

§ 6 гл. 34 ГК. Отношения, возникающие по поводу финансовой аренды, регулируются также нормами специального Федерального закона "О лизинге"¹ и многочисленными подзаконными нормативными актами.

Лизинг имеет широкое распространение в международной коммерческой практике. Его регулированию посвящена Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге, подписанная в Оттаве 28 мая 1988 г., участницей которой является Россия².

Отнесение российским законодателем договора финансовой аренды (лизинга) к разновидности договора аренды является практической реализацией положения Конвенции УНИДРУА о том, что правовые нормы, регулирующие традиционный договор аренды, нуждаются в адаптации к самостоятельным трехсторонним отношениям, возникающим из сделки финансового лизинга. В результате такой адаптации в ГК создана конструкция договора финансовой аренды (лизинга) как разновидности договора аренды.

Лизинговые операции рассматриваются государством как действенная форма инвестиций в экономику. Поэтому участникам лизинговых отношений, как правило, предоставляются значительные льготы, в том числе и налоговые. Вследствие этого весьма реальны различные злоупотребления в виде попыток использовать термин "лизинг" для прикрытия сходных сделок с целью получения дополнительной прибыли, обусловленной налоговыми льготами. Поэтому законодательные акты, регулирующие лизинговые отношения, закрепляют критерии разграничения действительного лизинга от мнимого. Такая норма имеется, например, в Федеральном законе "О лизинге". В п. 1 ст. 16 этого Закона записано, что договор квалифицируется как договор лизинга, если он содержит указания на наличие инвестирования денежных средств в предмет лизинга и наличие передачи предмета лизинга лизингополучателю. Очевидно, что критериев, содержащихся в ст. 16 Федерального закона "О лизинге", явно недостаточно для отграничения действительного лизинга от мнимого. При решении данного вопроса необходимо использовать в системе все обязательные признаки договора лизинга, содержащиеся в ст. 665-670 ГК.

1 СЗ РФ. 1998 № 44 Ст 5394 Критический анализ Федерального закона "О лизинге" дан В В Витрянским См Витрянский ВВ Договор финансовой аренды (лизинга)//О лизинге Документы и комментарий М,1999 С 47-96

2 Федеральный закон от 8 февраля 1998 г "О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге" //СЗ РФ 1998 № 7 Ст 787

2. Понятие и содержание договора финансовой аренды (лизинга)

По договору финансовой аренды (договору лизинга) арендодатель обязуется приобрести в собственность указанное арендатором имущество у определенного им продавца и предоставить арендатору это имущество за плату во временное владение и

пользование для предпринимательских целей (ст. 665 ГК).

Договор лизинга является двусторонним, взаимным, консенсу-альным, возмездным. Стороны договора лизинга: арендодатель (лицо, приобретающее в собственность указанное арендатором имущество у определенного продавца и предоставляющее имущество во владение и пользование по договору лизинга) и арендатор (лицо, владеющее и пользующееся лизинговым имуществом). Арендодатель и арендатор в договоре лизинга во многих литературных источниках и правовых актах именуется соответственно лизингодателем и лизингополучателем.

В соответствии с нормой ст. 665 ГК договор лизинга может преследовать только предпринимательские цели. Поэтому сторонами в договоре лизинга могут быть лишь субъекты, обладающие правом на осуществление коммерческой деятельности, в том числе и некоммерческие юридические лица, когда коммерческая деятельность разрешена им законом (например, учреждения, в силу п. 2 ст. 298 ГК).

В качестве арендодателей (лизингодателей) чаще всего выступают субъекты, располагающие большими финансовыми ресурсами или имеющие доступ к таким ресурсам:

- лизинговые структуры, созданные непосредственно в банках;
- универсальные лизинговые компании, создаваемые банками;
- 1. специализированные лизинговые компании, создаваемые крупными производителями машин и оборудования.

Деятельность по оказанию лизинговых услуг является лицензируемой (ст. 5, 6 Федерального закона "О лизинге")¹.

1 См Положение о лицензировании лизинговой деятельности в Российской Федерации, утвержденное постановлением Правительства РФ от 26 февраля 1996 г № 167 (СЗ РФ 1996 № 10 Ст 829) Приведенное положение применяется в части, не противоречащей Федеральному закону от 16 сентября 1998 г "О лицензировании отдельных видов деятельности" (СЗ РФ 1998 № 39 Ст 4857) Следует иметь в виду, что коммерческие банки как юридические лица, обладающие специальной правоспособностью, вправе совершать лизинговые операции без получения специальных лицензий в силу прямого предписания закона, определяющего границы такой правоспособности (ст 5 Закона РФ "О банках и банковской деятельности")

Форма договора финансовой аренды, как всякой предпринимательской сделки, должна быть письменной (п. 1 ст. 160 ГК). Договор лизинга недвижимого имущества подлежит регистрации по правилам о регистрации договоров аренды (п. 2 ст. 609 ГК). Договор лизинга, предусматривающий переход в дальнейшем права собственности на это имущество к лизингополучателю, заключается в форме, предусмотренной для договора купли-продажи такого имущества (п. 3 ст. 609 ГК).

Срок договора финансовой аренды определяется по усмотрению сторон в соответствии с правилами ст. 610 ГК. В зависимости от сроков, на которые передается в пользование предмет лизинга, лизинг подразделяется на долгосрочный (от трех лет и более), среднесрочный (от полутора до трех лет) и краткосрочный (до полутора лет) (п. 2 ст. 7 Федерального закона "О лизинге").

Из легального определения договора финансовой аренды, данного в ст. 665 ГК, можно сделать вывод, что существенными условиями договора лизинга являются условия о предмете лизинга, о продавце предмета лизинга, а также условия об исключительно предпринимательской цели использования предмета аренды¹. Условие о предмете лизинга отнесено к числу существенных непосредственно законом (п. 3 ст. 607 ГК). Условия о продавце предмета лизинга, а также условия об исключительно предпринимательской цели использования предмета аренды должны оцениваться в качестве существенных, как необходимые для договора лизинга в силу его сущности (п. 1 ст. 432 ГК).

Одним из главных юридических признаков, отличающих договор лизинга от иных разновидностей договора аренды, согласно закону является обязанность арендодателя купить указанный арендатором предмет лизинга у продавца, определенного арендатором (ст. 665 ГК). Вместе с тем в законе указано, что договором финансовой аренды может быть предусмотрено, что выбор продавца и приобретаемого имущества осуществляется арендодателем (абз. 2 ст. 665 ГК). В связи с этим любое соглашение об

аренде, в котором будет отсутствовать условие о продавце имущества, подлежащего передаче арендатору, нельзя квалифицировать как договор лизинга. Необходимость обязательного согласования в договоре лизинга условия о продавце не превращает договор лизинга в трехстороннюю сделку. Как будет показано ниже, стороны в договоре лизинга находятся с продавцом предмета лизинга в различных от-

1 В некоторых странах, например в Германии, договор лизинга может использоваться субъектами не только для предпринимательских целей, но и для личных нужд (см.: ШпитлерХЙ. Указ. соч.. С. 18).

ношениях, основанных на договоре купли-продажи предмета лизинга, а не на договоре лизинга.

Предпринимательская цель - это квалифицирующий признак договора лизинга.

Поэтому если она не оговорена в договоре и арендатор владеет и пользуется имуществом в личных целях, не связанных с предпринимательской деятельностью, то договор лишается специфических лизинговых черт и превращается в простой договор аренды.

Договор лизинга всегда регламентирует сложные отношения. В силу этого при его заключении сторонам необходимо согласовать весьма многочисленные и разнообразные условия, такие как:

- объем правомочий пользователя (арендатора)1;
- место и порядок передачи предмета лизинга;
- порядок балансового учета предмета лизинга;
- порядок содержания и ремонта предмета лизинга;
- перечень дополнительных услуг, предоставляемых лизингодателем;
- общая сумма договора лизинга и размера вознаграждения лизингодателя;
- порядок расчетов (график платежей);
- порядок страхования предмета лизинга и т. д.

3. Исполнение договора лизинга

Исполнение обязательств, вытекающих из договора финансовой аренды, неразрывно связано с договором купли-продажи предмета лизинга. На момент заключения договора арендодатель (лизингодатель) не имеет в собственности предмета лизинга. Предмет лизинга, как и его продавец, выбирается арендатором (лизингополучателем). Арендодатель (лизингодатель) на основе договора купли-продажи приобретает предмет лизинга, выбранный арендатором (лизингополучателем). При этом он обязан уведомить продавца о том, что имущество предназначено для передачи его в аренду определенному лицу (ст. 667 ГК).

Указание лица, которому передается в аренду предмет лизинга, чрезвычайно важно, ибо арендатору (лизингополучателю) в силу непосредственного указания закона переходят права требования по договору купли-продажи. В соответствии с п. 1 ст. 670 ГК

1 В тексте Федерального закона "О лизинге" (п. 4 ст. 15) говорится об объеме передаваемых прав собственности. Нелепость этого правового предписания с точки зрения континентального права очевидна. К тому же Закон говорит не о существенных условиях договора лизинга, а о "существенных положениях" договора лизинга. Приведенные юридические несуразицы - наглядное подтверждение низкого уровня правовой культуры современного законодателя.

арендатор вправе предъявлять непосредственно продавцу имущества, являющегося предметом договора финансовой аренды, требования, вытекающие из договора купли-продажи, заключенного между продавцом и арендодателем (в частности, в отношении качества и комплектности имущества, сроков его поставки и в других случаях ненадлежащего исполнения обязательства продавцом). При этом арендатор имеет права и несет обязанности, предусмотренные ГК для покупателя (кроме обязанности оплатить приобретенное имущество), как если бы он был стороной договора купли-продажи указанного имущества. Арендатор также не может расторгнуть договор купли-продажи с продавцом без согласия арендодателя. В отношениях с продавцом арендатор и арендодатель выступают как солидарные кредиторы (п. 1 ст. 670 ГК).

Если иное не предусмотрено договором финансовой аренды, арендодатель не отвечает

перед арендатором за выполнение продавцом требований, вытекающих из договора купли-продажи, кроме случаев, когда на нем лежит ответственность за выбор продавца. В последнем случае арендатор вправе по своему выбору предъявлять требования, вытекающие из договора купли-продажи, как непосредственно продавцу имущества, так и арендодателю, которые несут перед ним солидарную ответственность (п. 2 ст. 670 ГК).

Конкретные формы использования арендатором (лизингополучателем) перешедших к нему прав покупателя весьма разнообразны. Так, арендатор может потребовать проведения шеф-монтажа сложного оборудования, являющегося предметом лизинга. В течение периода пользования предметом лизинга арендатор (лизингополучатель) может находиться с продавцом в отношениях по сервисному техническому обслуживанию предмета лизинга и т. п.

Порядок предоставления предмета лизинга в пользование, права и обязанности лизингодателя и лизингополучателя по обслуживанию предмета лизинга определены нормами ст. 668-669 ГК и ст. 17 Федерального закона "О лизинге". Предмет договора финансовой аренды передается продавцом непосредственно арендатору в месте нахождения последнего. С момента передачи предмета лизинга арендатору (лизингополучателю) на него переходит риск случайной гибели или случайной порчи предмета лизинга, если стороны договора не условились об ином (ст. 669 ГК).

Имущество, являющееся предметом лизинга, должно быть передано лизингополучателю в состоянии, соответствующем условиям договора лизинга и назначению данного имущества. Предмет лизинга передается в лизинг вместе со всеми его принадлеж-

ностями и со всеми документами (техническим паспортом и др). Гарантийное обслуживание предмета лизинга может осуществляться продавцом (поставщиком). Лизингополучатель за свой счет осуществляет техническое обслуживание предмета лизинга и его текущий ремонт. Капитальный ремонт имущества, являющегося предметом лизинга, осуществляется лизингодателем, если иное не предусмотрено договором лизинга.

Судьба улучшений предмета лизинга определяется нормами п. 1-6, 9-11 ст. 17 Федерального закона "О лизинге" в полной аналогии с правилами ст. 623 ГК, относящимися к общим положениям о договоре аренды.

Предмет лизинга может перейти в собственность лизингополучателя до истечения срока действия договора лизинга при условии выплаты всех лизинговых платежей (п. 1 ст. 19 Федерального закона "О лизинге") или вследствие реализации лизингополучателем права на выкуп (ст. 624 ГК), если иное не предусмотрено договором финансового лизинга.

Важную обязанность арендатора (лизингополучателя) составляет осуществление лизинговых платежей. Размер лизинговых платежей согласовывается лизингодателем и лизингополучателем с учетом требований нормы п. 2 ст. 29 Федерального закона "О лизинге" об обязательных составных лизинговых платежей. В лизинговые платежи кроме платы за основные услуги (процентного вознаграждения) включаются:

- амортизация имущества за период, охватываемый сроком договора;
- инвестиционные затраты (издержки);
- 1. оплата процентов за кредиты, использованные лизингодателем на приобретение имущества (предмета лизинга);
- 2. плата за дополнительные услуги лизингодателя, предусмотренные договором;
- налог на добавленную стоимость;
- 1. страховые взносы за страхование предмета лизинга, если оно осуществлялось лизингодателем,
- а также налог на это имущество, уплаченный лизингодателем.

Лизингодатель может использовать контрольные права. Он имеет право осуществлять контроль за соблюдением лизингополучателем условий договора лизинга и других сопутствующих договоров. Цели и порядок инспектирования оговариваются в договоре лизинга и других сопутствующих договорах между их участниками.

Лизингополучатель обязан обеспечить лизингодателю беспрепятственный доступ к финансовым документам и предмету лизинга.

Лизингодатель имеет право на финансовый контроль за деятельностью лизингополучателя в той ее части, которая относится к предмету лизинга, формированием финансовых результатов деятельности лизингополучателя и выполнением лизингополучателем обязательств по договору лизинга. Цель и порядок финансового контроля предусматриваются договором лизинга. Лизингодатель имеет право направлять лизингополучателю в письменной форме запросы о предоставлении информации, необходимой для осуществления финансового контроля, а лизингополучатель обязан удовлетворять такие запросы. В случае нарушения лизингополучателем своих обязательств по лизинговым платежам для выяснения причин таких нарушений и их предотвращения лизингодатель имеет право назначать аудиторские проверки финансового состояния лизингополучателя (ст. 38 Федерального закона "О лизинге").

Как видно из всего вышесказанного, лизингодатель не имеет прямой заинтересованности в конкретном имуществе, являющемся предметом лизинга, по общему правилу не отвечает за его недостатки, не несет риск случайной порчи или гибели предмета аренды, как обычный арендодатель, а его главной обязанностью является финансирование покупки предмета лизинга. Именно указанные обстоятельства позволяют говорить о лизинге как финансовой аренде.

Досрочное расторжение договора лизинга возможно по соглашению сторон, а по инициативе одной из сторон - только в случаях, предусмотренных ст. 619-620 ГК. Специальное основание для расторжения договора лизинга по инициативе лизингополучателя предусмотрено п. 2 ст. 668 ГК. Согласно этой норме в случае, когда предмет лизинга не передается арендатору в указанный в договоре финансовой аренды срок (а если в договоре такой срок не указан, то в разумный срок), арендатор может потребовать расторжения договора финансовой аренды и возмещения убытков (если просрочка допущена по обстоятельствам, за которые отвечает лизингодатель). При прекращении договора лизинга лизингополучатель обязан вернуть лизингодателю предмет лизинга в состоянии, в котором он его получил, с учетом нормального износа или износа, обусловленного договором лизинга. Если лизингополучатель не возвратил предмет лизинга или возвратил его несвоевременно, лизингодатель вправе требовать внесения платежей за время просрочки. В случае, если указанная плата не покрывает причиненных лизингодателю убытков, он может требовать их возмещения. В случае, если за несвоевременный возврат предмета лизинга лизингодателю предусмотрена неустойка, убытки могут быть взысканы с лизингополучателя в полной сумме сверх неустойки, если иное не предусмотрено договором лизинга.

4. Виды лизинга

Содержание конкретных лизинговых сделок и порядок их реализации во многом определяются видом лизинга. Наиболее часто в литературе говорится о следующих видах лизинга.

Финансовый лизинг - вид лизинга, при котором предмет лизинга передается лизингополучателю на срок, соизмеримый по продолжительности со сроком полной амортизации предмета лизинга или превышает его. Предмет лизинга переходит в собственность лизингополучателя по истечении срока действия договора лизинга или до его истечения при условии выплаты лизингополучателем полной суммы, установленной договором лизинга, если иное не предусмотрено договором лизинга.

Оперативный лизинг - вид лизинга, при котором лизингодатель покупает имущество и передает его лизингополучателю в качестве предмета лизинга за определенную плату на определенный срок во временное владение и пользование. По истечении срока действия договора предмет лизинга возвращается лизингодателю, при этом лизингополучатель не имеет права требовать перехода права собственности на предмет лизинга, если в договоре не было оговорено право на его выкуп. При оперативном лизинге предмет лизинга может быть передан в лизинг неоднократно в течение полного срока амортизации предмета лизинга.

Возвратный лизинг - разновидность лизинга, при котором продавец (поставщик) предмета лизинга одновременно выступает и как лизингополучатель.

Практике известны и иные виды лизинга. В зависимости от состава участников

различают прямой, косвенный и раздельный (групповой) лизинг¹.

Прямой лизинг - это лизинг, при котором собственник имущества (поставщик) самостоятельно сдает объект в лизинг. Частным случаем прямого лизинга является возвратный лизинг.

Косвенный лизинг - это лизинг, при котором передача имущества происходит через посредника.

Раздельный (групповой) лизинг - это лизинг, при котором на стороне арендодателя (лизингодателя) выступают несколько лиц.

¹ См.: Сусаян КГ. Самые выгодные сделки: лизинг, бартер, товарообмен с зарубежными партнерами М, 1992 С 10-16.

Классическим примером лизинга с участием многих лиц является лизинговая сделка на 115 млн австралийских долларов по приобретению в пользование двух самолетов "Боинг-747" австралийской национальной авиакомпанией. Сделка была осуществлена следующим образом. Синдикат из девяти японских лизинговых компаний купил два корпуса самолетов "Боинг-747" и передал их по лизингу специально созданной для этой цели английской компании. Эта компания купила роллс-ройсовские двигатели для указанных самолетов и произвела сборку. Самолеты были проданы консорциуму из семи австралийских банков и финансовых компаний, который и представил их в лизинг австралийской авиакомпании¹.

В литературе также выделяют чистый (сухой) и мокрый лизинг. При чистом лизинге (net leasing) обслуживание передаваемого имущества берет на себя лизингополучатель. При мокром лизинге (wet leasing) полное обслуживание передаваемого имущества возлагается на лизингодателя. Особую разновидность лизинга представляет компенсационный лизинг, при котором формой платежа за арендуемое оборудование является продукция, вырабатываемая на этом оборудовании, либо встречная поставка сырья и полуфабрикатов, полученных вне связи с эксплуатацией арендуемого оборудования.

В правоприменительных целях различают внутренний лизинг и международный лизинг. Согласно п. 1 ст. 7 Федерального закона "О лизинге" внутренний лизинг - это лизинг, при котором лизингодатель, лизингополучатель и продавец (поставщик) являются резидентами РФ, а международный лизинг - это лизинг, при котором лизингодатель или лизингополучатель не являются резидентами РФ. В целях развития международного лизинга в нормах п. 3 ст. 34 Федерального закона "О лизинге" установлены льготы его участникам, являющиеся исключениями из общих предписаний валютного законодательства. Согласно указанным нормам ввоз на территорию РФ и вывоз с территории РФ (перемещение через таможенную границу Российской Федерации) предмета лизинга в целях его использования по договору лизинга на срок, превышающий шесть месяцев, а также оплата полной суммы договора лизинга за такой период не являются операциями, связанными с движением капитала. Стороны договора лизинга имеют право предоставлять отсрочку лизинговых платежей на срок не более чем шесть месяцев с момента фактического ввода предмета лизинга в эксплуатацию.

¹ См Комаров А С. Международная унификация правового регулирования: финансовая аренда //Хозяйство и право. 1989 № 12. С. 108.

Сублизинг - это особый вид отношений, возникающих в связи с предоставлением лизингополучателем прав пользования предметом лизинга третьему лицу. Передача предмета лизинга в сублизинг возможна только с согласия лизингодателя, выраженного в письменной форме. Сублизинг - это разновидность субаренды, поэтому к нему в полной мере относятся предписания п. 2 ст. 615, ст. 618 ГК.

§ 7. Договор безвозмездного пользования (ссуды)

1. Понятие договора безвозмездного пользования (договора ссуды)

Договор ссуды (commodatum) известен со времен римского права¹. Данный договор был известен дореволюционному гражданскому законодательству². В ГК РСФСР 1922 г. нормы о договоре ссуды отсутствовали. Несмотря на это, договоры по предоставлению имущества в безвозмездное пользование широко использовались в быту. В ГК РСФСР 1964 г. договор безвозмездного пользования были посвящены ст.

342-349.

По договору безвозмездного пользования (договору ссуды) одна сторона (ссудодатель) обязуется передать или передает вещь в безвозмездное временное пользование другой стороне (ссудополучателю), а последняя обязуется вернуть ту же вещь в том состоянии, в каком она ее получила, с учетом нормального износа или в состоянии, обусловленном договором (п. 1 ст. 689 ГК).

Договор ссуды может иметь как консенсуальный, так и реальный характер.

Консенсуальный договор ссуды имеет место в случаях, когда стороны оговаривают, что обязательство ссудодателя передать вещь в безвозмездное пользование возникает с момента заключения договора. В тех случаях, когда стороны оговаривают, что договор ссуды считается заключенным с момента передачи вещи в безвозмездное пользование, договор имеет реальный характер.

Консенсуальные договоры ссуды являются двусторонними, но они лишены признака взаимности. Дело в том, что обязанность ссудодателя передать вещь в безвозмездное пользование не кор-

1 См.: Римское частное право /Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. С. 404.

2 См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права, (по изданию 1907 г.). С. 353.

респондируется с правом ссудополучателя требовать такой передачи. В силу безвозмездного характера договора ссуды при неисполнении ссудодателем обязательства по предоставлению вещи в безвозмездное пользование ссудополучатель не располагает правом требования передачи вещи в натуре (как это происходит при реализации арендных обязательств), а может лишь потребовать от ссудодателя расторжения договора и возмещения понесенного им реального ущерба (ст. 692 ГК).

Двусторонний характер договора ссуды, как консенсуального, так и реального, выражается в различных правах и обязанностях, лежащих на обеих сторонах. Так, на ссудодателе, помимо прав, лежит обязанность отвечать за недостатки вещи, переданной в безвозмездное пользование (ст. 693 ГК), и за вред, причиненный третьему лицу в результате использования вещи (ст. 697 ГК).

Сторонами в договоре ссуды являются ссудодатель и ссудополучатель. Согласно п. 1 ст. 690 ГК ссудодателем может быть собственник или иное лицо, управомоченное законом или собственником. Так, в соответствии со ст. 660 ГК арендатор предприятия имеет право передать в безвозмездное пользование вещи, входящие в состав арендуемого предприятия. Государственные или муниципальные предприятия, обладающие имуществом на праве хозяйственного ведения, могут передать в безвозмездное пользование движимое имущество самостоятельно, а недвижимое имущество - с согласия собственника. Федеральное имущество, не закрепленное за предприятиями, может передаваться в безвозмездное пользование Мингосимуществом РФ и его территориальными органами.

Коммерческая организация не вправе передавать имущество в безвозмездное пользование лицу, являющемуся ее учредителем, участником, руководителем, членом ее органов управления или контроля. Помимо этого, в силу принципиального запрета дарения между коммерческими организациями (ст. 575 ГК), коммерческая организация не может передать вещь в безвозмездное пользование другой коммерческой организации.

В отношении ссудополучателей специальных требований ГК не устанавливает. Однако такое может иметь место в специальных законах. Так, согласно ст. 121,130 Лесного кодекса РФ участки лесного фонда могут быть переданы в безвозмездное пользование только общественным объединениям охотников для организации любительской и спортивной охоты либо сельскохозяйственным организациям, ранее владевшим ими. В качестве предмета договора ссуды могут выступать индивидуально-определенные непотребляемые вещи, как движимые, так и недвижимые¹. Вместе с тем в силу особенностей договора ссуды не всякое имущество, указанное в п. 1 ст. 607 ГК, может быть предметом данного договора. Так, предприятие как имущественный комплекс не может быть объектом договора ссуды, ибо с предприятием возможны только предпринимательские сделки, а договор ссуды таковым не является. С другой стороны, предметом договора ссуды могут быть жилые помещения, хотя они не указаны в ст.

607 ГК, ибо прямого запрета на передачу в ссуду жилых помещений нет. Особенности передачи в безвозмездное пользование земельных участков и других обособленных природных объектов определяются специальным законодательством. Например, порядок передачи в безвозмездное пользование лесных участков определяется ст. 36, 121, 130 Лесного кодекса РФ.

Согласно п. 2 ст. 689 и п. 3 ст. 607 ГК в договоре ссуды должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить имущество, подлежащее передаче ссудополучателю в качестве объекта пользования. При отсутствии этих данных в договоре условие об объекте, подлежащем передаче в безвозмездное пользование, считается не согласованным сторонами, а соответствующий договор не считается заключенным. Порядок документального подтверждения данных, позволяющих идентифицировать предмет ссуды, аналогичен порядку, установленному в отношении предмета аренды.

Предмет ссуды передается ссудополучателю в пользование, а не в потребление. Поэтому наличные деньги, монеты могут быть предметом ссуды, но для использования, например, в качестве экспоната на выставке. По указанной причине плоды и доходы от вещи, переданной в ссуду, принадлежат ссудодателю как собственнику вещи. Стороны в договоре могут отойти от этого правила.

Форма договора ссуды подчиняется общим требованиям о форме сделок.

Законодательство оставляет открытым вопрос, необходима ли государственная регистрация договора ссуды недвижимого имущества и права пользования недвижимым имуществом, возникшим на базе этого договора.

В действующем законодательстве лишь однажды упоминается о необходимости регистрации договора ссуды. В п. 6 Положения о предоставлении участков лесного фонда в безвозмездное пользо-

1 По дореволюционному российскому законодательству предметом ссуды могли быть лишь движимые вещи. См Шершеневич Г Ф Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г) С 353

вание, утвержденном постановлением Правительства РФ от 18 февраля 1998 г. № 224, сказано, что договор безвозмездного пользования участком лесного фонда заключается в письменной форме, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента его государственной регистрации¹. Однако данное положение юридически бессильно, ибо подобную регистрацию может предусмотреть только закон (п. 1 ст. 131 ГК). С точки зрения п. 1 ст. 131 ГК правомерен вывод о необходимости государственной регистрации права ссуды на недвижимость. Ведь право ссуды - это серьезное обременение недвижимого объекта. Информация о нем важна для всех приобретателей. В условиях отсутствия подобной регистрации возможна покупка недвижимости, обремененной правами ссудополучателя, о которых неизвестно покупателю.

Договор ссуды может быть заключен на определенный срок, а если срок в договоре не определен, он считается заключенным на неопределенный срок. В законодательстве могут быть предусмотрены предельные сроки, на которые имущество может быть передано в безвозмездное пользование. Например, в ст. 36 Лесного кодекса РФ установлено, что срок передачи лесных участков в безвозмездное пользование не может превышать сорока девяти лет.

По римскому праву договор ссуды имел срочный характер. В тех случаях, когда имущество передавалось во временное безвозмездное пользование без указания срока до его востребования передавшим лицом, имел место особый договор - прекарий (precarium)². На его базе возникало прекарное владение и пользование имуществом, всецело зависящее от воли собственника.

То, что когда-то именовалось прекарием, для нашей правовой действительности будет договором ссуды, заключенным без указания срока. Так, если кто-либо, имея два автомобиля, передаст один из них в пользование другому с условием, что он заберет его при возникновении необходимости, то налицо договор ссуды.

1. Сфера применения договора ссуды и его отграничение от близких договоров
Договор ссуды применяется в сферах, не являющихся предпринимательскими. Он весьма распространен в бытовых отношениях между гражданами (например,

предоставление одним родственником другому в безвозмездное пользование автомобиля и т. п.), в

1СЗ РФ. 1998. № 8. Ст. 694.

2 Подробнее об этом см.: Римское частное право /Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. С. 409-410 (автор главы-И.Б. Новицкий).

сфере удовлетворения культурных потребностей граждан (например, предоставление книг публичными библиотеками¹) как форма спонсорских отношений (например, предоставление коммерческим юридическим лицом в безвозмездное пользование здания государственному учебному заведению). Модель договора ссуды может быть использована для оформления весьма сложных экономических отношений, например для передачи в безвозмездное пользование участков лесного фонда.

Договор ссуды имеет черты сходства с некоторыми договорами. Договор ссуды близок к договору займа. Дело в том, что в обыденном русском языке слово "ссуда" употребляется в двояком смысле:

1. в смысле займа (такое понимание ссуды очень часто имеет место в банковской практике и в литературе о ней);
2. в смысле договора ссуды - передачи в безвозмездное пользование индивидуально-определенных непотребляемых вещей.

Между тем с юридической точки зрения договоры ссуды и займа различаются по трем существенным признакам.

Во-первых, предметом займа являются вещи, определяемые родовыми признаками, а предметом договора ссуды - непотребляемые, индивидуально-определенные вещи.

Во-вторых, по договору займа имущество передается в собственность заемщика, в то время как по договору ссуды вещь остается собственностью ссудодателя, а ссудополучателю предоставляется лишь во владение и пользование.

В-третьих, заемщик обязан вернуть займодавцу такое же количество вещей такого же рода, а ссудополучатель обязан вернуть ту же вещь, которую он получил в пользование.

Договор ссуды имеет черты сходства с договором хранения, так как предметом того и другого являются индивидуально-определенные непотребляемые вещи, подлежащие возврату собственнику. Но если в договоре хранения вещь передается для сохранения, то в договоре ссуды - для пользования. Использование вещь, переданной на хранение есть нарушение договора.

Права ссудополучателя на предмет ссуды носят временный и поэтому обязательно-правовой характер. Вследствие этого нормы о договоре ссуды неприменимы к отношениям по безвозмездному пользованию имуществом, возникающим в форме различных вещных прав: права оперативного управления, права по-

1 См., например: ст. 5-10 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. "О библиотечном деле" //СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 2.

стоянного пользования землей, публичных сервитутов на лесные и водные объекты и т. п. К перечисленным и подобным отношениям должны применяться специальные нормы, содержащиеся в законодательстве, регулирующем соответствующие вещные права.

Черты сходства обнаруживаются между договором ссуды жилого помещения и договором найма жилого помещения. Согласно п. 1 ст. 671ГК договор найма жилого помещения является возмездной сделкой. Вследствие этого передача жилого помещения в безвозмездное пользование должна быть отнесена к разновидности договора ссуды. В нормах гл. 36 ГК, регламентирующих отношения из договора ссуды, отсутствуют предписания о возможности субсидиарного применения норм о договоре найма жилого помещения. Поэтому при передаче жилого помещения в безвозмездное пользование права и обязанности сторон должны определяться только нормами о договоре ссуды.

Наибольшее сходство договор ссуды имеет с договором аренды, но в отличие от последнего договор ссуды носит безвозмездный характер. Именно безвозмездный характер договора ссуды делает необходимым установление целого ряда специальных правил, отличных от общих положений, регламентирующих договор аренды. Данные специальные правила чаще всего ограничивают правомочия ссудополучателя, который

в отличие от арендатора не несет обязанности по предоставлению своему контрагенту встречного удовлетворения, эквивалентного предоставленному ему благу в виде права пользования имуществом.

О сходстве договоров аренды и ссуды свидетельствует норма, согласно которой к договору ссуды соответственно применяются правила, предусмотренные ст. 607, п. 1, 2 ст. 610, п. 1, 3 ст. 615, п. 2 ст. 621, п. 1, 3 ст. 623 ГК и регламентирующие арендные отношения (п. 2 ст. 689 ГК).

3. Содержание и исполнение договора ссуды

Главная обязанность ссудодателя состоит в предоставлении ссудополучателю вещи в состоянии, соответствующем условиям договора безвозмездного пользования и ее назначению. Вместе с вещью ссудополучателю передаются все ее принадлежности и относящиеся к ней документы (инструкция по использованию, технический паспорт и т. п.), если стороны в договоре не оговорили иного. Если нарушение ссудодателем обязанности по передаче принадлежностей и документов лишает ссудополучателя возможности использовать предоставленную вещь по назначению либо такое использование в значительной степени утрачивает ценность

для него, ссудополучатель имеет право потребовать передачи ему принадлежностей и документов, относящихся к вещи, либо расторжения договора и взыскания понесенного им реального ущерба. При этом в силу безвозмездного характера договора ссуды исключается возможность взыскания убытков в виде упущенной выгоды.

Ответственность за недостатки вещи, переданной в безвозмездное пользование, носит ограниченный характер по сравнению с ответственностью арендодателя по договору аренды (ст. 612 ГК) или продавца по договору купли-продажи (ст. 475-476 ГК) за аналогичное нарушение. Во-первых, ссудодатель отвечает лишь за те недостатки вещи, которые он умышленно или по грубой неосторожности не оговорил при заключении договора (п. 1 ст. 693 ГК). Ссудодатель не отвечает за недостатки вещи, которые были им оговорены при заключении договора, либо были заранее известны ссудополучателю, либо должны были быть обнаружены ссудополучателем во время осмотра вещи или проверки ее исправности при заключении договора или при передаче вещи (п. 3 ст. 693 ГК). Во-вторых, при обнаружении недостатков в переданной вещи ссудополучатель имеет право выбора только из двух возможностей:

1. по своему выбору потребовать от ссудодателя безвозмездного устранения недостатков вещи или возмещения своих расходов на устранение недостатков вещи;
2. досрочно расторгнуть договор и возместить понесенный им реальный ущерб.

При этом ссудодатель, извещенный о требованиях ссудополучателя или о его намерении устранить недостатки вещи за счет ссудодателя, может без промедления произвести замену неисправной вещи другой аналогичной вещью, находящейся в надлежащем состоянии (п. 2 ст. 693 ГК).

Обязанность ссудодателя предупредить ссудополучателя обо всех правах третьих лиц на эту вещь (сервитуте, праве залога и т. п.) должна исполняться при заключении договора безвозмездного пользования. Неисполнение этой обязанности дает ссудополучателю право требовать расторжения договора и возмещения понесенного им реального ущерба (ч. 2 ст. 694 ГК). Передача вещи в безвозмездное пользование не является основанием для изменения или прекращения прав третьих лиц на эту вещь (ч. 1 ст. 694 ГК). Обязанность ссудополучателя по содержанию вещи заключается в поддержании вещи, полученной в безвозмездное пользование, в исправном состоянии, включая осуществление текущего и капитального ремонта, и принятии на себя всех расходов на ее со-

держание, если иное не предусмотрено договором безвозмездного пользования (ст. 695 ГК). Возложение законом на ссудополучателя обязанностей по осуществлению капитального ремонта также показывает различие между возмездным договором аренды и безвозмездным договором ссуды. Ссудополучатель обязан пользоваться переданной ему в безвозмездное пользование вещью в соответствии с условиями договора, а если такие условия в договоре не установлены, то в соответствии с назначением вещи. При нарушении этой обязанности ссудодатель имеет право потребовать расторжения договора и возмещения убытков (п. 2 ст. 689, п. 1, 3 ст. 615 ГК).

Ссудополучатель имеет право производить улучшения в имуществе, переданном ему в безвозмездное пользование. Произведенные ссудополучателем делимые улучшения являются его собственностью, если иное не предусмотрено договором ссуды. Если ссудополучатель без согласия ссудодателя произведет неделимые улучшения в переданной ему вещи, то стоимость таких улучшений возмещению не подлежит (п. 2 ст. 689, п. 3 ст. 623 ГК). По общему правилу ссудополучатель не имеет права вносить в вещь, переданную ему в безвозмездное пользование, неделимые улучшения. Однако нет правовых препятствий к тому, что такое право может быть оговорено сторонами в договоре ссуды с определением возможности ссудополучателя получить возмещение за такие улучшения.

Переоборудование, переоснащение, перепланировка и иные изменения в предмете ссуды возможны с согласия ссудодателя с соблюдением норм публичного права.

В период нахождения вещи, переданной в безвозмездное пользование, у ссудополучателя риск случайной гибели или случайного повреждения этой вещи лежит на нем, если:

1. вещь погибла или была испорчена в связи с тем, что ссудополучатель использовал ее не в соответствии с договором безвозмездного пользования или назначением вещи;
2. ссудополучатель передал ее третьему лицу без согласия ссудодателя (при согласии ссудодателя риск падает на ссудодателя);

в) с учетом фактических обстоятельств ссудополучатель мог предотвратить ее гибель или порчу, пожертвовав своей вещью, но предпочел сохранить свою вещь (ст. 696 ГК).

Во всех иных случаях, когда ссудополучатель использовал вещь, переданную ему в безвозмездное пользование, добросовестно, с проявлением полной внимательности и заботливости в соответствии с условиями договора и назначением вещи, риск случайной гибели вещи падает на собственника вещи (ст. 211 ГК).

Если в период нахождения вещи в пользовании ссудополучателя будет иметь место причинение вреда третьему лицу в результате использования вещи, то по общему правилу ответственность за такой вред несет ссудодатель, если не докажет, что вред причинен вследствие умысла или грубой неосторожности ссудополучателя или лица, у которого эта вещь оказалась с согласия ссудодателя (ст. 697 ГК). Однако следует иметь в виду, что если вещь, переданная в безвозмездное пользование, является источником повышенной опасности и в результате ее фактической эксплуатации персоналом ссудополучателя третьему лицу причинен вред, то согласно ч. 2 п. 1 ст. 1079 ГК такой вред должен быть возмещен ссудополучателем как титульным владельцем источника повышенной опасности. Если же вещь, являющаяся источником повышенной опасности, передается в безвозмездное пользование ссудополучателю с экипажем, состоящим из лиц, являющихся работниками ссудодателя и осуществляющим эксплуатацию вещи в пользу ссудополучателя, то за вред, причиненный третьим лицам в результате такой эксплуатации, ответственность будет нести ссудодатель.

4. Изменение, расторжение и прекращение договора ссуды

Порядок изменения, расторжения и прекращения договора ссуды подчинен общим нормам гражданского законодательства, за исключениями, предусмотренными нормами гл. 36 ГК.

В ст. 700 ГК определен порядок изменения сторон в договоре ссуды. Ссудодатель как собственник вправе произвести отчуждение вещи или передать ее в возмездное пользование третьему лицу. При этом к новому собственнику или пользователю переходят права по ранее заключенному договору ссуды, а его права в отношении вещи обременяются правами ссудополучателя. В случае смерти гражданина-ссудодателя либо реорганизации или ликвидации юридического лица - ссудодателя права и обязанности ссудодателя по договору ссуды переходят к наследнику (правопреемнику) или к другому лицу, к которому перешло право собственности на вещь или иное право, на основании которого вещь была передана в безвозмездное пользование.

В случае реорганизации юридического лица - ссудополучателя его права и обязанности по договору переходят к юридическому лицу, являющемуся его правопреемником, если иное не предусмотрено договором. Если ссудополучателем является гражданин, то в случае его смерти право на безвозмездное пользование вещью, полученное им по

договору ссуды, не входит в наследственную массу даже тогда, когда вещь, переданная во временное пользование, является недвижимой, что отличает это право от арендного права на недвижимость (см. для сравнения п. 2 ст. 617 ГК). Смерть гражданина-ссудополучателя и равно ликвидация юридического лица - ссудополучателя являются основаниями для прекращения договора ссуды (ст. 701 ГК).

Отказ от договора ссуды, заключенного без указания срока, может совершиться в любое время. Для этого любая из сторон договора ссуды обязана известить другую сторону об отказе от договора за один месяц, если договором не предусмотрен иной срок извещения (п. 1 ст. 699 ГК). В договоре ссуды, заключенном с указанием срока его действия, право отказа от договора до истечения срока имеет только ссудополучатель, если иное не предусмотрено самим договором ссуды. При этом ссудополучатель должен известить ссудодателя об отказе от договора за один месяц, если договором не предусмотрен иной срок извещения. В случае отказа стороны от исполнения обязательств из договора ссуды он считается расторгнутым со всеми вытекающими последствиями.

Досрочное расторжение договора ссуды, заключенного на определенный срок, возможно в порядке и случаях, предусмотренных ст. 698 ГК. По требованию ссудодателя срочный договор ссуды может быть расторгнут вследствие неправомерных действий ссудополучателя, а именно когда ссудополучатель:

- а) использует вещь не в соответствии с договором или назначением вещи;
 1. не выполняет обязанностей по поддержанию вещи в исправном состоянии или ее содержанию;
 - в) существенно ухудшает состояние вещи;
 - г) без согласия ссудодателя передает вещь третьему лицу.

По требованию ссудополучателя срочный договор ссуды может быть расторгнут в случаях, когда:

1. обнаружены недостатки, делающие нормальное использование вещи невозможным или обременительным, о наличии которых ссудополучатель не знал и не мог знать в момент заключения договора;
2. вещь в силу обстоятельств, за которые ссудополучатель не отвечает, окажется в состоянии, не пригодном для использования;
3. при заключении договора ссудодатель не предупредил ссудополучателя о правах третьих лиц на передаваемую вещь;
4. ссудодателем не исполнена обязанность передать вещь либо ее принадлежности и относящиеся к ней документы.

Досрочное расторжение договора ссуды по требованию одной из сторон при наличии возражений с другой стороны осуществляется по решению суда в порядке, установленном п. 2 ст. 450 ГК.

Истечение срока договора ссуды не влечет его автоматического прекращения. Если ссудополучатель продолжает пользоваться

вещью по истечении срока действия договора при отсутствии возражений со стороны ссудодателя, договор считается возобновленным на тех же условиях на неопределенный срок (п. 2 ст. 689, п. 2 ст. 621 ГК).

При отказе от договора ссуды, его расторжении, прекращении по иным основаниям (например, в связи с истечением срока договора) на ссудополучателе, получившем вещь в безвозмездное пользование, лежит обязанность по возврату этой вещи ссудодателю. Вещь должна быть возвращена ссудодателю в том состоянии, в каком ссудополучатель ее получил в пользование с учетом нормального износа или в состоянии, обусловленном договором ссуды. Если ссудополучатель представляет к возврату вещь в состоянии, не соответствующем условиям договора, с ухудшением ее качественного состояния, допускает просрочку в возврате вещи, то убытки, которые понесет в связи с этим ссудодатель, должны возмещаться в порядке, предусмотренном договором ссуды, или в общем порядке.

Дополнительная литература

Витрянский В.В. Договор аренды и его виды: прокат, фрахтование на время, аренда зданий, сооружений и предприятий, лизинг. М., 1999;

Кабатова Е.В. Лизинг: правовое регулирование, практика. М., 1997;
Козырь О.М. Аренда (глава 34) //Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель /Под ред. О.И Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996;
МейерД.И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч 2 (по исправленному и дополненному 8-му изданию 1902 г.). М , 1997. С. 260-274;
Теплое О.И., Глазырин В.В., Пугинский С.Б. Арендное предприятие (правовое регулирование учреждения и деятельности). М., 1993;
Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995 С. 353-363.

1. 35. Договор найма жилого помещения и другие жилищные обязательства

§ 1. Жилищные отношения и их правовое регулирование

1. Понятие жилищных отношений

Среди личных потребностей человека первостепенное значение имеют потребности в пище, одежде, жилище и другие, которые являются насущными, жизненными потребностями¹. Поэтому любое обращение к проблеме, связанной с жилищем, неизбежно будет иметь в качестве исходной категорию "жилищная потребность". Жилищная потребность означает нужду в жилище как объективно необходимым условии для поддержания жизнедеятельности каждого человека, для его труда, отдыха, семейного уюта².

Представление о жилищной потребности и формах ее удовлетворения формируется в зависимости от материальных условий жизни общества, от уровня его культурного развития, природных условий и других факторов. Это представление постоянно изменяется и совершенствуется. Исторический опыт свидетельствует, что никогда еще жилищные потребности всех членов общества не были удовлетворены в полной мере. Во все времена существовал и сейчас существует жилищный вопрос. Сущность его заключается в недостатке жилища. Но жилищный вопрос касается только определенной части населения - малообеспеченных, бедных, для которых полноценные жилища недоступны ввиду их дороговизны. Для богатых, обеспеченных людей жилищного вопроса в этом смысле никогда, ни в одном обществе не существовало. Для них вопрос заключается в ином - в стремлении иметь еще более роскошные квартиры, коттеджи, дворцы по сравнению с теми, которыми они владеют. В нашей стране жилищный вопрос всегда отличался особенной остротой. С переходом к рыночным отношениям жилищная проблема решена только для разбогатевшей прослойки общества; у основной части населения "жилищный вопрос" остается нерешенным. Приходится констатировать, что этот вопрос бессмертен, он будет актуальным всегда. Одной из причин этого, наряду с другими, является и то, что постоянно возрастают требования людей

1 См.: Маркс К. и Энгельс Ф Соч. Т. 3. С. 542; Т. 23 С 182.

2 См.: Баранов Н. А. Имущественные потребности и гражданское право. Саратов, 1987 (гл. 1).

к жилищу. В свое время в нашей стране человек всегда был вполне удовлетворен получением от государства комнаты в многонаселенной квартире или места в общежитии, теперь же идеалом большинства людей является приобретение отдельной благоустроенной квартиры или собственного дома.

I

Жилищные отношения представляют собой общественные В
отношения, складывающиеся в связи с удовлетворением жи- в
лищной потребности граждан. §

Этой категорией охватываются отношения в сфере управления жилым фондом, в том

числе его государственный учет и контроль за его использованием и сохранностью; обеспечение граждан жилыми помещениями на условиях найма; обеспечение правильного использования жилищного фонда, его эксплуатация и ремонт и т. д. Из приведенного перечня с очевидностью следует, что среди жилищных отношений определенное место занимают отношения организационные, управленческие - публично-правовые по своей природе. Но в большей мере это имущественные отношения, основанные на равенстве их участников, т. е. частноправовые (гражданско-правовые).

Следует отметить, что отношения, непосредственно не связанные с удовлетворением жилищной потребности граждан, не могут быть отнесены к категории жилищных (например, отношения в связи с проектированием и строительством жилых домов). К жилищным не относятся отношения по пользованию помещениями, которые не признаются жилыми (помещения в садоводческих товариществах, дачах, приспособленных под жилье вагончиках и т. п.). Только на жилищные отношения распространяется действие норм жилищного законодательства, а к отношениям, лишь отдаленно связанным с удовлетворением жилищной проблемы, эти нормы не применяются.

2. Право граждан РФ на жилище

Право граждан на жилище провозглашается в Конституции РФ (ст. 40) и относится к группе важнейших социально-экономических прав граждан. Содержание права на жилище следует определить путем указания на две его главные составные части¹.

Во-пер-

1 Наличие дв)х составных частей в конституционном праве на жилище было отмечено в работах И Б Мартковича (см.: Маршковчч И Б. Конституционное право на жилище. М., 1979), См также: Кичихин А.Н., Марткович И.Б., Щербакова Н.А. Жилищное право. Пользование и собственность. М., 1997. С. 20-31.

П. И. Седугин считает, что право на жилище "может быть сведено к нескольким основным юридическим возможностям", и называет шесть таких возможностей (см.: Седугин П.И. Жилищное право. М., 1997. С 19).

вых, право на жилище означает, что государство гарантирует каждому человеку на территории РФ возможность пользоваться тем жилищем, которое у него имеется на данный момент по тем или иным правовым основаниям. В данном случае речь идет об охране государством имеющегося у лица субъективного гражданского права на конкретное жилище. В Конституции РФ это выражено путем провозглашения принципов неприкосновенности жилища (ст. 25) и неприкосновенности частной жизни (ст. 23). Во-вторых, конституционное право на жилище заключается в том, что государство принимает на себя обязанность содействовать тому, чтобы каждый гражданин был обеспечен жильем и имел возможность улучшить свои жилищные условия путем приобретения другого жилья. В ч. 2 ст. 40 Конституции РФ провозглашается: "Органы государственной власти и органы местного самоуправления поощряют жилищное строительство, создают условия для осуществления права на жилище". В ч. 3 этой статьи предусмотрено бесплатное или за доступную плату обеспечение жильем малоимущих и иных перечисленных в законе граждан. Указанные обязанности органов государственной власти и органов местного самоуправления имеют государственно-правовой, конституционный характер¹.

Следовательно, право на жилище следует рассматривать как институт конституционного права, но не как институт гражданского или жилищного права.

Право на жилище можно определить как провозглашенное Конституцией РФ социально-экономическое право, в соответствии с которым каждому гарантируется надежное и устойчивое пользование тем жилищем, которое он занимает, а также возможность приобрести новое жилище и улучшать свои жизненные условия при содействии органов государственной власти и органов местного самоуправления.

3. Гражданско-правовые формы

удовлетворения жилищной потребности

Приобретение жилища в собственность - главная форма удовлетворения жилищной потребности в условиях рыночной экономики. В Законе РФ "Об основах федеральной жилищной политики" (далее - Основы федеральной жилищной политики)²

провозглашается, что граждане имеют право приобретения жилья в
1 См • Чигир В.Ф. Право на жилище. Минск, 1979. Марткович И Б. Указ. соч.
2 ВВС РФ 1993. №3. Ст. 99.

частную собственность без ограничения его количества, размеров и стоимости (ч. 1 ст. 19).

Право собственности на жилище может возникать по разным юридическим основаниям. Прежде всего, это жилищное строительство: право собственности согласно ст. 219 ГК возникает "на вновь создаваемое недвижимое имущество". Если оно (в частности, жилище) подлежит государственной регистрации, право собственности возникает с момента такой регистрации. Государство стимулирует строительство жилья за счет собственных средств населения и привлечения иных внебюджетных источников¹.

К числу важнейших оснований приобретения гражданином жилья в частную собственность относится приватизация занимаемых ими жилых помещений в домах государственного и муниципального жилищных фондов, в том числе находящихся в хозяйственном ведении предприятий или оперативном управлении учреждений (п. 1 абз. 1 ст. 19 Основ федеральной жилищной политики).

Первоначально в правовых актах, принятых в 1990-1991 гг., предусматривалась приватизация жилья в форме его выкупа, т. е. на условиях полной или частичной оплаты. В Законе РСФСР "О приватизации жилищного фонда в РСФСР"² приватизация трактовалась как бесплатная передача или продажа гражданам занимаемых ими жилых помещений в государственном или муниципальном жилищном фонде. Бесплатная передача жилья в собственность граждан была провозглашена в 1992 г.³

Право на приватизацию признается только за гражданами, занимающими на основе договора найма жилые помещения в домах государственного и муниципального фондов. Правовые нормы о приватизации не распространяются на другие отношения, связанные с возникновением у гражданина права собственности на занимаемое им жилое помещение, в частности на возникновение права собственности у члена жилищного, жилищно-строительно-

¹ См.: например: Указ Президента РФ от 10 июня 1994 г. № 1180 "О жилищных кредитах"// СЗ РФ. 1994. № 7. Ст. 692; Указ Президента РФ от 10 июня 1994 г. № 1182 "О выпуске и обращении жилищных сертификатов"// СЗ РФ. 1994. № 7. Ст. 694.
² ВВС РСФСР. 1991 № 28. Ст. 259.

³ 1 См • Указ Президента РФ от 12 января 1992 г № 16 "Об обеспечении ускоренной приватизации муниципальной собственности в г. Москве"// ВВС РФ. 1992. № 4. Ст. 153; Закон РФ от 23 декабря 1992 г. "О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О приватизации жилищного фонда в РСФСР""// ВВС РСФСР. 1993 № 2. Ст. 67.

го кооператива, полностью выплатившего паевой взнос, или у члена колхоза, выкупившего жилое помещение у колхоза¹.

Закон "О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации" установил основные принципы приватизации жилищного фонда: добровольность, бесплатность, одноразовость. Нередки случаи, когда по соглашению между членами семьи жилое помещение передается в собственность не всем совместно проживающим членам семьи, а лишь указанным в документах, которыми оформляется приватизация. В таких ситуациях принцип одноразовости распространяется только на тех членов семьи, па имя которых оформлено право собственности; другие члены семьи сохраняют право на бесплатное приобретение в порядке приватизации впоследствии полученного жилого помещения. Передача жилья в собственность граждан в порядке приватизации оформляется договором передачи, который заключает местная администрация, предприятие или учреждение с гражданином, получающим жилое помещение в собственность. Право собственности на приобретенное жилое помещение возникает у гражданина с момента регистрации договора.

Изложенное позволяет сделать вывод

приватизация жилья - бесплатная передача в собственность граждан занимаемых ими жилых помещений в государственном и муниципальном жилищных фондах,

осуществляемая на основе безусловной добровольности и однократно, Широко распространенным основанием приобретения права собственности на жилище является внесение полной суммы паевого взноса за квартиру, предоставленную в пользование члену жилищного или жилищно-строительного кооператива (п. 4 ст. 218 ГК). Подтверждением факта внесения полной суммы паевого взноса является справка, выдаваемая правлением соответствующего жилищного или жилищно-строительного кооператива, на основании которой выдается свидетельство о собственности на квартиру.

Помимо рассмотренных существуют и другие основания приобретения права собственности на жилище. К их числу относятся гражданско-правовые сделки купли-продажи, чены, дарения, ренты, а также принятия наследства. Момент перехода жилого помещения в собственность определяется нормами сосуществовавших 1 Гм КрауіеNVhtinwe П В Российское ЖІппшщмакоіо"ale шсгво М , 1996 С 71 2 См п 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 августа 1996 г. №4 "О некоторых вопросах применения судами Закона Российской Федерации "О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации" от 4 июля 1991 г. №11 институтов (соответственно купли-продажи, мены, дарения, ренты, наследственного права).

Специальным случаем приобретения права собственности на жилое помещение является истечение срока приобретательной давности (ст. 234 ГК). Для оформления права собственности требуется, чтобы суд установил факт истечения срока приобретательной давности и признал гражданина собственником жилого помещения. Право собственности возникает с момента государственной регистрации признанного за лицом права собственности.

Таковы основные положения о приобретении жилья в собственность как форме удовлетворения жилищной потребности.

Необходимо указать на удовлетворение жилищной потребности путем заключения договора найма жилого помещения. Этот договор и его виды - договоры социального и коммерческого найма - рассматриваются в последующих параграфах данной главы.

Среди гражданско-правовых форм удовлетворения жилищной потребности сохраняет определенное место получение гражданами в пользование помещений в домах жилищных и жилищно-строительных кооперативов. Необходимым условием получения жилого помещения в этих домах является членство в кооперативе. Одной из гражданско-правовых форм удовлетворения жилищной потребности граждан является предоставление жилья отдельным категориям граждан в пожизненное бесплатное пользование. В частности, право на бесплатную жилую площадь с отоплением и освещением имеют педагогические работники образовательных учреждений в сельской местности или в поселках городского типа, в том числе и перешедшие на пенсию¹.

4. Жилищное законодательство

I

Жилищное законодательство - совокупность законов и иных правовых актов, нормами которых регулируются жилищные отношения. I

Следовательно, предметом жилищного законодательства и, соответственно, его задачами является регулирование жилищных отношений (ст. 2 и 3 ЖК РСФСР²).

Жилищное законодательство представляет собой комплексную отрасль законодательства, включающую нормы административ-

1 См Закон РФ "Об образовании" (в редакции Федерального закона от 13 января 1996 г.) //СЗ РФ 1996 №3 Ст. ТЮ

Утвержден Верховным Советом РСФСР 24 июня 1983 г./ ВВС РСФСР 1983 №26 Ст. 883

ного и гражданского права, а также нормы конституционного права, определяющие право граждан на жилище

Жилищное законодательство к началу 80-х годов сложилось как достаточно оформленная отрасль законодательства. К этому времени относится принятие актов кодификационного уровня - Основ жилищного законодательства Союза ССР и

союзных республик¹ и жилищных кодексов союзных республик ЖК РСФСР применяется и в современных условиях в части, не противоречащей Конституции РФ и законодательным актам РФ, принятым после 12 июня 1990 г., в том числе ГК В настоящее время к числу важнейших законов, содержащих нормы о регулировании жилищных отношений, относятся ГК, Основы федеральной жилищной политики, Закон РФ "О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации" Нормы жилищного законодательства содержатся в ряде указов Президента РФ, постановлениях Правительства РФ, в актах министерств и ведомств РСФСР и Российской Федерации, органов власти и управления субъектов Федерации, а также в некоторых актах Союза ССР, не противоречащих Конституции РФ и законодательным актам РФ, принятым после 12 июня 1990 г.

Особое место среди актов жилищного законодательства занимают постановления Конституционного суда РФ. В некоторых из них отдельные нормы жилищного законодательства признаны не соответствующими Конституции РФ (например, ч 1 ст. 60 ЖК РСФСР и п 8 ч 2 этой статьи). Следовательно, они считаются утратившими силу Тем самым Конституционный суд РФ оказывает влияние на состав жилищного законодательства.

Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, а также Пленума Верховного Суда СССР по вопросам применения норм жилищного законодательства, по господствующему мнению, не относятся к числу источников права. Однако они оказывают большое влияние на правоприменительную практику, содействуют единообразному пониманию правовых норм.

Конституция РФ относит гражданское законодательство к исключительному ведению Российской Федерации (п. "о" ст 71), а жилищное - к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации (п "к" ч 1 ст 72). При этом разделения компетенции в данной области между Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации специально не предусмотрено Приняты 24 июня 1982 г Верховным Советом СССР// ВВС СССР 1981 № 26 Ст 834 дусмотрено Но содержание ГК позволяет сделать вывод, что наиболее важная часть жилищных отношений регулируется федеральным гражданским законодательством (ср гл 18 и 35 ГК) Гражданское законодательство регулирует отношения, связанные с распоряжением жилыми помещениями путем совершения гражданско-правовых сделок купли-продажи, мены, дарения, ренты и пожизненного содержания, аренды, завещания и др

Жилищным законодательством как федерального уровня, так и субъектов Российской Федерации регулируются отношения, связанные с возникновением и осуществлением права пользования жилыми помещениями и прекращением этого права, определяются требования к жилым помещениям и г д Можно сказать, что к жилищному законодательству относятся все нормы законов и иных правовых актов, связанные с регулированием жилищных отношений, за исключением тех, которые законом прямо отнесены к гражданскому законодательству либо соответствуют признакам предмета гражданско-правового регулирования (например, упомянутые выше правила о порядке и условиях совершения сделок по распоряжению жильем)

"В чистом виде" акты жилищного законодательства практически не существуют Многие законы и иные нормативные акты "с равным основанием мог ут считаться актами как жилищного, так и гражданского законодательства"¹ Таким образом, характеризуя понятие жилищного законодательства, правильнее говорить не только о законах и иных правовых актах жилищного законодательства, но также о нормах этого законодательства, содержащихся в законах и иных правовых актах гражданского законодательства

5. Жилищные фонды

В жилищном законодательстве одним из базовых всегда было понятие "жилищный фонд" в смысле совокупности всех находящихся на территории страны жилых домов и жилых помещений в других строениях (ст 4 ЖК РСФСР).

Жилищный фонд Российской Федерации представляет собой единую структуру, включающую все жилые дома и жилые помещения, находящиеся на ее территории и предназначенные для постоянного проживания, независимо от того, кто является их

собственником, и независимо от стоимости, размеров и т.п.

1 Толстой Ю.К. Жилищное право М., 1996 С. 17

Жилищный фонд - важнейшее национальное достояние, в умножении и сохранности которого заинтересовано все общество. В составе жилищного фонда в таком широком понимании законодательство выделяет отдельные составные части, которые также именуется фондами.

Понятие "жилищные фонды" можно определить как выделяемые из единого жилищного фонда страны по тем или иным критериям совокупности жилых домов и жилых помещений, отличающихся определенным порядком формирования, целевым назначением, правилами использования и другими элементами правового режима. Перечисляя виды жилищного фонда, ЖК РСФСР (ст. 5) называет государственный, общественный жилищные фонды, фонд жилищно-строительных кооперативов, индивидуальный жилищный фонд. Более пространное определение жилищного фонда дается в Основах федеральной жилищной политики, который выделяет частный, государственный, муниципальный и наряду с этим общественный и коллективный жилищные фонды. Эта классификация отражает уровень экономического и правового мышления, существовавшего до принятия Конституции РФ 1993 г. и ГК и до преобразования жилищных отношений. Поэтому следует согласиться с тем, что классификация жилищных фондов, которая дается в ЖК РСФСР 1983 г. и в Основах федеральной жилищной политики 1992 г., явно устарела¹.

Представляется удачным предложение классифицировать жилищные фонды по двум признакам: по их принадлежности к одной из предусмотренных законом форм собственности и в зависимости от форм использования жилых помещений². Ю.К.

Толстой придает основное значение второму признаку, считая, что "следует классифицировать жилые помещения не столько по формам собственности, сколько в зависимости от оснований предоставления их в пользование граждан, поскольку именно этим во многом определяется правовой режим указанных помещений"³. В зависимости от форм собственности выделяются следующие фонды: частный, государственный, муниципальный.

Частный жилищный фонд включает жилые дома и жилые помещения, принадлежащие на праве собственности, во-первых,

¹См. Крашенинников П.В. Указ соч. С. 16, Голоспуй Ю.К. Указ соч. С. 19

²См. Крашенинников П.В. Указ соч. С. 17

³Толстой Ю.К. Указ соч. С. 22. См. также Седугин П.И. Указ соч. С. 56

гражданам (индивидуальные жилые дома; квартиры, приобретенные в порядке приватизации, путем покупки и других сделок: квартиры в домах жилищных и жилищно-строительных кооперативов, если член кооператива полностью выплатил паевой взнос, и т. д.) и, во-вторых, юридическим лицам (построенные или приобретенные за счет их средств, в том числе за счет средств жилищных, жилищно-строительных кооперативов с неполностью выплаченным паевым взносом).

К частному жилищному фонду относятся также жилые дома и жилые помещения в других строениях, принадлежащие на праве собственности общественным организациям. Не входят в частный жилищный фонд жилые дома и жилые помещения, принадлежащие юридическим лицам - государственным и муниципальным предприятиям и учреждениям, поскольку они согласно ст. 294, 296 ГК не являются собственниками.

В состав государственного жилищного фонда входят жилые дома и жилые помещения, принадлежащие на праве собственности Российской Федерации или отдельным субъектам Российской Федерации и при этом находящиеся в хозяйственном ведении или оперативном управлении государственных предприятий или учреждений. В законодательстве широко употребляется понятие "ведомственный жилищный фонд". Этот фонд является частью государственного жилищного фонда. Он состоит из домов, принадлежащих на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления государственным предприятиям или учреждениям и предназначенных для удовлетворения жилищных потребностей их работников.

Муниципальный жилищный фонд состоит из жилых домов и жилых помещений, принадлежащих на праве собственности району, городу, поселку, другим

муниципальным образованиям, включая жилые дома и жилые помещения, находящиеся в хозяйственном ведении или оперативном управлении муниципальных предприятий или учреждений (т. е. их "ведомственный фонд") Муниципальный жилищный фонд предназначен для удовлетворения потребностей населения данного административно-территориального образования и принадлежащих ему предприятий и учреждений.

В зависимости от форм использования жилых помещений в составе жилищного фонда можно выделить, фонд социального использования, индивидуальный и коммерческий жилищные фонды.

Фонд социального использования впервые был предусмотрен в Основах федеральной жилищной политики (ст. 12), а затем ГК (ст 672) К названному фонду относятся жилые помещения в ю-

сударственном и муниципальном жилищных фондах¹, включая жилые дома, квартиры и иные жилые помещения, заселенные на условиях договора найма и предоставляемые в пределах нормы жилой площади, а также жилые помещения в коммунальных квартирах, специализированные дома и жилые помещения в них. Жилищный фонд социального использования охватывает только те жилые помещения, которые включены в фонд социального использования местной администрацией, государственными и муниципальными предприятиями и учреждениями. Часть жилых помещений в домах государственного и муниципального жилищных фондов предоставляется по договору коммерческого найма и по договору аренды.

За гражданами, проживающими по ранее заключенным договорам найма в домах государственного и общественного жилищных фондов, полностью сохраняются права, возникшие из этих договоров независимо от площади занимаемого жилого помещения (см. абз. 2 ст. 14 Основ федеральной жилищной политики). Отсюда следует, что указанные граждане должны рассматриваться как субъекты договора социального найма, хотя они в свое время заключали обычный договор найма жилого помещения.

Индивидуальный жилищный фонд включает жилые дома и жилые помещения, находящиеся в собственности граждан и предназначенные для проживания самого собственника и членов его семьи, а также лиц, которым собственник сдал помещение на основании договора (п. 2 ст. 288 ГК). В данном случае существуют права и обязанности, основанные на нормах гражданского права (права собственника) и на нормах жилищного законодательства (права членов семьи собственника и пользователей по договору с собственником).

Коммерческий жилищный фонд составляют жилые помещения, которые собственник (гражданин или юридическое лицо) использует для извлечения прибыли путем заключения договора коммерческого найма либо договора аренды жилых помещений. Жилые помещения в данном случае могут принадлежать частному лицу или относиться к государственному либо муниципальному фонду.

Право собственности и другие вещные права на жилые помещения, в том числе ограничения этих прав, их возникновение, пе-

¹ В отличие от п. 1 ст. 672 ГК Основы федеральной жилищной политики предусматривали включение в социальный жилищный фонд также жилых помещений в домах общественного фонда В настоящее время эти помещения относятся к частному жилищному фонду

реход и прекращение, подлежат государственной регистрации в Едином государственном реестре. Однако некоторые права на жилые помещения государственной регистрации не подлежат. К их числу относятся права, возникающие из договоров коммерческого и социального найма жилого помещения, а также из членства в жилищных кооперативах¹.

Жилищный фонд России, независимо от принадлежности, подлежит государственному учету в порядке, установленном Правительством РФ. В составе жилищного фонда учитываются жилые дома и жилые помещения в других строениях, предназначенные для постоянного проживания граждан, а также для использования в установленном порядке в качестве служебных жилых помещений и общежитии.

В жилищный фонд не входят и не учитываются в его составе дачи дачно-строительных кооперативов, садовые домики садоводческих товариществ, вагончики, используемые

строителями, мотели, турбазы, дома отдыха, санатории, пансионаты и другие строения и помещения, предназначенные для сезонного или временного проживания независимо от длительности проживания в них граждан². Не могут быть отнесены к жилищному фонду и не подлежат государственному учету самовольно построенные дома и другие строения (ст. 222 ГК).

Учет помещения или строения в составе жилищного фонда имеет важное юридическое значение. Если строение или помещение не учтено в составе жилищного фонда, к отношениям, возникшим по их поводу, не могут применяться нормы жилищного законодательства (например, правила о правах членов семьи основного пользователя, о выселении и т. д.).

§ 2. Договор найма жилого помещения

1. Понятие и виды договора найма жилого помещения

По договору найма жилого помещения одна сторона - собственник или управомоченное им лицо (наймодатель) обязуется предоставить другой стороне (нанимателю) жилое помещение за плату во владение и пользование для проживания в нем (п. 1 ст. 671 ГК).

1 См.: Крашенинников ПВ. Указ. соч. С. 18.

1 См.: постановление Совета Министров СССР от 10 февраля 1985 г. "О порядке государственного учета жилищного фонда" // СП СССР. 1985. № 8. Ст 27.

Договор найма жилого помещения является консенсуальным, возмездным, двусторонним. Это положение относится ко всем договорам найма жилого помещения независимо от того, кто является собственником сдаваемых внаем жилых помещений и кто выступает их нанимателем.

ГК выделяет два его вида: договор найма жилого помещения в государственном и муниципальном жилищном фонде социального пользования (договор социального найма) и договор найма жилого помещения, в котором наймодатель выступает как предприниматель, преследующий цель извлечения прибыли. Этот вид договора получил в литературе название "договор коммерческого найма"¹.

Как разновидности одного понятия (договора найма жилого помещения) названные договоры имеют определенные общие черты. И тот и другой опосредуют отношения по предоставлению жилых помещений в пользование за плату. Стороны в обоих договорах именуется "наймодатель" и "наниматель". В ГК содержатся одинаковые требования к форме этих договоров (ст. 674), единообразно определены обязанности нанимателя (ст. 678) и обязанности сторон по ремонту сданного внаем жилого помещения (ст. 681), одинаково регламентируется правовое положение временных жильцов (ст. 680) и в значительной части - поднанимателей (п. 1-3 ст. 685). Вместе с тем это общее в их природе реализуется в законодательстве на принципиально разных основаниях.

Договор социального найма может быть заключен только на жилое помещение, относящееся к фонду социального использования, и при наличии у гражданина определенных предпосылок для его заключения: нуждаемость в улучшении жилищных условий, постоянное проживание в данном населенном пункте, состояние на учете нуждающихся в улучшении жилищных условий, наличие решения соответствующего органа о предоставлении жилого помещения данному гражданину и его семье в соответствии с действующими нормами, выдача ордера на занятие указанного в нем жилого помещения.

Что касается договора коммерческого найма, то ни одной из названных предпосылок для его заключения не требуется. Здесь

1 Крашенинников ПВ >каз соч С 8,28 В Основах федерального жилищной политики данный договор именуется "договором аренды" (ст 1,17), в ГК - "договором найма жилого помещения" (п 1 ст 671) В Основах федеральной жилищной политики термин "договор найма" употребляется по отношению к социальному найму (ст 113)

господствует принцип свободы договора, в соответствии с которым стороны сами определяют содержание таких важнейших условий, как срок договора, размер и порядок внесения платы за жилое помещение, распределение обязанностей по ремонту сданного внаем жилого помещения и др.

Договор коммерческого найма - это гражданско-правовой договор, а договор социального найма, в сущности, представляет собой квазидоговор, поскольку его заключение и все его элементы, права и обязанности сторон predetermined законом, иными правовыми и административными актами. Для свободного волеизъявления сторон, что наиболее характерно для гражданско-правового договора, здесь почти не остается места. Поэтому "родство" договоров социального и коммерческого найма весьма относительно. В качестве аргумента в пользу сближения этих договоров представляется некорректным ссылаться на то, что некоторые нормы ГК, относящиеся к коммерческому найму, распространяют свое действие и на договор социального найма (ст. 674, 675, 678, 680, 681 и п. 1-3 ст. 685). Правильнее рассматривать это как прием законодательной техники, в соответствии с которым следует избегать буквального совпадения норм не только в одном, но и в разных нормативных актах (в данном случае в ГК и ЖК РСФСР). Основное значение имеет содержащееся в п. 3 ст. 672 ГК положение о том, что договор социального найма жилого помещения заключается по основаниям, на условиях и в порядке, предусмотренных жилищным, а не гражданским законодательством.

1. Предпосылки заключения договора социального найма жилого помещения
К предпосылкам (условиям), при наличии которых гражданин может претендовать на получение жилого помещения из фонда социального использования (бесплатно), как следует из ст. 28 ЖК РСФСР, относятся нуждаемость в улучшении жилищных условий и постоянное проживание в данном населенном пункте. Кроме того, для получения жилого помещения из фонда социального использования согласно ст. 9 Основ федеральной жилищной политики требуется еще одно условие - принадлежность к одной из указанных в законе категорий граждан.

Однако изложенный порядок, как вытекает из ст. 10 Основ федеральной жилищной политики, вступит в действие лишь после завершения перехода к рыночным отношениям. Поскольку трудно сказать, когда завершится этот переход, срок введения нового порядка в действие надо признать весьма неопределенным. Пока же он не действует, и для граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий, сохраняется существующий порядок постановки на учет и обеспечения жилыми помещениями. Таким образом, вступление в действие ст. 9 Основ федеральной жилищной политики заблокировано ст. 10 этого же Закона. Следовательно, для обращения за получением жилья бесплатно из фонда социального использования требуется наличие двух условий - нуждаемости и проживания в данном населенном пункте

Нуждаемость в данном случае понимается как острая потребность в улучшении жилищных условий данного гражданина и его семьи, которая определяется не субъективной оценкой гражданином своих жилищных условий, а объективными критериями, предусмотренными законодательством.

Перечень наиболее распространенных оснований признания граждан нуждающимися в улучшении жилищных условий содержится в ЖК РСФСР, а также в других нормативных актах, в том числе принятых субъектами Российской Федерации. К числу таких оснований ЖК РСФСР (ст. 29), в частности, относит.

1. обеспеченность жилой площадью на одного члена семьи ниже уровня, установленного субъектом Российской Федерации (ниже "учетной нормы"),
2. проживание в жилом помещении (доме), не отвечающем установленным санитарным и техническим требованиям.
3. проживание в квартирах, занятых несколькими семьями, если в составе семьи имеются больные, страдающие тяжелыми формами некоторых хронических заболеваний, при которых совместное проживание с ними в одной квартире невозможно

Для некоторых категорий граждан предусмотрены льготные условия отнесения их к нуждающимся в улучшении жилищных условий:

- инвалиды Великой Отечественной войны,
 1. семьи погибших или пропавших без вести воинов и приравненных к ним в установленном порядке лиц.
- одинокие женщины - участницы Великой Отечественной войны и др

Их перечень содержится в Примерных правилах учета граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий, и предоставления жилых помещений в РСФСР, утвержденных постановлением Совета Министров РСФСР от 3 июля 1984 г.¹ (далее - Примерные правила).

Вторым условием, необходимым для получения жилого помещения из фонда социального использования, является по общему

'СП РСФСР 1984 №14 Ст 121.САППРФ 1993 №11 Ст 2860

правилу постоянное проживание гражданина в данном населенном пункте

Доказательством постоянного проживания признается на практике в первую очередь наличие регистрации по месту жительства. В некоторых правилах учета граждан, нуждающихся в жилье, и распределения жилой площади требуется не только постоянное, но и длительное проживание (например, в Москве, как правило, не менее 10 лет)

В случаях, предусмотренных законодательством, постоянное проживание не является обязательным условием получения жилого помещения из фонда социального использования. Например, некоторые категории граждан (строители, моряки и др.) по роду работы связаны с передвижением и обычно не имеют постоянного места жительства. Они вправе требовать предоставления (в установленном порядке) жилого помещения из фонда социального использования в том населенном пункте, который стал местом их проживания.

Если гражданином доказано наличие рассмотренных выше условий, у него возникает право требовать принятия на учет нуждающихся в улучшении жилищных условий. Это требование в виде письменного заявления адресуется органу местной администрации или предприятию, учреждению, где гражданин работает. Учет заключается в том, что гражданин, подавший соответствующее заявление (с приложением необходимых документов), записывается в специальную книгу, содержащую список лиц, подавших аналогичные заявления.

С момента принятия на учет у гражданина возникает право состоять на учете и соответствующее правоотношение, субъектами которого являются гражданин и орган, принявший его на учет. По своей природе это правоотношение является административно-правовым, но относится к комплексной отрасли права - жилищному законодательству. Право гражданина состоять на учете охраняется законом. Снятие с учета допускается только в случаях, предусмотренных ЖК РСФСР (ст. 32). В случае нарушения прав гражданина, имевшихся у него в связи с постановкой на учет (например, необоснованное снятие с учета, изменение в очереди и т. п.), он вправе обратиться в суд с жалобой на неправомерные действия органов, допустивших нарушение¹.

При составлении списка лиц, которым намечается предоставить жилое помещение в текущем году, формируются две основ-

1 См Закон РФ от 27 апреля 1993 г. "Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан" ВВС РФ 1993 №19 Ст 685

ные очереди (два списка): общая очередь и особая очередь, которая состоит из лиц, имеющих право на первоочередное получение жилья. Перечень категорий лиц, которые относятся к "первоочередникам", дается в ЖК РСФСР (ст. 36), в отдельных законах и подзаконных актах, а также в Правилах и Положениях, принятых субъектами Российской Федерации. К их числу отнесены лица, нуждающиеся в особой социальной защите (инвалиды; лица, страдающие особыми формами некоторых хронических заболеваний; многодетные семьи и т. п.), а также граждане, имеющие особые заслуги (Герои Советского Союза и Герои Российской Федерации, Герои социалистического труда, семьи лиц, погибших при исполнении государственных или общественных обязанностей, выполнении долга гражданина по спасанию человеческой жизни, и многие другие категории граждан). Специальные правила установлены для первоочередного обеспечения жильем определенных категорий военнослужащих¹.

Внеочередное предоставление жилых помещений предусмотрено для некоторых категорий граждан и означает, что вопрос о предоставлении им жилья решается не в порядке очереди и, как правило, без принятия гражданина на учет. К числу "внеочередников" отнесены, в частности, граждане, жилище которых в результате

стихийного бедствия (пожар, наводнение, оползень и т. п.) стало непригодным для проживания², граждане, вернувшиеся в прежнее место жительства по окончании пребывания в государственном детском учреждении либо у родственников, опекунов или попечителей, где они находились на воспитании, если им не может быть возвращена жилая площадь, откуда они когда-то выбыли (ст. 37 ЖК РСФСР). К "внеочередникам" отнесены и многие другие категории граждан³.

1. Предоставление жилого помещения из фонда социального использования
Решение о предоставлении жилого помещения из фонда социального использования принимается органом, в распоряжении которого находится жилищный фонд. Оно влечет прекращение жилищного (административного) правоотношения, возникшего из факта принятия гражданина на учет нуждающихся в улучшении

¹См Закон РФ от 22 января 1993 г "О статусе военнослужащих"//ВВС РФ 1993 № 6 Ст 188, СЗ РФ 1995 № 48 Ст 4560

² Это правите должно, очевидно, распространяться и на случаи, когда жилище вообще перестало существовать

³ В литературе называют более 15 таких случаев См Крашенинников ПВ Указ соч С 36-37

жилищных условия, и создает право гражданина получить ордер на занятие жилого помещения Право на занятие помещения возникает только из ордера; решение о предоставлении жилого помещения само по себе не является основанием для вселения в это помещение.

Жилое помещение, предоставляемое при улучшении жилищных условий граждан, согласно ст. 40 ЖК РСФСР должно быть благоустроенным применительно к условиям данного населенного пункта, отвечать установленным санитарным и техническим требованиям. Кроме того, при предоставлении жилых помещений должны учитываться состояние здоровья граждан и другие заслуживающие внимания обстоятельства. В частности, не допускается заселение одной комнаты лицами разного пола старше девяти лет, кроме супругов (ст. 41 ЖК РСФСР). Требования к предоставляемому жилому помещению характеризуются также тем, что закон предусматривает принцип посемейного заселения, жилое помещение должно, как правило, предоставляться в виде отдельной квартиры на семью (ч. 1 ст 28 ЖК РСФСР).

Учитывая постоянный дефицит жилья, советское, а теперь и российское жилищное законодательство всегда предусматривало норму жилой площади, под которой разумеется количество квадратных метров на одного человека (в домах государственного и муниципального жилищных фондов). В Российской Федерации норма жилой площади составляет 12 кв. м на одного человека (ст. 38 ЖК РСФСР). Однако норма жилой площади по смыслу закона и на практике не означает, что предоставляемое гражданину жилое помещение должно быть таким, чтобы на каждого члена семьи приходилось не менее 12 кв. м. Статья 40 ЖК РСФСР предусматривает, что жилое помещение предоставляется гражданам в пределах нормы жилой площади, но не менее минимального размера, устанавливаемого органами власти субъектов Российской Федерации в зависимости от уровня жилищной обеспеченности, состава семьи и других факторов¹.

Таким образом, законодательство признает наличие трех видов жилищных норм.

1) норма жилой площади, которая закреплена ст 38 ЖК РСФСР,

1. норма для принятия на учет нуждающихся в улучшении жилищных условий ("учетная норма"),

1 Изложенное понятие "минимального размера предоставления жилых помещений" содержится в ст 11 Основ федеральной жилищной политики Раньше "минимальный размер" определялся в порядке, установленном Правительством РФ (абз 2 ст 40 ЖК РСФСР)

3) норма предоставления жилой площади при улучшении жилищных условий (абз. 2 ст. 40 ЖК РСФСР).

Применительно к правовому режиму жилых помещений, включенных в фонд социального использования, Основы федеральной жилищной политики учредили еще одну норму - социальную норму площади жилья. Под этой нормой понимается "размер площади жилья, приходящейся на одного человека, в пределах которой осуществляется

предоставление компенсаций (субсидий) по оплате жилья и коммунальных услуг" (ст. 1). Эта норма не относится к предоставлению жилых помещений. Некоторые субъекты Российской Федерации приняли нормативные акты, которые, в отличие от ЖК РСФСР, устанавливают размер не жилой, а общей площади жилого помещения, куда включается площадь не только комнат, но и подсобных помещений (кухонь, ванных комнат, коридоров и т. п.)¹.

Юридическое значение нормы жилой площади заключается в том, что она принимается во внимание при определении размера жилой площади, которая подлежит повышенной оплате в качестве излишней (ст. 55 ЖК РСФСР); при выселении с предоставлением другого жилого помещения (ст. 96 ЖК РСФСР); в случае сноса принадлежащих гражданам на праве собственности жилых домов в связи с изъятием земельных участков для государственных или общественных нужд (ст. 137 ЖК РСФСР) и в некоторых других случаях.

Отдельным категориям граждан предоставляется жилая площадь, именуемая дополнительной. Дополнительная жилая площадь предоставляется в виде комнаты или в размере 10 кв. м (для некоторых категорий граждан - в большем размере - см. ст. 39 ЖК РСФСР). Порядок и условия предоставления дополнительной жилой площади, а также перечень категорий граждан, имеющих право на ее получение, устанавливаются законодательством. В настоящее время действуют постановления, принятые в 30-х годах². На практике право на дополнительную жилую площадь понимается как возможность пользоваться фактически имеющейся площадью, размер которой превышает жилищную норму. Требовать ее предоставления гражданам не может. На основании решения о предоставлении гражданину жилого помещения орган местной администрации выдает ему специаль-

1 См.: Крашенинников П. В. Указ. соч. С. 40.

2 См., например: постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 28 февраля 1930 г. "О праве пользования дополнительной жилой площадью" (с последующими изменениями) // СУ РСФСР. 1930. № 14. Ст. 181.

ный документ - ордер на занятие жилого помещения. Особыми ордерами оформляются решения о предоставлении служебных жилых помещений и мест в общежитиях.

Юридическое значение ордера заключается в том, что этот документ, имеющий административно-правовую природу, влечет возникновение одного из видов жилищных правоотношений - правоотношения между

гражданином-ордеродержателем и жилищно-эксплуатационной организацией, в силу которого гражданин вправе требовать обеспечения ему возможности занять указанное в ордере жилое помещение (например, путем выдачи ключей от него), а жилищно-эксплуатационная организация обязана обеспечить такую возможность. Кроме того, из ордера возникает право ордерадержателя требовать заключения договора социального найма жилого помещения и соответствующая этому праву обязанность жилищно-эксплуатационной организации заключить договор.

В законе содержание данного жилищного правоотношения выражено указанием на то, что ордер является единственным основанием для вселения в жилое помещение (ст. 47 ЖК РСФСР). Дальнейшие отношения будут складываться на основании договора.

Вселение в жилое помещение без ордера означает незаконное занятие жилой площади. Согласно п. 1 ст. 672 ГК жилые помещения в государственном и муниципальном фонде социального использования предоставляются гражданам по договору социального найма. Данная норма не отрицает юридическое значение ордера, поскольку по этому договору наймодавец обязан предоставить нанимателю именно то жилое помещение, которое указано в ордере (ст. 51 ЖК РСФСР). Ордер предшествует договору, предопределяет его стороны и объект. Вселение в жилое помещение происходит на основании ордера, а не договора.

Сам ордер как документ имеет административно-правовую природу (слово "ордер" означает приказ). Несмотря на это, возникшее из ордера право на вселение в жилое помещение имеет имущественное содержание и потому должно рассматриваться как субъективное гражданское полномочие¹.

Правоотношение, возникшее из ордера, существует недолго: оно прекращается путем исполнения, т. е. в момент заключения письменного договора до вселения либо в

результате факта вселения в жилое помещение, если письменный договор до этого не был заключен. Данное правоотношение может прекратиться и путем отказа гражданина занять по тем или иным мотивам указанное в ордере помещение.

1 См.: Маслов В.Ф. Право на жилище. Харьков, 1986. С. 220.

Выданный гражданину ордер может быть признан недействительным. Поскольку основанное на ордере право имеет имущественное содержание, признание ордера недействительным возможно только по решению суда, но не в административном порядке. Основанием для признания выданного гражданину ордера недействительным является нарушение порядка и условий предоставления жилых помещений. В числе наиболее существенных нарушений такого рода ЖК РСФСР (ст. 48) указывает:

1. представление гражданином не соответствующих действительности сведений о нуждаемости в улучшении жилищных условий;
2. нарушение прав других граждан или организаций на указанное в ордере жилое помещение;
3. неправомерные действия должностных лиц при решении вопроса о предоставлении жилого помещения.

В судебной практике к числу оснований признания ордера недействительным относится также нарушение очередности предоставления жилых помещений¹.

Признание ордера недействительным означает отпадение юридического основания для вселения в жилое помещение и недействительность заключенного договора социального найма. Поэтому лица, вселившиеся по недействительному ордеру, подлежат выселению (ст. 100 ЖК РСФСР).

1. Заключение договоров коммерческого и социального найма жилого помещения
Для заключения договора коммерческого найма не требуются предпосылки в виде решения какого-либо органа, выдача ордера и т. п.² В условиях действия принципа свободы договора ни на одном из контрагентов не лежит обязанность вступить в договорные отношения. Не действует и предусмотренное законом исключение, относящееся к публичным договорам, поскольку договор коммерческого найма жилого помещения не относится к числу публичных.

1 См.: п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РСФСР от 26 декабря 1984 г. № 5 "О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса РСФСР" (с изменениями и дополнениями, внесенными постановлением Пленума от 29 августа 1989 г. № 5, в редакции постановления Пленума от 21 декабря 1993 г. № И) // ВВС РСФСР. 1985. № 3; 1989. № 11

2 Несколько иной порядок действует в Москве согласно распоряжению мэра Москвы от 29 октября 1998 г. № 1088-РМ заключение договора коммерческого найма осуществляется на основании решения органа исполнительной власти Правительства Москвы Однако это правило применяется лишь в случаях, когда сдаваемое внаем помещение находится в государственной и муниципальной собственности г. Москвы Существенным для рассматриваемого договора является условие о предмете, а также другие условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Например, будущий наниматель во время преддоговорных контактов с собственником дома предложил, чтобы в договор найма было включено условие о праве нанимателя пользоваться частью земельного участка с указанием ее размера и границ.

Договор социального найма заключается только на основании выданного гражданину ордера¹. Жилищно-эксплуатационная организация не может предоставить жилое помещение лицу, не имеющему ордера, и не вправе заключить с ним договор найма жилого помещения. Договор социального найма заключается на основе Типового договора, который как нормативный акт определяет наиболее важные условия заключаемых договоров².

Вопрос о соотношении ордера и договора социального найма был и остается спорным в литературе по жилищному праву³.

Высказывалось мнение, что правоотношение найма жилого помещения и право пользования жилым помещением возникают только из ордера, а договор лишь оформляет возникшее право⁴. Эта точка зрения означает крайнее принижение роли договора найма жилого помещения, что противоречит закону и практике.

Широкое распространение получил взгляд, согласно которому право пользования жилым помещением возникает из сложного фактического состава, включающего и ордер, и заключенный на его основе договор найма жилого помещения⁵. Некоторые авторы включают в этот сложный состав и другие юридические факты: решение о предоставлении жилого помещения, выдача ордера, вселение ордеродержателя в указанное в ордере помещение,

1В Москве с 1 января 1999 г. выдача ордеров прекращена, договоры найма жилых помещений заключаются на основании выписки из решения органа исполнительной власти Правительства Москвы. См.: распоряжение мэра Москвы от 29 октября 1998 г. № 1088-РМ.

2 См. • Типовой договор найма жилого помещения в домах государственного, муниципального и общественного жилищного фонда в РСФСР, утвержденный постановлением Совета Министров РСФСР от 25 сентября 1985 г. № 415 (с изменениями от 18 января 1992 г., от 23 февраля 1993 г.)// СП РФ. 1992. № 6. Ст. 31; САПП РФ. 1993. №31. Ст. 2860.

1 Анализ высказанных мнений см. в работах. Васин Ю Г. Вопросы советского жилищного права Алма-Ата, 1963; Толстой Ю.К Развитие и совершенствование жилищного законодательства в СССР// Правоведение. 1973. № 1.

4 См.: Советское гражданское право Ч 2 М., 1938; Аскназий СИ Советское жилищное право. М., 1940 С. 62.

5 См.: Аскназий С.И., Брауде ИЛ, Пергамент А.И. Жилищное право. М., 1956. С 113-114; Маслов В.Ф. Указ соч С. 221

заклучение письменною доювора найма жилою помещения¹. Авторы изложенной точки зрения допускают ошибку, когда считают, что перечисленные юридические факты в совокупности порождают одно жилищное правоотношение, которое постепенно (иногда в течение 15-20 и более лет) формируется и наполняется содержанием после наступления каждого из юридических фактов, входящих в сложный фактический состав. Трудно согласиться, что с самими этими фактами не связаны какие-либо юридические последствия, и что они представляют собой что-то вроде "строительного материала" для достижения главного результата - рождения жилищного правоотношения, под которым сторонники изложенного взгляда разумеют правоотношение найма жилого помещения.

Представляется правильной разработанная в литературе концепция, согласно которой правоотношение найма жилого помещения и, соответственно, право пользования жилым помещением возникают только из договора найма жилого помещения. Что же касается таких фактов, как решение о предоставлении жилого помещения, ордер, вселение в жилое помещение, то каждый из них (в особенности ордер), как было показано, влечет возникновение самостоятельного жилищного правоотношения, которое имеет свой субъектный состав, свое содержание и все другие атрибуты. В литературе такое решение данного вопроса впервые было предложено Ю.А. Мехтиевым².

Следует признать, что пока договор социального найма не заключен, правоотношение найма жилого помещения не возникает; у гражданина, несмотря на наличие у него ордера, нет права пользования указанным в ордере помещением, нет обязанности вносить плату за пользование им и т. д. Указанные права и обязанности он приобретает только с момента заключения договора.

Вместе с тем следует иметь в виду, что ордер - порождение жилищной нужды. В условиях крайнего дефицита жилья он использовался для легитимации того, кто из тысяч нуждающихся в улучшении жилищных условий граждан может получить жилое помещение и заключить договор на пользование им. С переходом к рыночным отношениям в жилищной сфере ордер будет исполь-

1 См ЧигирВФ Советское жилищное право Минск, 1968 С 61, Толстой Ю К Советское жилищное законодательство Л , 1974 С 21, СедугинПИ Указ соч С 118

' См Мехтиев Ю А Юридические гарантии прав граждан при распределении жилых помещений в домах государственного фонда / Вестник МГУ Серия 11 Право I486 №6 зеваться лишь при предоставлении жилья малоимущим и другим социально не защищенным категориям граждан, т. е. в достаточно редких случаях.

Договоры и коммерческого, и социального найма согласно ст. 674 и п. 3 ст. 672 ГК должны заключаться в письменной форме. Практика показывает, что указанное требование более последовательно соблюдается при заключении договоров коммерческого найма, поскольку стороны сами определяют и стараются зафиксировать на бумаге все условия достигнутого соглашения.

Что касается договора социального найма, то на практике он, как правило, заключается в устной форме и путем совершения конклюдентных действий: гражданин сдает жилищно-эксплуатационной организации ордер, получает ключи от квартиры и вселяется в нее. Эти действия свидетельствуют о состоявшемся между сторонами соглашении по поводу найма жилого помещения. Что же касается условий договора, в том числе условий об объекте, о плате за жилое помещение и др., то они предусмотрены заранее ордером, законодательством, Типовым договором найма жилого помещения. В практике встречаются и случаи заключения письменного договора до вселения ордера держателя в жилое помещение.

Представляется, что письменная форма должна быть внедрена и в практику заключения договоров социального найма с учетом ее преимуществ.

Несоблюдение предписанной законом простой письменной формы договора найма жилого помещения (как коммерческого, так и социального) не влечет недействительности договора. Такое последствие наступает только в случаях, прямо указанных в законе или в соглашении сторон (п. 1 и 2 ст. 162 ГК).

Срок в договоре найма жилого помещения определяется по-разному для договоров коммерческого и социального найма.

Согласно п 1 ст. 683 ГК договор коммерческого найма заключается на срок, не превышающий пяти лет. Однако срок не является существенным условием данного договора, стороны могут вообще не упомянуть о нем. В этом случае договор считается заключенным на пять лет.

Если договор заключен на срок до одного года, он считается краткосрочным и на него не распространяются указанные в п. 2 ст. 683 ГК правила, относящиеся к договору со сроком более одного года. В частности, на краткосрочный договор не распространяется норма о преимущественном праве нанимателя на заключение договора на новый срок (п. 2 ст. 683, ч. 1 ст. 684).

Преимущественное право на заключение договора коммерческого найма на новый срок (по истечении срока заключенного договора) закон признает за нанимателем. Однако реализация этого права предполагает определенные действия наймодателя. Не позднее чем за три месяца до истечения срока договора он обязан либо предложить нанимателю заключить договор на тех же или иных условиях, либо предупредить нанимателя об отказе от продления договора в связи с решением не сдавать помещение внаем в течение не менее одного года. Невыполнение наймодателем этой обязанности (при отсутствии отказа нанимателя от продления) влечет следующее последствие:

договор считается продленным на тех же условиях и на тот же срок. Определенные последствия предусмотрены и на случай несоблюдения наймодателем своего решения не сдавать помещение внаем в течение года, использованного им для отказа продлить договор: наниматель вправе требовать признания недействительным договора, заключенного наймодателем с другим лицом и (или) возмещения убытков, причиненных отказом возобновить с ним договор (ч. 4 ст. 684 ГК).

В отличие от договора коммерческого найма договор социального найма является бессрочным, т. е. не содержит условия о сроке. На первый взгляд это правило является разумным, поскольку расторжение договора социального найма по мотивам, связанным с истечением срока, не допускается, а перезаключение договоров, как показала практика прошлых лет, когда законом предусматривался срок договора найма, было бы простой формальностью. Но путем установления срока договора социального найма и перезаключения этих договоров каждые пять лет можно было бы обеспечить проверку выполнения сторонами договорных обязательств, что содействовало бы выявлению случаев их нарушения, например обязанностей жилищных организаций в отношении ремонта жилищного фонда, устранения неисправностей сантехнического и иного оборудования и т. д., а также обязанностей нанимателей по выполнению текущего ремонта, использованию жилых помещений по прямому назначению и т. д. В

итоге произошло бы повышение авторитета договора социального найма и его роли в обеспечении жилищных прав граждан и сохранности жилищного фонда.

5. Стороны договора найма жилого помещения

Наймодателем и при коммерческом, и при социальном найме выступает собственник жилого помещения или уполномоченное им лицо. Собственник, имеющий жилищный фонд, обычно создает для его эксплуатации специальные жилищно-эксплуатационные организации с правами юридического лица, которые наделяются правом заключать договоры найма жилых помещений. Но нередко собственник жилья и непосредственно заключает договоры с нанимателями. Это встречается в случаях, когда собственник располагает небольшим количеством жилых помещений, предназначенных для сдачи внаем.

Рассмотренные положения относятся к договорам и коммерческого, и социального найма. Но по ряду вопросов они конкретизируются применительно к каждому из них. В качестве нанимателя и при коммерческом, и при социальном найме может выступать только гражданин, физическое лицо, поскольку жилое помещение, как указывается в п. 1 ст. 671 ГК, предоставляется "для проживания в нем". Юридическое лицо может иметь жилое помещение во владении и (или) пользовании на основе договора аренды или иного договора, а затем предоставлять его гражданам (как правило, своим работникам) для проживания, заключая договоры найма жилого помещения, в которых оно выступает в качестве наймодателя. Таким образом, юридическое лицо может использовать жилое помещение только для проживания граждан.

В договоре коммерческого найма в качестве наймодателя чаще всего выступает собственник жилого помещения, причем относящегося к любому фонду - частному, государственному, муниципальному. По общему правилу это помещение, входящее в частный жилищный фонд. Наймодателем по договору коммерческого найма собственник обычно выступает не непосредственно, а через уполномоченное им лицо (например, через созданную им структуру либо через представителя).

Как правило, в качестве нанимателя в договоре коммерческого найма выступает один человек (физическое лицо). Но закон допускает и множественность лиц на стороне нанимателя. Согласно п. 4 ст. 677 ГК граждане, проживающие вместе с нанимателем, могут заключить с ним договор о том, что все постоянно проживающие в жилом помещении граждане несут совместно с нанимателем солидарную ответственность перед наймодателем. В этом случае такие граждане признаются сонанимателями; следовательно, в обязательстве коммерческого найма жилого помещения на стороне нанимателя будут участвовать не одно, а одновременно несколько лиц (см. п. 1 ст. 308 ГК). Условием заключения такого договора является уведомление наймодателя.

Совместно с нанимателем обычно проживают супруг, дети, родители и другие члены семьи. Но это могут быть и лица, не относящиеся к членам семьи. Заключая договор найма жилого помещения на коммерческих началах, гражданин сам определяет, кто будет проживать совместно с ним в нанятом им помещении. В числе этих лиц может вообще не быть его родственников. Как отмечено в литературе, "в коммерческом найме может и не быть семейных или родственных отношений"¹.

Наряду с признанием за нанимателем права свободно решать вопрос о том, кто будет вместе с ним проживать в нанятом жилом помещении, закон в интересах наймодателя предусматривает определенные границы осуществления этого права. При отсутствии таких границ наниматель имел бы возможность при заключении договора (и в дальнейшем) вселять в жилое помещение слишком большое количество жильцов безотносительно к их личным качествам, что приводило бы к ущемлению интересов наймодателя, для которого важно обеспечить сохранность сданного внаем жилья и, кроме того, соблюдение жильцами требований правопорядка и правил общежития. В связи с этим закон устанавливает, что в договоре коммерческого найма жилого помещения должен содержаться перечень лиц, которые будут проживать совместно с нанимателем. Если же в договоре такой перечень отсутствует, то постоянное проживание граждан совместно с нанимателем, как следует из ст. 679 ГК, допускается лишь с согласия наймодателя. Следовательно, наймодатель вправе не допускать постоянного проживания совместно с нанимателем лиц, если их вселение произошло

без его согласия.

При вселении других граждан для постоянного проживания (кроме вселения их при заключении договора) требуется согласие наймодателя, нанимателя и граждан, постоянно с ним проживающих. Такое согласие не требуется лишь при вселении несовершеннолетних детей. Очевидно, имеются в виду дети не только нанимателя, но и лиц, совместно с ним проживающих.

Определенные ограничения при вселении новых жильцов в нанятое жилое помещение установлены в целях соблюдения санитарно-гигиенических норм и требований, а также правил учета населения, т. е. в публичных интересах. Вселение допускается при условии соблюдения требований законодательства о норме жилой площади на одного человека (кроме случаев вселения несовершеннолетних детей). Кроме того, при вселении новых граждан для совместного постоянного проживания с нанимателем требуется соблюдение правил регистрационного учета².

1 Крашенинников П.В. Указ, соч С. 50

2 Правила регистрации и снятия граждан Российской Федерации с регистрационного учета по месту пребывания и по месту жительства в пределах Российской Федерации, утвержденные постановлением Правительства РФ от 17 июля 1995 г №713//СЗРФ 1995 №30. Ст. 2939.

При определении объема прав и обязанностей по пользованию жилым помещением самого нанимателя и граждан, постоянно проживающих совместно с ним, закон исходит из принципа равенства их прав и обязанностей. Этот принцип не может быть изменен по соглашению сторон: отношения между нанимателем и постоянно проживающими совместно с ним гражданами согласно императивной норме абз. 2 п. 2 ст. 677 ГК определяются законом. Вместе с тем лица, постоянно проживающие совместно с нанимателем, не состоят непосредственно с наймодателем в правовых отношениях по поводу пользования жилым помещением. За совершенные ими действия, которые нарушают условия договора найма жилого помещения, всю ответственность перед наймодателем несет наниматель. В данном случае имеет место ответственность должника за действия третьих лиц (ст. 403 ГК). Исключением является случай, когда лица, постоянно проживающие совместно с нанимателем, заключают с ним договор, в соответствии с которым все они становятся сонанимателями и несут перед наймодателем солидарную ответственность (п. 4 ст. 677 ГК).

Стороны в договоре социального найма predetermined заранее в документе, который служит предпосылкой заключения этого договора, - в ордере. Ордер адресован прежде всего будущему наймодателю. Если жилое помещение относится к муниципальному жилищному фонду, то наймодателем выступает орган местного самоуправления (местная администрация) или муниципальная жилищно-эксплуатационная организация - жилищно-эксплуатационная контора (ЖЭК), дирекция эксплуатации зданий (ДЭЗ) и т. п. Стороной в договоре может быть также муниципальное предприятие или учреждение, имеющие жилищный фонд. Если же внаем сдается жилое помещение в доме государственного жилищного фонда, то в качестве наймодателя выступает государственное предприятие или учреждение, на балансе которых как юридических лиц имеется жилищный фонд, либо созданная ими жилищно-эксплуатационная организация.

Нанимателем в договоре социального найма жилого помещения может выступать только гражданин, на имя которого выдан ордер (ч. 1 ст. 51 ЖК РСФСР).

Следовательно, переуступка права, возникшего из ордера, невозможна. Однако после заключения договора возможна замена нанимателя другим совершеннолетним членом семьи.

В случае выбытия нанимателя или его смерти договорные отношения, как правило, не прекращаются, поскольку нанимателем становится кто-либо из совершеннолетних членов семьи выбыв-

шего - по соглашению между ними (см. ст. 88 ЖК РСФСР). Если единственным лицом, имеющим право на занимаемое жилое помещение, окажется несовершеннолетний, договор заключается от его имени опекуном или попечителем¹.

Договор социального найма прекращает действие, если выбывший наниматель

проживал один.

Правом постоянного пользования жилым помещением по договору социального найма обладает не только наниматель, но и члены его семьи. Перечень лиц, вселяющихся в жилое помещение в качестве членов семьи, содержится в ордере. Все другие лица, проживающие вместе с нанимателем, прав постоянного пользования не имеют, они именуются временными жильцами. В связи с этим понятие "член семьи нанимателя" приобретает особую значимость².

Определяя круг членов семьи нанимателя, ЖК РСФСР (абз. 2 ст. 53) выделяет, во-первых, лиц, которые относятся к членам семьи, и, во-вторых, лиц, которые могут быть признаны членами семьи.

К членам семьи относятся: супруг нанимателя, их дети и родители (т. е. совместные дети супругов и дети каждого из них, а также родители каждого из супругов). Их право на пользование данным жилым помещением основано на факте указанной семейно-правовой связи и, кроме того, на факте совместного проживания с нанимателем. Никаких других условий не требуется.

Наряду с этим некоторые лица могут быть признаны членами семьи (в спорных случаях - по решению суда). К их числу относятся: другие родственники нанимателя (а также родственники его супруга) независимо от степени родства; нетрудоспособные иждивенцы, а в исключительных случаях - и другие лица (в частности, лица, состоящие с нанимателем либо с кем-либо из членов его семьи в фактических брачных отношениях). Для признания таких

1 См.: п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РСФСР от 26 декабря 1984 г.

2 Единого понятия "член семьи", которое могло бы использоваться в разных отраслях законодательства, не существует. Очевидно, выработка такого универсального понятия невозможна. Поэтому в отдельных отраслях законодательства (семейном, гражданском, трудовом и т. д.) существует приспособленное к их потребностям свое понятие члена семьи, хотя, безусловно, в основе находится понятие семьи в семейном праве. Что касается жилищного законодательства, то в нем не содержится определения понятия "член семьи" Закон ограничивается указанием лиц, которых можно считать членами семьи, в том числе применительно к договору социального найма жилого помещения. Анализ высказанных в литературе взглядов по данному вопросу см.: Мананко-ваРП. Правовой статус семьи по советскому законодательству. Томск, 1991.

граждан членами семьи требуется, кроме родственной связи или нахождения на иждивении, наличие следующих условий: совместного проживания с нанимателем и ведения с ним общего хозяйства (совместное расходование средств на питание, приобретение вещей, ремонт квартиры и т. п.). В судебной практике большое значение придается также личным отношениям между этими лицами (взаимная забота друг о друге, моральная поддержка и т. п.). При отсутствии отмеченных условий лица, проживающие на площади нанимателя, членами его семьи не признаются и рассматриваются как временные жильцы, не имеющие права самостоятельного пользования жилым помещением.

Состав семьи нанимателя может измениться. Если лицо перестает быть членом семьи, но продолжает проживать в занимаемом жилом помещении, оно сохраняет право пользования этим помещением (в частности, бывший супруг нанимателя или супруг члена семьи в случае расторжения брака).

Состав семьи изменяется также в случаях вселения нанимателем в занимаемое им и его семьей жилое помещение других граждан на правах членов семьи. Согласно ст. 54 ЖК РСФСР наниматель вправе вселить в занимаемое им жилое помещение своего супруга, детей, родителей, других родственников, нетрудоспособных иждивенцев и других лиц, получив на это письменное согласие всех совершеннолетних членов своей семьи. Такого согласия не требуется при вселении к родителям их детей, не достигших совершеннолетия.

Согласно п. 2 ст. 672 ГК проживающие по договору социального найма жилого помещения совместно с нанимателем члены его семьи пользуются всеми правами и несут все обязанности по договору найма жилого помещения наравне с нанимателем. Следовательно, все они являются сонанимателями без заключения договора¹.

При социальном найме наниматель никаких преимуществ перед другими членами

семьи с точки зрения прав на жилое помещение не имеет. Его роль заключается в том, что он представляет связанные с пользованием жилым помещением интересы членов его семьи, т. е. является их представителем в силу закона (п. 1 ст. 182 ГК).

Принцип равенства прав и обязанностей членов семьи имеет исключения. Имеются в виду прежде всего случаи, когда при вселении в жилое помещение новых членов семьи было достигнуто

1 См.. Толстой Ю. К. Жилищное право С. 44.

соглашение (хотя бы и в устной форме) между нанимателем, членами его семьи и вселяющимися гражданами о порядке пользования жилым помещением. Например, при вселении жены вступившего в брак сына нанимателя может состояться соглашение о том, что молодые супруги будут проживать в одной из комнат квартиры, указанной в соглашении. Если в дальнейшем возник бы вопрос о разделе жилой площади, вселившаяся супруга сына могла бы претендовать лишь на долю площади данной комнаты, но не всей квартиры, причем наряду со своим супругом и проживающими с ними детьми.

Отступление от принципа равенства прав и обязанностей членов семьи нанимателя может быть связано с наймом жилого помещения специального назначения. Например, если гражданину в связи с его трудовыми отношениями с наймодателем была предоставлена служебная квартира и он, утратив трудовую связь с наймодателем, выбыл из квартиры, то это повлечет за собой и прекращение прав на проживание в ней и членов его семьи (если никто из них не состоит в трудовых отношениях с наймодателем).

6. Объект договора найма жилого помещения

Объектом (или "предметом" - по более устойчивой терминологии ст. 52 ЖК РСФСР) договоров коммерческого и социального найма является изолированное жилое помещение.

Помещение признается жилым, если оно отвечает установленным санитарным, градостроительным, техническим и противопожарным требованиям и предназначено для проживания граждан во все сезоны года. Дом (строение), в котором находится сдаваемое внаем помещение, должен быть зарегистрирован в качестве жилого в бюро технической инвентаризации или в ином уполномоченном на это органе (например, в Москве регистрацию осуществляет Департамент муниципального жилья Правительства Москвы).

Сдаваемое внаем жилое помещение должно быть изолированным - жилой дом, квартира, часть дома и часть квартиры, имеющие отдельный вход. Следовательно, не могут быть самостоятельным объектом договора найма часть комнаты или комната, связанная с другой комнатой общим входом (смежная комната). Смежные комнаты могут быть объектом одного договора найма.

Другие требования, относящиеся к объектам договоров коммерческого и социального найма, отражают имеющиеся различия между этими договорами.

Объектом договора коммерческого найма может быть квартира, жилой дом, часть квартиры или жилого дома независимо от их размера. Нормы жилой площади на эти отношения не распространяются, размер сдаваемого внаем помещения определяется только соглашением сторон. Закон не устанавливает жестких требований к качеству объекта этого договора. Имеется в виду, что стороны сами будут решать, соответствует ли жилое помещение их потребностям и возможностям. Об этом свидетельствует использованное в п. 1 ст. 673 ГК понятие "помещение, пригодное для постоянного проживания". Закон в данном случае определяет минимум требований к жилому помещению как объекту договора, хотя на практике по договорам коммерческого найма, как правило, передаются в пользование помещения, отвечающие (в условиях нашей страны) самым высоким требованиям. Однако объектом договора коммерческого найма может быть и неблагоустроенное помещение при условии, что оно отвечает действующим санитарным и техническим требованиям, т. е. "такое, в котором возможно проживание человека без угрозы для его здоровья"¹.

Пригодность жилого помещения для проживания определяется в порядке, предусмотренном жилищным законодательством (абз. 2 п. 1 ст. 673 ГК). К категории

непригодных для проживания во всяком случае относятся подвальные и полуподвальные помещения, помещения, не имеющие естественного освещения, бараки, аварийные дома и т. п. Такие помещения не могут быть объектом договора найма.

Самостоятельным объектом договора коммерческого найма не могут быть подсобные помещения. Однако при найме квартиры, дома, части дома они, безусловно, составляют один из существенных элементов объекта. Если же внаем сдается часть квартиры (комната или несколько комнат), подсобные помещения будут находиться в общем пользовании всех нанимателей, т. е. составляют общий объект.

Объектом договора коммерческого найма при найме жилых помещений в многоквартирных домах будут не только жилые и подсобные помещения, но также имущество, являющееся элементом дома, находящееся за пределами или внутри квартиры и обслуживающее несколько квартир (более одной квартиры). К такому имуществу относятся несущие конструкции дома, механическое, электрическое, санитарно-техническое и иное оборудование (п. 2 ст. 673 и ст. 290 ГК).

Объект договора социального найма отличается от соответствующего условия коммерческого найма двумя основными особенностями:

1. Ярошенко К.Б. Комментарий к главе 35 ГК "Наем жилого помещения" // Комментарий части второй ГК РФ для предпринимателей. М., 1996. С. 82.

Во-первых, он предопределен орденом и стороны не могут его изменять, уточнять и т. п. Договор может быть заключен только на помещение, указанное в ордере.

Во-вторых, при социальном найме к объекту договора закон устанавливает более высокие требования по сравнению с коммерческим наймом: это помещение должно быть благоустроенным применительно к условиям данного населенного пункта (ст. 40, 52 ЖК РСФСР). Следовательно, жилые помещения с низким уровнем благоустройства (по сравнению с достигнутым в данном населенном пункте) и не отвечающие установленным санитарным и техническим требованиям не могут быть объектом этого договора. Как и при коммерческом найме, объектом договора социального найма не могут быть часть комнаты или смежная комната. Подсобные помещения (кухня, холл, кладовая и т. п.) не могут быть самостоятельным объектом договора, но являются элементами квартиры как объекта.

1. Права и обязанности участников обязательства найма жилого помещения

С точки зрения соотношения прав и обязанностей сторон, образующих содержание обязательства найма жилого помещения, оно является взаимным: каждая из сторон - и наймодатель и наниматель имеют как права, так и корреспондирующие им обязанности, т. е. выступают одновременно в роли кредитора и должника.

Наймодатель по договору найма жилого помещения (как коммерческого, так и социального) обязан предоставить другой стороне - нанимателю жилое помещение для проживания в нем (п. 1 ст. 671 ГК). Эта общая обязанность конкретизируется применительно к договору коммерческого найма и к договору социального найма. Специально обязанностям наймодателя по договору коммерческого найма посвящена ст. 676 ГК.

Права наймодателя заключаются в возможности требовать от нанимателя выполнения обязанностей, предусмотренных договором, законом и иными правовыми актами.

Согласно ст. 678 ГК наниматель обязан использовать жилое помещение только для проживания, обеспечивать его сохранность и поддерживать его в надлежащем состоянии, а также своевременно вносить плату за жилое помещение, а если договором не установлено иное - самостоятельно вносить коммунальные платежи. Указанные обязанности нанимателя раскрываются и конкретизируются в заключаемых договорах, а для социального найма - в Правилах пользования жилыми помещениями, содержания жилого-

го дома и придомовой территории в РСФСР и Типовом договоре найма жилого помещения в домах государственного, муниципального и общественного жилищного фонда в РСФСР.

Права нанимателя в обязательстве найма жилого помещения применительно к коммерческому найму определяются в значительной степени договором, а при

социальном найме - главным образом законами и иными правовыми актами. В таком же порядке определяются права лиц, совместно проживающих с нанимателем (при коммерческом найме), и права членов семьи нанимателя (при социальном найме). Основными правами нанимателя, ради приобретения которых и заключается договор найма жилого помещения, являются права владения и пользования им. Содержание этих правомочий заключается в возможности проживания в жилом помещении самого нанимателя, а также лиц, указанных в договоре коммерческого найма, или членов семьи (для договора социального найма). Наниматель, заключив договор, приобретает и определенные элементы права распоряжения, например право обмена нанятого помещения, сдачи его вподнаем и др. Это относится и к коммерческому, и к социальному найму.

В совокупности правомочия владения и пользования нанятым жилым помещением (с учетом элементов права распоряжения) нередко называют правом на жилую площадь. Право на жилую площадь по своей сущности представляет собой возникшее из договора найма жилого помещения право нанимателя на вещь, принадлежащую другому лицу, т. е. право на чужое имущество (жилое помещение)². Это право принадлежит нанимателю (а при заключении договора социального найма - и членам его семьи) в пределах, предусмотренных законом и договором. Входящие в его состав правомочия имеют вещный характер. Поэтому право на жилплощадь следует отнести к категории вещных прав, причем оно представляет собой ограниченное вещное право³. Можно отметить, что это право при определенных условиях, в особенности в случае приватизации жилого помещения, переходит в другое качество - в право собственности.

1 Утверждены постановлением Совета Министров РСФСР от 25 сентября 1985 г. № 415 (с изменениями от 18 января 1992 г., 23 июля 1993 г.)// СП РФ. 1992. № 6. Ст. 31; САПП РФ. 1993. № 31. Ст. 2860.

2 См.: Басин Ю.Г. Указ. соч. С. 118-119.

3 См.: Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. М., 1991. С. 201-202. Вещный характер прав нанимателя рядом авторов отрицается. См.: Аскназий С.И., Браун-де И.Л., Пергамент А.И. Указ. соч. С. 88; Чшир В.Ф. Советское жилищное право. С. 51.

Важнейшим признаком права на жилую площадь, отличающим его от других субъективных прав вещной природы, является его целевой характер. Жилое помещение предоставляется нанимателю для проживания в нем, т. е. для удовлетворения его жилищной потребности. Согласно ст. 678 ГК наниматель и по договору коммерческого, и по договору социального найма обязан использовать жилое помещение только для проживания, он не вправе производить его переустройство и переоборудование для использования в других целях без согласия наймодателя. Аналогичные положения содержатся и в ЖК РСФСР (ст. 7). Законом не допускается размещение в жилых помещениях торговых предприятий, офисов юридических лиц, использование их для нужд промышленного характера, для складов и т. п.

Использование жилого помещения не по назначению является (при соблюдении предусмотренных законом условий) основанием для расторжения договора найма жилого помещения (абз. 2 п. 4 ст. 687 ГК).

Применительно к договору социального найма право на жилую площадь включает правомочие нанимателя и членов его семьи на сохранение в течение определенных законом сроков жилого помещения в случае временного их непроживания в нем. По истечении указанных сроков граждане могут быть в судебном порядке признаны утратившими право на данное жилое помещение. Установление срока, в течение которого жилое помещение сохраняется за отсутствующими гражданами, было с самого начала (с 30-х годов) обусловлено крайним недостатком жилищ. Сказанное касается только отношений социального найма. При коммерческом найме жилое помещение сдает внаем его собственник, который в первую очередь заинтересован в получении платы с нанимателя, и ему, как правило, безразлично, проживает наниматель в нанятом помещении или нет. Вместе с тем необходимо учитывать, что длительное неиспользование жилища для проживания может повлечь его разрушение. Надо признать, что в таких случаях наймодатель вправе требовать расторжения договора найма в судебном порядке (п. 2 ст. 687 ГК).

ЖК РСФСР первоначально содержал общее правило, согласно которому при временном отсутствии нанимателя или членов его семьи жилое помещение сохраняется за ним в течение шести месяцев. Указанный срок не является пресекательным: предусматривалось, что, если наниматель или члены его семьи отсутствовали по уважительным причинам свыше шести месяцев, этот срок по заявлению отсутствующего мог быть продлен наймодателем, а в случае спора - судом (абз. 5 ст. 60 ЖК РСФСР). При этом имелось в виду лишь временное отсутствие, поскольку в случае выезда на постоянное жительство в другое место договор найма и, следовательно, право на жилую площадь прекращается со дня выезда (ч. 2 ст. 89 ЖК РСФСР). Для признания гражданина утратившим право на жилую площадь требовалось также установить, что отсутствие было непрерывным - в течение всего 6-месячного срока.

Изложенные положения ЖК РСФСР претерпели значительные изменения в связи с постановлением Конституционного Суда РФ от 23 июня 1995 г., который признал не соответствующими Конституции РФ положение ч. 1 ст. 60 ЖК РСФСР о шестимесячном сроке, на который сохраняется право на жилое помещение при временном отсутствии гражданина, и п. 8 ч. 2 ст. 60 ЖК РСФСР, которым предусматривалась утрата права на жилплощадь лицами, осужденными к лишению свободы на срок свыше шести месяцев. Это означает, что названные нормы утратили силу. Как указывается в постановлении Конституционного Суда РФ, временное отсутствие нанимателя или членов его семьи само по себе не может служить основанием для лишения их права пользования жилым помещением¹. Для применения такой меры, как вытекает из постановления Конституционного Суда РФ, должны быть другие основания, предусмотренные законом (например, разрушение или порча жилого помещения в связи с длительным его неиспользованием).

Особые случаи, когда жилое помещение сохраняется за отсутствующим на срок более шести месяцев, предусмотрены ч. 2 ст. 60 ЖК РСФСР, которая сохраняет свою силу, поскольку не упомянута в названном постановлении Конституционного Суда как противоречащая Конституции РФ. К числу таких случаев, в частности, относятся:

- призыв на военную службу;

1. временный выезд из постоянного места жительства по условиям и характеру работы (экипажи судов, работники геологических, изыскательских партий, экспедиций и т. п.), а также в связи с командировкой за границу либо с обучением (студенты, аспиранты и т. п.);

2. помещение детей на воспитание в государственное учреждение, к родственникам или опекунам (попечителям);

- выезд для лечения в лечебно-профилактическое учреждение;

1. заключение под стражу (на все время нахождения под следствием или судом).

¹ В литературе отмечены достаточно серьезные негативные последствия отмены ч 1 ст 60 ЖК РСФСР См Толстой Ю К Жилищное право С 97-98

При наличии указанных уважительных причин (причем их перечень может быть расширен законодательством) право на жилую площадь сохраняется за временно отсутствующим гражданином не только на срок их действия, но и сверх того еще на шесть месяцев (ч. 4 ст. 60 ЖК РСФСР).

В некоторых случаях право нанимателя и членов его семьи на жилую площадь при их временном отсутствии сохраняется путем выдачи им особого свидетельства - брони. Путем бронирования осуществляется наиболее надежное закрепление за временно отсутствующим гражданином его права на жилую площадь¹. Это обеспечивается тем, что орган местного самоуправления принимает на себя обязанность не допускать заселения забронированного помещения по его распоряжению и тем самым обеспечивать его сохранность. Эта обязанность имеет административно-правовое содержание, а броня - это документ административно-правового характера².

Использование бронирования ограничено: гражданин может требовать выдачи охранного свидетельства (брони) лишь в случаях, установленных законом. К их числу относятся: направление на работу за границу, выезд на работу в районы Крайнего Севера и приравненные к ним местности и др. (см. ст. 62 ЖК РСФСР). Некоторые жилые помещения не могут быть забронированы. В частности, не бронируются жилые

помещения за лицами, проживающими на служебной жилой площади и в общежитиях; за временными жильцами и поднанимателями; за нанимателями в домах жилищно-строительных кооперативов; за нанимателями в домах, принадлежащих гражданам на праве собственности, и в некоторых других случаях. Однако за членами семьи собственника жилого дома или квартиры и членами семьи члена жилищно-строительного кооператива жилые помещения бронируются на общих основаниях. Самому собственнику или члену кооператива бронировать помещение нет необходимости, поскольку их право на жилище не может быть утрачено по причине длительного отсутствия.

Броня выдается по поручению местной администрации жилищным органом по месту нахождения бронируемого жилого помещения независимо от того, в доме какого фонда проживает гражданин, имеющий право на бронирование. Отказ в выдаче брони может быть обжалован в суд. Равным образом выданная гражда-

1 Порядок бронирования установлен Инструкцией о порядке бронирования жилого помещения, утвержденной постановлением Совета Министров РСФСР от 31 июля 1984 г № 36 (действует с изменениями и дополнениями, внесенными постановлением Правительства РФ от 18 января 1992 г №34//СП РФ 1992 №6 С 31)

2 См Седугин П И Указ соч С 135

нину броня может быть признана недействительной только решением суда.

С длительным отсутствием нанимателя или членов его семьи, как было показано, связаны определенные юридические последствия. Принципиальное значение имеет положение о том, что сам по себе факт их отсутствия сверх установленных сроков, в том числе и сверх срока действия брони, не влечет утрату права на жилую площадь: это право может быть признано утраченным только в судебном порядке (ст. 61 ЖК РСФСР).

1. Договор поднайма жилого помещения и договор о вселении временных жильцов К числу субъективных прав нанимателя, возникающих из договора найма жилого помещения, относится право сдачи нанятого помещения или его части другому лицу - поднанимателю путем заключения с ним договора поднайма. По договору поднайма наниматель с согласия наймодателя передает на срок нанятое им помещение в пользование поднанимателю (п. 1 ст. 685 ГК).

Нормы ст. 685 ГК распространяются на договор коммерческого найма и в значительной части (п. 1-4) на договор социального найма.

Сторонами договора поднайма являются, с одной стороны, наниматель, занимающий жилое помещение по договору коммерческого или социального найма, и, с другой стороны, поднаниматель. Наниматель по основному договору выступает в данном случае в роли наймодателя. При вселении поднанимателя должны соблюдаться действующие правила о регистрации граждан по месту временного жительства. Предметом договора поднайма может быть часть занимаемого нанимателем жилого помещения, в том числе часть комнаты, а при временном выезде - все помещение. В последнем случае ответственным перед наймодателем по договору найма остается наниматель, поскольку поднаниматель юридически с наймодателем не связан. Специальных требований к форме договора поднайма закон не предусматривает. В данном случае должны соблюдаться общие правила о форме сделок. Представляется, что данный договор может быть совершен как устно, так и в письменной форме, а по соглашению сторон возможно и его нотариальное удостоверение.

Заключение нанимателем договора поднайма возможно при одновременном наличии следующих двух условий (предпосылок): согласие наймодателя и наличие жилой площади, достаточной для того, чтобы после вселения поднанимателя на каждого проживающего приходилось не менее установленной нормы жилой площади. Названные предпосылки предусмотрены ст. 685 ГК и относятся к обоим видам договора найма.

Наряду с этим в ЖК РСФСР указаны предпосылки заключения договора поднайма применительно к социальному найму.

К их числу, кроме рассмотренных предпосылок, отнесены:

1) согласие совместно проживающих с нанимателем членов семьи;

1. согласие других нанимателей и совершеннолетних членов их семей, если вподнаем

сдается жилое помещение в коммунальной квартире;

2. отсутствие в составе семьи нанимателя (и, по смыслу ст. 77 ЖК РСФСР, у других нанимателей в коммунальной квартире) лиц, страдающих тяжелыми формами некоторых хронических заболеваний, указанных в утвержденном перечне.

Представляется, что последнее из перечисленных условий следует признать необходимым и при коммерческом найме.

Договор поднайма жилого помещения является реальным, поскольку права и обязанности возникают у сторон не в момент соглашения, а в момент передачи предмета поднайма, т. е. вселения поднанимателя в обусловленное помещение. Это вытекает из п. 1 ст. 685 ГК, согласно которому наймодаделец передает жилое помещение поднанимателю.

Договор поднайма относится к числу возмездных договоров. Существенным его условием является плата за пользование жилым помещением, которая может быть выражена не только в виде денежной суммы (что встречается наиболее часто), но и в форме иного предоставления (например, путем передачи вещей, выполнения работы, оказания услуг). Порядок и сроки внесения платы за пользование жилым помещением определяются соглашением сторон.

Поскольку каждая из сторон в договоре поднайма имеет и права и обязанности, рассматриваемый договор относится к двусторонним.

Договор поднайма является срочным договором: существенным его условием закон признает срок, в течение которого поднаниматель может проживать в жилом помещении. При этом срок договора поднайма не может превышать срок договора коммерческого найма жилого помещения. Условие о сроке, как предусмотрено п. 1 ст. 685 ГК, является обязательным (существенным) для обоих видов договора найма. В связи с этим утратила силу ст. 80 ЖК РСФСР, согласно которой допускалось заключение договора поднайма и без указания срока.

В силу договора поднайма у поднанимателя возникает право пользования занятым жилым помещением. Однако это право не является самостоятельным, оно производно и зависимо от прав

нанимателя и имеет ограниченный характер. Поднаниматель не участвует в решении вопросов пользования жилым помещением, например не требуется его согласия при вселении новых постоянных пользователей, при решении вопроса о переустройстве жилого помещения, о ремонте и т. п. Поднаниматель не участвует также в исполнении обязанностей, которые возникают для нанимателя и членов его семьи.

Главным основанием прекращения договора поднайма является истечение срока действия договора. В этом случае поднаниматель обязан освободить жилое помещение, а при отказе он подлежит выселению в судебном порядке без предоставления другого помещения (ст. 80 ЖК РСФСР). В таком же порядке он выселяется и в случае, если досрочно прекратилось право самого нанимателя на помещение, которое он занимал по договору социального найма (например, в связи с его выездом в другое место жительства, смертью и т. п.). Эти положения относятся к договору поднайма, заключенному при социальном найме. Представляется, что они могут применяться по аналогии и при коммерческом найме, поскольку в случае прекращения договора поднайма по любому основанию поднаниматель не имеет никаких правовых оснований занимать помещение, которое было предметом поднайма.

Расторжение договора поднайма и выселение поднанимателей при социальном найме возможно также по основаниям, предусмотренным ст. 65 и 98 ЖК РСФСР, в частности если поднаниматель и совместно проживающие с ним лица систематически разрушают или портят жилое помещение либо используют его не по назначению, а также если они систематическим нарушением правил общежития делают невозможным для других проживание с ними в одной квартире или в одном доме. Представляется, что расторжение договора поднайма и выселение поднанимателей по указанным основаниям допустимо также и при коммерческом найме.

Поднаниматель имеет право в любое время отказаться от договора и освободить занимаемое помещение при условии внесения платы за прожитое время, если иное не было предусмотрено договором. Этот вывод можно обосновать путем применения по аналогии нормы абз. 1 ст. 89 ЖК РСФСР, относящейся к социальному найму. Но она

вполне может быть использована и при коммерческом найме.

Одним из элементов права распоряжения нанимателя, входящего в состав его права на жилую площадь, является признанная за ним возможность вселять в жилое помещение не только поднанимателей, но и других лиц - временных жильцов (пользователей).

Обычно в этом качестве вселяются родственники нанимателя и членов его семьи, их знакомые и т. д. Правовое положение временных жильцов определяется ст. 680 ГК, которая относится и к коммерческому, и к социальному найму.

Вселение временного жильца происходит с разрешения нанимателя и граждан, постоянно с ним проживающих. Следовательно, имеется просьба гражданина разрешить ему временное проживание и в ответ на нее - согласие (разрешение) нанимателя и проживающих совместно с ним лиц, т. е. оферта и акцепт. Таким образом, вселение временного жильца и его проживание в жилом помещении нанимателя происходит на основании договора. Это - безвозмездный договор, который, как правило, заключается в устной форме.

Предпосылками заключения данного договора и вселения временных жильцов является предварительное уведомление наймо-дателя и соблюдение требований законодательства о норме жилой площади на одного человека. Согласие наймодателя на вселение временных жильцов ни при коммерческом, ни при социальном найме не предусмотрено. Однако при отсутствии названных предпосылок он вправе запретить проживание временных жильцов, т. е. воспрепятствовать заключению договора.

Временные жильцы приобретают на основании заключенного договора право временного пользования жилым помещением нанимателя. Это право, как и аналогичное право поднанимателя, является зависимым, не самостоятельным правом.

Вместе с тем оно существенно отличается от права поднанимателя. Во-первых, для временных жильцов установлен предельный срок их проживания в помещении нанимателя - шесть месяцев (ч. 1 ст. 680 ГК). По истечении этого срока наймодатель может запретить их дальнейшее проживание.

Если сторонами был согласован срок проживания временных жильцов (в пределах шестимесячного срока), они по истечении этого срока обязаны освободить жилое помещение. При отсутствии согласованного срока проживания они обязаны освободить жилое помещение по требованию нанимателя или любого гражданина, совместно с ним проживающего (правда, не немедленно, как предусматривалось ст. 81 ЖК РСФСР, а по истечении семи дней со дня предъявления соответствующего требования).

В случае отказа освободить жилое помещение при наличии указанных выше обстоятельств временные жильцы по требованию нанимателя или лиц, совместно с ним проживающих, подлежат выселению в судебном порядке без предоставления другого жилого помещения. ГК специально не предусмотрел такую меру, но ее применение может быть обосновано правилами, определяющими судебную защиту гражданских прав и способы их защиты (ст. 11 и 12 ГК).

Применительно к социальному найму возможна ссылка и на ст. 81 ЖК РСФСР.

§ 3. Договор обмена жилыми помещениями

1. Понятие обмена жилыми помещениями

Обмен жилых помещений - достаточно сложный институт жилищного права, тесно связанный с другими его институтами. Например, можно рассматривать его как один из элементов субъективного права нанимателя жилого помещения - его право на обмен. Обмен можно трактовать и как один из случаев изменения жилищного правоотношения найма жилого помещения или даже его прекращения. Следует согласиться с высказанным в литературе мнением, что обмен нельзя полностью подвести ни под один из этих случаев!

Представляется правильным трактовать обмен жилых помещений как достаточно обособленный институт жилищного права.

Договор обмена жилых помещений - это соглашение, в соответствии с которым одно лицо, имеющее право на жилое помещение (право нанимателя по договору найма, право члена ЖК или ЖСК, право собственности), обязуется передать принадлежащее

ему жилое помещение другому лицу, которое в свою очередь обязуется передать взамен определенное жилое помещение (или несколько помещений), Следовательно, при обмене от одних лиц к другим передаются жилые помещения. Но вместе с тем обмен предполагает взаимную передачу соответствующих прав и обязанностей на эти помещения.

Широкое распространение получил взгляд на обмен как на соглашение о взаимной передаче участниками обмена своих прав и обязанностей по пользованию жилыми помещениями². Сторонники такой трактовки обмена не учитывают, что в любом соглашении об обмене в первую очередь определяется, какие жилые помещения должны быть переданы одним участником обмена другому его участнику, что характеризует существенное условие договора - его предмет. Может случиться так, что права на обме-

1 См.. Толстой Ю.К. Жилищное право. С. 64.

2 См., например Аскназий С.И., Брауде И.Л., Пергамент А.И. Указ соч. С. 145; Чигир В.Ф. Советское жилищное право. С. 144; Марткович И.Б Жилищное право Закон и практика М , 1990. С 210; Кичихин А.И., Марткович ЦБ., Щербакова НА Указ. соч. С. 263.

ниваемые жилые помещения подтверждены бесспорными документами, но вскоре выяснится, что одного из помещений в натуре не существует. Сделку можно будет признать недействительной: хотя права и обязанности и были переданы, но отсутствует предмет договора. Кроме того, договор обмена не ограничивается условием о передаче прав по пользованию жилыми помещениями. Предметом обмена могут быть и жилые помещения, принадлежащие одному из участников на праве собственности (ст. 20 Основ федеральной жилищной политики).

Содержание договора обмена составляют условия о передаче его участниками друг другу жилых помещений. Однако это не означает, что договор обмена не связан с передачей прав и обязанностей на жилые помещения. В действительности две указанные стороны обмена неразрывно связаны. Нельзя передать по договору обмена только жилое помещение без передачи прав на него. Равным образом невозможно передать одни права - без передачи жилого помещения. При этом прекращение прав на жилое помещение у одних участников обмена означает одновременно возникновение соответствующих прав у других участников.

Особой юридической природой отличается обмен жилых помещений, принадлежащих каждому из участников обмена на праве собственности (гражданам или юридическим лицам). На возникающие отношения в этом случае распространяются правила о договоре мены. Однако поскольку предметом такого договора являются жилые помещения (квартира, жилой дом, часть дома), к отношениям сторон должны применяться и некоторые нормы законодательства, определяющие особый правовой режим жилищ. Например, при обмене между собственниками необходимо учитывать правило п. 2 ст. 292 ГК, определяющее права членов семьи собственника жилого помещения в случае перехода права собственности на жилой дом или квартиру к другому лицу.

На практике широкое распространение получает оформление обмена жилых помещений их собственниками путем заключения двух договоров купли-продажи (обмен через куплю-продажу). Как правило, такой обмен совершается с использованием услуг риэлтерской фирмы. Обратившемуся в фирму гражданину, желающему продать свою квартиру, фирма находит покупателя, который соглашается ждать, пока фирма не подберет соответствующее жилье первому клиенту. Основные положения об обмене даны в ст. 28 Основ федеральной жилищной политики. ЖК РСФСР должен применяться, кроме случаев, когда его нормы противоречат законам Российской Федерации. Что касается обмена жилых помещений, то именно в

ЖК РСФСР содержатся наиболее важные правила, относящиеся к этому институту. Некоторое применение в практике находят также (в части, не противоречащей законам Российской Федерации) Инструкция о порядке обмена жилых помещений¹, постановление Пленума Верховного суда СССР от 3 апреля 1987 г. № 2 "О практике применения судами жилищного законодательства"². Ряд важных положений,

относящихся к обмену, содержат нормативные акты, принятые субъектами Российской Федерации³.

2. Стороны и предмет договора обмена

Участниками обмена жилых помещений могут быть граждане (физические лица), имеющие в самостоятельном пользовании или в собственности жилое помещение - квартиру, комнату, дом, часть дома и т. п. Временные жильцы, поднаематели, лица, проживающие в гостиницах и общежитиях, самостоятельного права на жилое помещение не имеют и поэтому участниками обмена занимаемых помещений быть не могут.

Сторонами в договоре обмена жилых помещений могут выступать:

1. во-первых, наниматель жилого помещения по договору социального найма либо по договору коммерческого найма с другим таким же нанимателем;
2. во-вторых, наниматель жилого помещения по договору социального или коммерческого найма, с одной стороны, и собственник жилого помещения, с другой стороны (ч. 2 ст. 20 Основ федеральной жилищной политики);
3. в-третьих, член жилищно-строительного кооператива: он вправе заключить договор обмена с другим членом ЖСК или с нанимателем жилого помещения по договору социального либо коммерческого найма, а также с собственником жилого помещения. Стороной в договоре обмена жилого помещения выступает только наниматель, собственник, член кооператива. Жилищные права членов семьи и других совместно проживающих с ними лиц

1 Утверждена приказом министра коммунального хозяйства РСФСР от 2 января 1967 г № 12 // Советская юстиция. 1967. № 6; Жилищное законодательство//Сборник нормативных актов и документов. М., 1996. С. 370-377.

2 ВВС СССР 1987 № 3; Вестник Верховного Суда СССР. 1991. № 2; Жилищное законодательство //Сборник нормативных актов и документов. М., 1997. С. 130.

1 См., например: Временное положение о порядке обмена и (или) мены жилых помещений в г. Москве Введено в действие распоряжением Департамента муниципального жилья от 9 апреля 1996 г. № 74. Подробный анализ названного Положения см.: Кичихин А.Н., Марткович И Б, Щербакова Н.А. Указ. соч. С. 264-278. охраняются путем признания за ними права дать или не дать свое согласие на обмен, т. е. их отношение к обмену должно учитываться (в порядке, установленном законом). Участниками договора обмена жилых помещений могут быть несколько нанимателей, членов кооператива и собственников, т. е. договор обмена может быть и двусторонним, и многосторонним.

В случаях, когда участники обмена пользуются жилыми помещениями по разным юридическим основаниям (наниматель, член кооператива, собственник), к отношениям обмена должны применяться соответствующие нормы, определяющие правовой режим обмениваемых жилых помещений. Например, если гражданин, имеющий на праве собственности квартиру в доме муниципального фонда, желает обменять ее на квартиру, находящуюся в пользовании члена ЖСК, должны соблюдаться правила обмена, содержащиеся в ст. 119 ЖК РСФСР, а также правила, определяющие права членов семьи собственника жилого помещения (ст. 292 ГК).

Предметом договора обмена, как правило, может быть только конкретное изолированное жилое помещение (квартира, комната, дом), находящиеся в пользовании нанимателя или члена ЖСК либо в собственности гражданина. Жилые помещения, являющиеся предметом обмена, могут быть расположены как в одном, так и в разных населенных пунктах.

В виде исключения предметом договора обмена при определенных условиях может быть не только отдельная квартира или комната, но и доля жилой площади. Согласно ст. 70 ЖК РСФСР совершеннолетний член семьи нанимателя вправе с письменного согласия нанимателя и остальных членов семьи (в том числе и временно отсутствующих, за которыми сохраняется право на жилую площадь) обменять приходящуюся на его долю жилую площадь на жилую площадь другого лица при условии, что въезжающий в порядке обмена вселяется в качестве члена семьи нанимателя этого помещения. Такой обмен получил в практике название родственного или внутрисемейного. Правило о родственном обмене распространяется на

нанимателей по договору социального найма. Представляется, что такой обмен вполне возможен и с участием нанимателя по договору коммерческого найма при условии получения согласия наймодателя и внесения соответствующих изменений в договор.

3. Заключение и оформление договора обмена

Главной предпосылкой заключения данного договора является получение согласия лиц, на права и интересы которых обмен может оказать существенное влияние. Так, если предметом об-

на является жилое помещение, занимаемое по договору найма, то наниматель может заключить договор обмена лишь при условии получения согласия всех совершеннолетних членов семьи (если речь идет о договоре социального найма) либо лиц, постоянно проживающих в жилом помещении вместе с нанимателем, - при коммерческом найме¹. Требуется согласие и временно отсутствующих граждан, если за ними сохраняется право на данное жилое помещение. Можно отметить, что ЖК РСФСР предусматривает "письменное согласие" (ст. 67), а Основы федеральной жилищной политики слово "письменное" не употребляют. Следовательно, согласно действующему закону согласие на обмен может быть выражено и в устной форме, что никак нельзя признать удачным решением вопроса, поскольку с согласием связаны весьма важные юридические последствия. Действующее в г. Москве Временное положение о порядке обмена и (или) мены жилых помещений предусматривает не только письменную форму согласия, но и обязательное его нотариальное удостоверение.

Отказ члена семьи дать согласие на обмен (при социальном найме) может быть оспорен в судебном порядке. В подобных случаях любой член семьи вправе требовать решения суда о принудительном обмене занимаемого помещения на помещения в разных домах (квартирах). При этом истец должен представить суду варианты обмена, которые были отвергнуты другими членами семьи. Рассматривая такие дела, суд обязан учитывать заслуживающие внимания доводы и интересы лиц, проживающих в обмениваемом помещении (ст. 68 ЖК РСФСР). При наличии решения суда о принудительном обмене договор обмена оформляется, несмотря на возражение лиц, отказавшихся дать согласие на обмен, т. е. вопреки их воле.

Применение принудительного обмена при коммерческом найме недопустимо, поскольку это означало бы необоснованное ограничение прав собственника жилого помещения - наймодателя.

В некоторых случаях, указанных в законе, предпосылкой заключения договора обмена является согласие собственника жилого помещения, в котором проживает желающий обменять его наниматель. При этом отказ собственника-гражданина дать такое согласие оспариванию не подлежит, но отказ собственника - юридического лица может быть оспорен в судебном порядке².

Согласие наймодателя требуется также при обмене жилых помещений, принадлежащих на праве хозяйственного ведения или

¹ См абз 2 п 2 ст 677 ГК, абз 1 ст 20 Основ федеральной жилищной политики, ст 67 ЖК РСФСР

² См Толстой Ю К Жилищное право С 65

праве оперативного управления наймодателям - предприятиям, учреждениям, организациям (так называемая ведомственная жилплощадь). Отказ наймодателя дать согласие на обмен в данном случае может быть обжалован в судебном порядке (ст. 69 ЖК РСФСР).

Для обмена жилых помещений, находящихся в пользовании граждан по договору социального найма, согласия наймодателя на обмен не предусмотрено (кроме случаев найма ведомственной жилой площади).

Предпосылкой обмена квартиры членом кооператива, если им еще не выплачен паевой взнос, является помимо согласия проживающих с ним членов семьи прием в члены кооператива лица, обменивающего жилое помещение (ст. 119 ЖК РСФСР). Отказ кооператива принять в свой состав такое лицо может быть оспорен в судебном порядке.

Оформление обмена зависит от правового положения субъектов договора и обмениваемых помещений.

Наиболее распространенной является ситуация, когда гражданин в результате обмена вселяется в жилое помещение в доме государственного, муниципального или общественного фонда. В этом случае ему в соответствующем органе местной администрации выдается обменный ордер. Соглашение об обмене вступает в силу с момента получения ордера (а если все участники вселяются в жилые помещения в домах указанных фондов - обменный ордер получает каждый из них). Отказ в выдаче обменного ордера может быть обжалован в судебном порядке в шестимесячный срок (ст. 71 ЖК РСФСР).

Аналогичным образом оформляется договор обмена, если стороной является член кооператива, не выплативший паевой взнос.

Юридическое значение обменного ордера заключается в следующем. Во-первых, с получением ордера связано вступление в силу соглашения об обмене. Во-вторых, обменный ордер является основанием для занятия полученного по обмену жилого помещения. Фактический переезд участника обмена при отсутствии ордера не порождает для него права на жилую площадь в помещении, занятом подобным образом. В-третьих, у лица, получившего обменный ордер, возникает обязанность переехать в предусмотренные договором обмена и указанное в ордере жилое помещение¹. Неисполнение этой обязанности одним из участников обмен-

¹ Обменный ордер по юридическому значению существенно отличается от ордера, выдаваемого гражданину при предоставлении ему жилого помещения в домах государственного и муниципального жилищных фондов. Одно из отличий состоит в том, что такой ордер, в отличие от обменного, не влечет возникновения обязанности занять указанное в нем помещение

на дает право другому участнику требовать его принудительного переселения в судебном порядке. Наряду с этим возможно и взыскание с него убытков как санкции за неисполнение договорного обязательства.

В несколько иной форме оформляется обмен жилых помещений, когда одним из его участников выступает собственник жилого помещения, а другим - наниматель по договору социального либо коммерческого найма. В таком случае собственник должен занять жилое помещение нанимателя и его место в договоре найма. Юридическим основанием для совершения этих действий и будет выданный ему обменный ордер. Бывший наниматель должен будет при этом переоформить на свое имя документы о праве собственности на полученное им на основании обмена жилое помещение. В выдаваемом ему обменном ордере указывается статус приобретенного им жилого помещения (право собственности).

По сложившейся в г. Москве практике при оформлении "обмена через куплю-продажу" (когда его участниками выступают собственник и наниматель) обмен считается завершенным после надлежащего удостоверения и регистрации "договора отчуждения" жилого помещения, ранее принадлежавшего собственнику и перешедшего к нанимателю на основании заключенного договора "отчуждения" (под которым понимается купля-продажа). Бывшему собственнику выдается при этом обменный ордер на жилое помещение, которое ранее занимал наниматель¹.

4. Условия действительности обмена

Условия, при которых обмен жилых помещений не допускается, указаны в ст. 73 ЖК РСФСР. К их числу, в частности, относятся случаи:

1. если нанимателю предъявлен иск о расторжении или изменении договора найма жилого помещения;
2. если дом (жилое помещение) грозит обвалом, подлежит сносу или переоборудованию для использования в других целях либо передается для государственных или общественных нужд;
3. если дом подлежит капитальному ремонту с переустройством или перепланировкой жилых помещений;

• если помещение является служебным или находится в общежитии,

1. если в связи с обменом жилищные условия одной из обменивающихся сторон существенно ухудшаются, в результате чего граждане становятся нуждающимися в улучшении жилищных условий

¹ См. Временное положение о порядке обмена и (или) мены жилых помещений в г

Москве

Некоторые из перечисленных в ЖК РСФСР условий, когда обмен не допускается, утратили свое значение. Например, практически не применяется правило о недопущении обмена, если он носит корыстный характер ("обмен с доплатой"). Утратила силу норма о недопущении обмена жилых помещений в ведомственных домах, принадлежащих предприятиям, учреждениям, организациям важнейших отраслей народного хозяйства, указанных в особых списках. Наряду с этим при установлении других условий, когда обмен не допускается, Основы федеральной жилищной политики запрещают использование "административных ограничений" (абз. 3 ст. 20).

По основаниям, предусмотренным законом, договор обмена может быть признан недействительным по решению суда. К числу таких оснований относится нарушение участниками обмена требований, предусмотренных ЖК РСФСР, а также (поскольку обмен представляет собой сделку) общих положений гражданского законодательства о недействительности сделок. Так, в практике нередки случаи признания договора обмена недействительным как совершенного под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение (ст. 178 ГК), либо под влиянием обмана, насилия, угрозы (ст. 179 ГК).

Участники договора обмена, признанного судом недействительным, возвращаются в первоначальное положение, т. е. подлежат переселению в ранее занимаемые жилые помещения. Если же договор обмена признан недействительным вследствие неправомерных и виновных действий одной из сторон, на нее возлагается обязанность возместить другой стороне убытки, возникшие в связи с недействительностью обмена (например, расходы по переезду, ремонту и переустройству квартиры и т. п.). В данном случае последствия признания сделки обмена недействительной определяются ст. 74 ЖК РСФСР. Следовательно, нормы ГК, определяющие последствия недействительности сделок, могут применяться лишь по аналогии. Например, ЖК РСФСР не предусматривает такое последствие недействительности договора обмена, как взыскание полученного по обмену жилого помещения в доход Российской Федерации.

1. 4. Изменение и прекращение договора найма жилого помещения

1. Понятие и условия изменения договора жилищного найма

В жилищном правоотношении, возникшем из договора найма жилого помещения (как коммерческого, так и социального), в период его действия могут происходить изменения (трансформация) отдельных его элементов при сохранении самого правоотношения. Такие случаи принято трактовать как изменение договора найма жилого помещения (ст. 85-88 ЖК РСФСР). Изменение жилищного правоотношения найма может касаться таких его элементов, как предмет, субъекты, права и обязанности сторон, и происходить по разным юридическим основаниям: соглашению сторон, одностороннему волеизъявлению одной из них и др. Изменение правоотношения найма жилого помещения наиболее часто встречается при социальном найме.

Для изменения договора жилищного найма необходимо согласие всех лиц, на которых распространяется его действие, - нанимателя, членов его семьи и наймодателя (ст. 85 ЖК РСФСР). Однако законом могут быть предусмотрены случаи, когда наниматель и члены его семьи вправе требовать изменения договора и без согласия наймодателя и даже вопреки его возражению. Иногда договор может быть изменен и по инициативе наймодателя при соблюдении установленных гарантий прав граждан, проживающих в данном помещении.

1. Отдельные случаи изменения договора социального жилищного найма

Раздел жилых помещений - наиболее распространенный случай изменения договора социального найма жилого помещения. Сущность его заключается в том, что совершеннолетний член семьи нанимателя вправе требовать заключения с ним отдельного договора найма на выделенное ему изолированное жилое помещение. Раздела жилого помещения может, очевидно, потребовать и сам наниматель.

При разделе жилых помещений изменяется предмет договора. Например, был договор на использование отдельной 3-комнатной квартиры, а после раздела предметом

самостоятельных договоров стали две комнаты - для одной части семьи и одна комната - для выделившегося члена семьи. Наряду с этим происходит и изменение субъектного состава правоотношения найма, поскольку появляется два нанимателя вместо одного. Изменяется также и условие о плате за пользование жилым помещением. Например, наниматель имел льготу, а выделившийся член семьи ее не имеет и поэтому должен будет оплачивать проживание по полной ставке.

Самостоятельный договор с лицом, заявившим требование о выделении ему отдельного помещения, может быть заключен при следующих условиях-

1. это лицо должно относиться к числу членов семьи нанимателя и быть совершеннолетним,
2. на заключение отдельного договора должно быть получено согласие остальных проживающих с ним совершеннолетних членов семьи (в том числе временно отсутствующих),
3. должна быть возможность выделения изолированного жилого помещения в соответствии с долей жилой площади, приходящейся на данного члена семьи, либо с учетом состоявшегося соглашения между членами семьи о порядке пользования жилым помещением.

При выделе не изолированного помещения (например, смежной комнаты, части комнаты) раздел не повлечет юридических последствий. Раздел может быть признан невозможным и в случае, если заключение отдельного договора на выделенное помещение повлечет нарушение санитарных и технических требований (например, на помещение в малогабаритной квартире, предназначенной для посемейного заселения). При разделе жилого помещения должно учитываться право на дополнительную жилую площадь. Если один из членов семьи, имеющий право пользования дополнительной жилой площадью, фактически пользовался отдельной изолированной комнатой в квартире, а другие члены семьи этой комнатой не пользовались, она не подлежит включению в общий размер жилой площади, подлежащей разделу¹.

Раздел некоторых жилых помещений не допускается, в частности раздел служебных жилых помещений.

Отказ наймодателя по договору социального найма заключить отдельный договор с выделившимся членом (или членами) семьи может быть оспорен в судебном порядке. Равным образом может быть оспорен в суде и отказ члена семьи дать согласие на раздел.

Изменение договора найма жилого помещения возможно по требованию граждан, проживающих в одной квартире и пользующихся в ней жилыми помещениями по отдельным договорам найма, в случае объединения их в одну семью (например, при вступлении в брак, усыновлении). Изменение правоотношения найма выражается здесь в том, что вместо нескольких договоров найма с кем-либо из членов семьи (по их соглашению) заключается один договор на все занимаемые ими помещения (так называемое объединение лицевого счетов), т. е. изменяются субъекты, предмет и, ¹ См постановление Пленума Верховного Суда СССР от 3 апреля 1987 г № 2 (с изменениями и дополнениями, внесенными постановлением Пленума от 30 ноября 1990 г № 14)//ВВС СССР 1987 №3, 1991 №2

возможно, некоторые условия договора найма. Отказ наймодателя в заключении одного договора найма может быть оспорен в судебном порядке (ст. 87 ЖК РСФСР). Изложенные правила не распространяются на нанимателей служебных жилых помещений.

Допускается изменение договора найма путем замены нанимателя в ранее заключенном договоре совершеннолетним членом его семьи (например, отец желает перевести права нанимателя на своего сына). Для такого изменения договора требуется согласие нанимателя и совершеннолетних членов его семьи. Согласия наймодателя на замену нанимателя другим членом семьи не требуется.

Замена нанимателя в принципе не влияет на объем прав и обязанностей членов семьи, ибо все они как участники жилищного правоотношения имеют одинаковые права и обязанности. Однако если наниматель умер или выбыл, может измениться размер платы за пользование жилым помещением.

Правоотношение найма в домах государственного и муниципального фондов может

измениться в результате переустройства и перепланировки жилого помещения и подсобных помещений по инициативе либо нанимателя, либо наймодателя. Согласно ст. 84 ЖК РСФСР переустройство и перепланировка возможны только в целях повышения благоустройства квартиры и допускаются лишь с согласия нанимателя, совершеннолетних членов его семьи и наймодателя и с разрешения жилищного органа местной администрации. Особое значение придается согласию наймодателя. На это указывается в ч. 2 ст. 678 ГК, согласно которой наниматель не вправе производить переустройство и реконструкцию жилого помещения без согласия наймодателя. Если все указанные предпосылки для осуществления переустройства и реконструкции жилого помещения имеются, но кто-то препятствует проведению соответствующих работ, спор разрешается судом. Самовольно произведенные нанимателем переустройство и реконструкция влекут для него обязанность за свой счет привести помещение в прежнее состояние.

К числу других случаев изменения правоотношения найма жилого помещения можно отнести изменение субъектного состава этого правоотношения, а также отдельных прав и обязанностей в результате вселения в жилое помещение новых членов семьи и, наоборот, в результате выбытия членов семьи на постоянное жительство в другое место.

Изменение предмета данного правоотношения происходит также, если наниматель присоединяет к нанимаемому им помещению освободившуюся в квартире комнату, не изолированную от занимаемого им жилого помещения (абз. 1 ст. 46 ЖК РСФСР), либо изолированное жилое помещение (абз. 2 ст. 46 ЖК РСФСР; абз. 1 ст. 16 Основ федеральной жилищной политики).

Изменение правоотношения найма жилого помещения может быть связано с передачей жилого дома из одного жилищного фонда в другой. Например, достаточно часты случаи передачи жилых домов из государственного фонда (ведомственных домов) в муниципальный фонд, т. е. из государственной собственности в муниципальную. Согласно ст. 675 ГК это не влечет расторжения или изменения договора найма жилого помещения. Представляется, что в данном случае не изменяются условия заключенного договора. Однако меняется один из субъектов - наймодатель. Им становится новый собственник, и, несмотря на неизменность условий договора, наниматель неизбежно почувствует действие новых порядков и обычаев в исполнении наймодателем своих обязанностей и в предъявлении им соответствующих требований к нанимателю.

Изменение правоотношения найма может происходить и в других случаях - на основании соглашения между нанимателем, совершеннолетними членами его семьи и наймодателем.

Рассмотренные случаи изменения договора найма жилого помещения относятся к социальному найму. Изменение договора коммерческого найма регламентируется не столь детально.

Статья 686 ГК предусматривает замену нанимателя в договоре коммерческого найма. В отличие от социального найма замена нанимателя при коммерческом найме допускается по требованию самого нанимателя и других граждан, совместно с ним проживающих (при социальном найме - по требованию совершеннолетних членов семьи - ст. 88 ЖК РСФСР). По обоим договорам, кроме того, требуется согласие наймодателя. "Согласие" наймодателя означает наличие соглашения (договора) между нанимателем и совместно проживающими с ним лицами, с одной стороны, и наймодателем - с другой. Но если между "совместно проживающими лицами" не будет достигнуто соглашение, а также в случае отказа наймодателя заменить нанимателя другим лицом спор может быть рассмотрен судом.

Согласно ч. 2 ст. 678 ГК наниматель не вправе производить переустройство и реконструкцию жилого помещения без согласия наймодателя. Эта норма распространяется и на договор социального найма (п. 3 ст. 672).

Отсутствие детального урегулирования изменения отношений коммерческого найма следует объяснить тем, что здесь отношения сторон в соответствии с принципом свободы договора определяются главным образом их соглашением.

Следует иметь в виду, что по соглашению между сторонами договора коммерческого найма могут быть изменены любые условия договора, если при этом не произойдет нарушение императивных норм закона. Например, стороны во всяком случае обязаны учитывать, что переход права собственности на занимаемое по договору найма жилое помещение не влечет расторжения или изменения договора найма этого помещения (ст. 675 ГК).

3. Расторжение договора найма жилого помещения

Понятие "расторжение договора найма жилого помещения" неразрывно связано с понятием "прекращение правоотношения найма жилого помещения".

Прекращение данного правоотношения означает окончание правовой связи, которая существовала между его участниками, либо вследствие ее принудительного разрыва, либо в результате события, не зависящего от воли участников, либо по соглашению между ними или по воле одного из них.

Закон предусматривает для обязательства найма жилого помещения особые основания его прекращения. Общие основания прекращения обязательств, предусмотренные ГК (ст. 407-419), к найму жилых помещений применяются лишь в редких случаях (например, ст. 418 ГК, посвященная прекращению обязательств смертью гражданина). К числу оснований прекращения правоотношения найма жилого помещения в первую очередь относится расторжение договора.

I

Расторжение договора можно определить как разрыв правоотношения найма жилого помещения по одностороннему волеизъявлению нанимателя, а в случаях, предусмотренных законом, - по иски наймодателя.

Последствием расторжения договора найма жилого помещения или утраты права на проживание по другим основаниям либо отсутствия у лица такого права (например, при самовольном занятии помещения) является обязанность освобождения жилого помещения. Оно может происходить в добровольном порядке, без применения мер принуждения, либо в принудительном порядке. В последнем случае имеет место выселение.

(

Выселение - принудительное освобождение жилого помещения от занимающих его лиц и от их имущества, т. е. выселение из жилого помещения. | I

Выселение в первую очередь применяется в отношении лиц, которые отказались освободить жилое помещение после вступления в законную силу решения суда по иску наймодателя о расторжении договора найма. Подобные иски всегда содержат требование и о расторжении договора, и о выселении. Но выселение иногда не связано с прекращением правоотношения найма, например в случае применения этой меры к лицу, самоуправно занявшему жилое помещение, поскольку здесь правоотношение найма не возникало.

Прекращение правоотношения социального и коммерческого найма жилого помещения может наступить по основаниям, не связанным с волеизъявлением его участников или решением суда. Так, гибель жилого помещения - предмета найма может наступить вследствие события (пожар, наводнение и т. п.), вследствие противоправных действий посторонних лиц или по другим причинам. В данном случае происходит прекращение обязательства в силу невозможности исполнения (ст. 416 ГК). Прекращение обязательства найма жилого помещения происходит в связи со смертью нанимателя. По данному основанию обязательство прекращается, если наниматель жил один, без семьи. Это вытекает из самого существа данного обязательства, поскольку в нем исполнение предназначено лично для кредитора (п. 2 ст. 418 ГК). Если после смерти нанимателя в жилом помещении остались жить члены его семьи, обязательство социального найма не прекращается, поскольку в таком случае нанимателем становится один из членов семьи (абз. 1 ст. 88 ЖК РСФСР), а при коммерческом найме - один из граждан, постоянно проживающих с прежним нанимателем, по общему согласию между этими гражданами (п. 2 ст. 686 ГК).

В исключение из правила о недопустимости одностороннего расторжения гражданско-правового договора нанимателю по договору социального найма

предоставлено право с согласия членов семьи в любое время расторгнуть договор найма (ч. 1 ст. 89 ЖК РСФСР). Такое действие нанимателя является по юридической природе односторонней сделкой. Воля нанимателя часто выражается при этом в форме фактических действий, без обращения к наймодателю с соответствующим заявлением, поскольку его согласия на это не требуется.

Однако наниматель по договору коммерческого найма, решивший расторгнуть договор, обязан предупредить наймодателя за три месяца (п. 1 ст. 687 ГК). Для коммерческих отношений это имеет существенное значение: наймодатель в течение указанного срока сможет найти нового нанимателя на место выбывающего и тем самым избежать убытков.

Одностороннее расторжение договора нанимателем предполагает добровольное освобождение им жилого помещения, а также полное исполнение договорных обязательств, в том числе по внесению платы за пользование жилым помещением, текущему ремонту и др.

Расторжение договора социального найма по требованию наймодателя, основанному на законе, может происходить путем добровольного выполнения нанимателем такого требования, т. е. без применения к нему мер принуждения. Например, в случае сноса дома многие наниматели соглашались расторгнуть договор и переехать в предоставляемое благоустроенное жилое помещение, поскольку оно их полностью устраивает.

Но если наниматель по тем или иным причинам отказывается от выполнения основанного на законе требования наймодателя об освобождении занимаемого жилого помещения, приходится применять к нему такую меру, как расторжение договора и выселение в судебном порядке. При этом закон предусматривает ряд мер, призванных гарантировать жилищные права и интересы нанимателя и членов его семьи, которые можно считать принципами, лежащими в основе регулирования расторжения договора социального найма.

Закон отдает предпочтение нанимателю как слабой стороне обязательства найма жилого помещения¹. Это обнаруживается в том, что ему предоставлены дополнительные права, а для его контрагента - наймодателя установлены четкие границы осуществления своих прав и предусмотрены меры контроля за законностью их осуществления (в частности, путем установления судебного порядка выселения). Первый принцип, который лежит в основе правовых норм, регулирующих расторжение договора социального найма жилого помещения по требованию наймодателя, можно назвать принципом устойчивости права пользования жилым помещением. Он получил выражение в ч. 1 ст. 40 Конституции РФ: "Никто не может быть произвольно лишен жилища". Согласно ст. 10 ЖК РСФСР никто не может быть выселен из занимаемого жилого помещения иначе как по основаниям и в порядке, предусмотренном законом. Закон содержит исчерпывающий перечень оснований, при наличии которых допускается выселение из жилого помещения. Для домов государственного и муниципального фондов основания выселения предусмотрены ст. 62, 83, 91, 94, 95, 98-100 ЖК РСФСР.

¹См Брагинский М И, Витрянский В.В Указ, соч С 641-650

Особо оговариваются случаи выселения из служебных жилых помещений (ст. 107, 108 ЖК РСФСР) и общежития (ст. 110 ЖК РСФСР). Никакими подзаконными актами этот перечень не может быть расширен.

Второй принцип, который имеет основополагающее значение в регулировании отношений, связанных с расторжением договора социального найма жилого помещения по требованию наймодателя, заключается в следующем: договор найма жилого помещения при отсутствии согласия нанимателя может быть расторгнут только судом. Это означает, что наймодатель даже в самых, казалось бы, бесспорных случаях не вправе своим решением расторгнуть договор с нанимателем и выселить его вместе с членами семьи из жилого помещения. Он должен обратиться с иском в суд, который при рассмотрении дела выясняет, предусмотрено ли законом выселение по основанию, указанному истцом, и имеются ли предусмотренные в законе условия расторжения договора по данному основанию.

Упрощенный порядок выселения граждан из жилых помещений в административном

порядке (с санкции прокурора), широко применявшийся в былые годы, практически ликвидирован.

Третий принцип, которым определяется охрана прав и интересов нанимателя при расторжении договора социального найма по требованию наймодателя, можно сформулировать следующим образом: выселение нанимателя и его семьи из жилого помещения в связи с расторжением договора найма допускается, как правило, при условии предоставления выселяемым другого жилого помещения. При этом закон определяет, каким требованиям должно отвечать это помещение, и обязывает учитывать индивидуальные особенности выселяемых (абз. 3 ст. 90, ст. 96, 97 ЖК РСФСР). Таким образом, выселение нанимателя и его семьи из помещения в доме государственного или муниципального фонда означает чаще всего его переселение в другое помещение.

4. Случаи выселения нанимателя и членов его семьи

По общему правилу гражданину и его семье при их выселении из помещения, занимаемого по договору социального найма, должно быть предоставлено другое благоустроенное жилое помещение. Понятие благоустроенного помещения раскрывается в ст. 96 ЖК РСФСР, согласно которой такое помещение должно находиться в черте данного населенного пункта и при этом, во-первых, быть благоустроенным применительно к условиям данного населенного пункта, отвечать установленным санитарным и техническим требованиям независимо от того, отвечало ли помещение, из которого выселяется гражданин, указанным требованиям¹; во-вторых, предоставляемое благоустроенное помещение по размеру должно быть не меньше того, которое занимал выселяемый, а если он занимал отдельную квартиру или несколько комнат, ему соответственно должна быть предоставлена отдельная квартира или жилое помещение, состоящее из того же числа комнат. Если наниматель имел излишнюю жилую площадь, жилое помещение предоставляется ему в размере не менее установленной нормы на одного человека (в Российской Федерации - 12 кв. м). Учитывается и право на дополнительную площадь, если наниматель или член семьи, имеющий такое право, фактически пользовался дополнительной площадью.

Нередко выселяемый имеет явно недостаточную жилую площадь. Надо признать, что в подобных случаях ему и его семье должно быть предоставлено помещение не по принципу "не менее ранее занимаемого", а с соблюдением действующей в данном регионе нормы предоставления при улучшении жилищных условий. Такой вывод можно обосновать тем, что ч. 1 ст. 96 ЖК РСФСР по вопросу о требованиях, предъявляемых к предоставляемому при выселении помещению, отсылает к ст. 40 ЖК РСФСР, в которой (ч. 2) эти требования и сформулированы применительно к улучшению жилищных условий.

При выселении с предоставлением благоустроенного помещения действуют и некоторые другие благоприятные для граждан правила, предусмотренные для случаев предоставления жилого помещения при улучшении жилищных условий. Так, в силу ч. 1 ст. 41 ЖК РСФСР, к которой отсылает ч. 1 ст. 96 ЖК РСФСР, при выселении с предоставлением благоустроенного жилого помещения не допускается заселение одной комнаты лицами разного пола старше девяти лет, кроме супругов. Наряду с этим должно соблюдаться и правило ч. 2 ст. 41 ЖК РСФСР, согласно которой жилое помещение предоставляется с учетом здоровья граждан и других заслуживающих внимания обстоятельств.

Выселение из жилых помещений, занимаемых по договору социального найма, с предоставлением другого благоустроенного жилого помещения допускается в следующих случаях: а) если дом, в котором находится жилое помещение, подлежит сносу. Расторжение договора найма и выселение нанимателя и членов его семьи возможно по данному основанию лишь при наличии принятого компетентными органами решения о сносе дома (п. 1 ст. 91, ст. 93 ЖК РСФСР),

¹ См п 16 постановления Пленума Верховного Суда РСФСР от 26 декабря 1984 г 1. если дом (жилое помещение) грозит обвалом, причем аварийное состояние дома (угроза обвала) должно быть зафиксировано в заключении межведомственной комиссии, образованной органом местного самоуправления,

в) если дом (жилое помещение) подлежит переоборудованию в нежилой, т.е. происходит изменение целевого назначения дома (жилого помещения), что допускается в исключительных случаях по решению органов исполнительной власти республик, краев, областей, Москвы и Санкт-Петербурга (п. 3 ст. 91, ч. 1 ст. 92 ЖК РСФСР);

1. в случае увольнения с действительной военной службы в отставку или в запас офицеров, прапорщиков и мичманов, военнослужащих сверхсрочной службы и приравненных к ним лиц, а также лиц, утративших связь с Вооруженными Силами, если они занимали жилые помещения в военных городках (ст. 94 ЖК РСФСР). Выполнение наймодателем капитального ремонта нередко связано с необходимостью освобождения жилого помещения нанимателем. Закон предусматривает несколько вариантов решения этого вопроса, причем некоторые из них связаны с расторжением договора найма и выселением нанимателя.

ЖК РСФСР (ч. 5 ст. 82 и ст. 83) выделяет следующие случаи:

- во-первых, наймодатель, если ремонт не может быть произведен без выселения нанимателя, обязан предоставить нанимателю и членам его семьи на время проведения капитального ремонта другое жилое помещение (как правило, в доме маневренного фонда). В этом случае договор найма на ремонтируемое помещение не расторгается, но наниматель должен вносить плату за проживание лишь за то помещение, которое предоставлено ему на время ремонта. В случае отказа нанимателя от переселения в другое помещение наймодатель вправе требовать переселения его в судебном порядке;
- во-вторых, если гражданин и его семья считают невыгодным переселяться на время ремонта в другое жилое помещение, им по их просьбе может быть предоставлено в постоянное пользование другое благоустроенное жилое помещение. В данном случае прежний договор расторгается по соглашению сторон и заключается новый договор;
- в-третьих, если жилое помещение, занимаемое нанимателем и членами его семьи, в результате капитального ремонта не может быть сохранено или существенно увеличится и у нанимателя образуются излишки жилой площади, наймодатель вправе требовать выселения такого нанимателя и членов его семьи с предоставлением другого благоустроенного жилого помещения. Увеличение жилого помещения признается существенным, если его размеры превысят норму жилой площади, а также дополнительной площади (при наличии на нее права), в результате чего образуются ее излишки;
- в-четвертых, если в результате капитального ремонта жилое помещение существенно уменьшится, наниматель вправе требовать либо возврата ему отремонтированного жилища (хотя бы и уменьшенного), либо предоставления ему другого благоустроенного жилого помещения до начала капитального ремонта.

В некоторых случаях, предусмотренных законом, при выселении граждан им предоставляется другое жилое помещение, которое должно находиться в черте данного населенного пункта.

"Другое жилое помещение" отличается тем, что оно не обязательно должно быть благоустроенным применительно к условиям данного населенного пункта; достаточно, чтобы оно отвечало "установленным санитарным и техническим требованиям" (ст. 97 ЖК РСФСР). Следовательно, при выселении с предоставлением другого жилого помещения гражданин не вправе требовать, чтобы ему было предоставлено жилое помещение не менее занимаемого, а также чтобы ему была предоставлена отдельная квартира или столько комнат, сколько он занимал; не действует правило о недопустимости заселения одной комнаты лицами разного пола старше девяти лет, кроме супругов; не действуют и другие положения, предусмотренные для случаев выселения с предоставлением благоустроенного жилого помещения.

Выселение с предоставлением другого жилого помещения предусмотрено для случаев, когда у гражданина имеется неполное, зависимое право на жилую площадь либо он совершил какие-то неправомерные действия в целях получения данного жилого помещения.

Неполное, зависимое право на жилую площадь имеют граждане, проживающие в жилых помещениях специального назначения (служебные жилые помещения, общежития). В случае утраты трудовых отношений или прекращения учебы такие

граждане по общему правилу подлежат выселению без предоставления другого жилого помещения. Но закон предусматривает исключения, когда отдельным категориям граждан все же предоставляется другое жилое помещение, это:

- инвалиды войны и другие инвалиды из числа военнослужащих,

1. участники Великой Отечественной войны, пребывавшие в составе действующей армии;

- семьи военнослужащих,

- пенсионеры по старости и др. (ст 108, НО ЖК РСФСР)

С предоставлением другого жилого помещения выселяется также гражданин, совершивший неправомерные действия в целях получения ордера на помещение, в котором он проживает. Одна-

ко гражданину, который ранее пользовался жилым помещением в доме государственного или муниципального жилищного фонда, должно быть предоставлено после признания ордера недействительным жилое помещение, которое он занимал, или другое жилое помещение (ст. 100 ЖК РСФСР).

Выселение без предоставления другого жилого помещения - это исключительный порядок выселения, применение которого допускается лишь в нескольких случаях, предусмотренных законом (ст. 98-100, 107 ЖК РСФСР). Сущность его заключается в том, что гражданину предъявляется требование освободить занимаемое им жилое помещение, а при неисполнении этого требования он выдворяется из него в принудительном порядке, как правило, по решению суда. После выселения гражданин сам подыскивает себе другое помещение для проживания - заключает договор коммерческого найма, покупает квартиру, поселяется у родственников и т. д.

Основания, по которым допускается выселение без предоставления другого жилого помещения, можно разделить на две группы. Для первой характерно грубое нарушение нанимателем или членами его семьи условий договора, правовых норм и норм морали, что и влечет применение к нему санкции в виде выселения. Вторая группа отличается тем, что выселение не связано с противоправным поведением нанимателя и поэтому оно не является мерой ответственности (санкцией), хотя и создает для него и его семьи серьезные проблемы, вызванные необходимостью найти другое помещение для проживания.

Выселение в виде санкции применяется, если наниматель, члены его семьи или совместно проживающие с ними лица:

- систематически разрушают или портят жилое помещение или места общего пользования;

1. используют жилое помещение не по назначению, т. е. не для проживания (например, под склад, притон и т. п.);

- систематическим нарушением правил общежития делают невозможным для других проживание в одной квартире или в одном доме (например, постоянно устраивают пьяные дебоши, наносят соседям и членам семьи оскорбления, побои и т. п.).

Без предоставления другого жилого помещения могут быть выселены также лица, лишенные родительских прав, если их совместное проживание с детьми, в отношении которых они лишены родительских прав, признано невозможным.

Применение такой жестокой санкции за перечисленные действия возможно, если доказано, что они были систематическими, т. е. повторялись неоднократно, а также виновными, т. е. соверша-

лись умышленно или по грубой неосторожности. Кроме того, должно быть установлено, что к нарушителям договора, правовых и моральных норм принимались меры предупреждения и общественного воздействия, которые оказались безрезультатными.

Как следует из ст. 98 ЖК РСФСР, выселению по указанным основаниям подлежат только виновные лица. Следовательно, жилищное правоотношение для невиновных членов семьи не прекращается. Более того, нередко иск о выселении одного из членов семьи или самого нанимателя за невозможность совместного проживания предъявляют другие члены той же семьи. Для разрешения жилищных конфликтов, возникающих в связи с нарушением правил общежития, часто применяется принудительный обмен (абз. 2 ст. 98 ЖК РСФСР).

Без предоставления жилой площади, причем в административном порядке, выселяются лица, самоуправно занявшие жилое (или нежилое) помещение. Самоуправным признается такое занятие жилого помещения, когда у лиц не было никаких оснований для этого либо они действовали вопреки запрещению о вселении. При отсутствии указанных признаков административное выселение применяться не может. Например, если помещение занято без ордера, но при наличии письменного разрешения директора предприятия, налицо незаконное вселение, но его нельзя признать самоуправным, и поэтому вопрос о выселении должен решаться судом.

Согласно ст. 100 ЖК РСФСР выселению без предоставления другого жилого помещения подлежат лица, совершившие неправомерные действия при получении ордера, вследствие чего этот ордер признан недействительным. Однако, как уже отмечалось, выселение без предоставления другого жилого помещения не применяется, если эти лица пользовались жилым помещением в доме государственного или муниципального фонда.

Выселение без предоставления другого жилого помещения по основаниям, не связанным с правонарушением, имеет место в двух случаях. Во-первых, без предоставления другого жилого помещения выселяются граждане, проживающие в общежитии, предоставленном им в связи с работой или учебой. Это относится к прекратившим работу сезонным, временным работникам и лицам, работавшим по срочному трудовому договору, а также к учащимся и студентам учебных заведений, выбывшим из них (ст. 110 ЖК РСФСР). Во-вторых, выселению без предоставления другого жилого помещения подлежат рабочие и служащие, прекратившие трудовые отношения с предприятием, учреждением, организацией, если они проживали в служебном жилом помещении, а также граждане, которые занимали служебное жилое помещение в доме колхоза и были исключены из членов колхоза или вышли из колхоза по собственному желанию (ст. 107 ЖК РСФСР).

Применение такого порядка выселения обусловлено здесь тем, что служебные помещения и общежития имеют специальное назначение и право проживания в них неразрывно связано с трудовыми отношениями или учебой.

1. Расторжение договора коммерческого найма жилого помещения

К числу принципов регулирования расторжения договора коммерческого найма следует отнести ограничение вмешательства государства (законодателя) в отношения сторон посредством императивных норм, в особенности норм, предусматривающих основания для расторжения договора по требованию одной из сторон. Количество таких норм в ГК - минимальное.

К отношениям, связанным с расторжением договора коммерческого найма, полностью применим принцип устойчивости права пользования жилым помещением, характерный для отношений социального найма. При коммерческом найме расторжение договора и выселение допускаются в исключительных случаях, которые прямо названы в ст. 687 ГК. При этом особое значение придается принятию мер для того, чтобы избежать выселения. Оно может быть применено лишь после исчерпания всех возможностей, предоставленных законом. При этом учитывается, что на наймодателя-собственника нельзя возлагать обязанность обеспечить нанимателя, подлежащего в соответствии с законом выселению, другим жилым помещением. Такое решение означало бы необоснованное ограничение права собственности, вторжение в сферу правомочий и интересов собственника.

При расторжении договора коммерческого найма действует принцип судебного расторжения, характерный и для договора социального найма. Согласно ГК договор коммерческого найма может быть расторгнут "по требованию наймодателя" (п. 2 ст. 687) либо по требованию "любой из сторон" (п. 3 ст. 687) только в судебном порядке. По одностороннему решению нанимателя договор коммерческого найма может быть расторгнут в любое время. При этом не требуется объяснять причины такого решения, на нанимателя не возлагается обязанность возмещать упущенную выгоду, вызванную односторонним расторжением договора. Однако наниматель обязан в письменной форме предупредить наймодателя за три месяца о расторжении договора. При несоблюдении этого условия наймодатель вправе предъявить нанимателю как

нарушившей

договор стороне требование о возмещении упущенной выгоды в виде неполученного дохода от сдачи помещения внаем.

По требованию любой из сторон договор коммерческого найма может быть расторгнут в судебном порядке, во-первых, если помещение перестает быть пригодным для постоянного проживания и, во-вторых, в случае аварийного состояния помещения.

Кроме двух названных обстоятельств, расторжение договора по требованию любой из сторон допускается "в других случаях, предусмотренных жилищным законодательством" (п. 3 ст. 687 ГК). Пока такие случаи не предусмотрены.

По требованию наймодателя договор коммерческого найма может быть расторгнут в судебном порядке, во-первых, в случае невнесения нанимателем платы за жилое помещение за шесть месяцев, если договором не установлен более длительный срок, а при краткосрочном найме - в случае невнесения платы более двух раз по истечении установленного договором срока платежа. В этой норме особенно четко отражен коммерческий характер данного вида найма жилого помещения. Наймодатель, рассчитывающий на получение дохода от сдачи квартиры внаем (нередко этот доход является для него источником существования), заинтересован повредить отношения с неплательщиком и сдать квартиру другому нанимателю.

При регулировании расторжения договора коммерческого найма закон, как следует из ст. 687 ГК, рассматривает нанимателя как слабую сторону и предусматривает для него ряд льгот и преимуществ.

В случае предъявления наймодателем требования о расторжении договора по причине разрушения или порчи жилого помещения нанимателем или другими гражданами, за действия которых он отвечает, суд может вместо расторжения договора принять решение о предоставлении нанимателю срока (не более года) для устранения им указанных нарушений. Если в течение назначенного судом срока нарушения не будут устранены, суд при повторном рассмотрении требования наймодателя должен будет принять решение о расторжении договора. Но и в этом случае суд может по просьбе нанимателя отсрочить исполнение решения на срок не более года (абз. 2 п. 2 ст. 687 ГК).

Таким образом, наймодатель, несмотря на доказанность фактов разрушения или порчи жилого помещения нанимателем или лицами, за действия которых он отвечает, должен терпеть такое нарушение договора и нарушение его права собственности в течение около трех лет. Представляется, что при определении последствий разрушения или порчи жилья принципу справедливости больше соответствовало бы выселение нанимателя (хотя он и является слабой стороной в договоре) из нанятого помещения без назначения ему столь продолжительных сроков "на исправление".

Интересы нанимателя обеспечиваются и в случае возникновения необходимости расторжения договора и выселения его или других граждан, за действия которых он отвечает, если они используют жилое помещение не по назначению либо систематически нарушают права и интересы соседей. В таких случаях наймодатель, как предусмотрено п. 4 ст. 687, "может предупредить нанимателя о необходимости устранения нарушений". Данная стадия является обязательной для наймодателя, решившего расторгнуть договор (абз. 2 п. 4 ст. 687 ГК). В этом случае на нанимателя распространяются рассмотренные выше льготы: предоставление по решению суда срока (не более года) на устранение нарушений и отсрочка по решению суда принятого им решения о рассмотрении договора на срок не более года.

В случае расторжения договора коммерческого найма жилого помещения наниматель и другие граждане, проживающие в жилом помещении к моменту расторжения договора, подлежат выселению из жилого помещения на основании решения суда. Выселение как принудительная мера применяется, если указанные лица отказываются добровольно освободить жилое помещение.

§ 5. Право на жилые помещения в домах жилищно-строительных и жилищных кооперативов

1. Положение жилищно-строительных и жилищных кооперативов в условиях перехода к рынку

Жилищно-строительные (ЖСК) и жилищные (ЖК)¹ кооперативы в 50-80-х годах имели в нашей стране значительное распространение. Они представляют собой добровольные объединения граждан с целью улучшения своих жилищных условий за счет собственных средств и кредитов банка.

Жилищная кооперация существует в двух разновидностях. Во-первых, это жилищно-строительные кооперативы, которые отличаются тем, что создаются для строительства домов и их последующей эксплуатации, а также для приобретения (покупки) жилых домов, подлежащих капитальному ремонту и реконструкции. Второй вид жилищной кооперации - жилищные кооперативы. Они создаются для приобретения (покупки) у предприятий, организаций, органов местной администрации новых или капитально отремонтированных жилых домов и их последующей эксплуатации.

¹ В дальнейшем употребляется аббревиатура ЖСК, но при этом имеются в виду и ЖК. В последние годы, в особенности после постановления Правительства РФ от 10 декабря 1993 г., которым предусмотрено предоставление гражданам, нуждающимся в улучшении жилищных условий, безвозмездных субсидий на строительство или приобретение жилья¹, объемы жилищно-кооперативного строительства и создания новых кооперативов сократились, поскольку граждане стали отдавать предпочтение новой форме использования собственных денежных средств для решения своих жилищных проблем. Однако это новшество не оказало влияния на существование имеющихся ЖСК.

Вопрос об их судьбе возник после принятия Закона РФ от 15 июня 1996 г. "О товариществах собственников жилья"². Названный Закон предусмотрел преобразование жилищных и жилищно-строительных кооперативов в товарищества собственников жилья, если в кооперативе хотя бы один его член выплатил пай и стал собственником квартиры³.

Одни авторы считают, что это "не означает, что кооперативы приказали долго жить" и что едва ли следует рассчитывать "на быстрый перевод всех кооперативов в товарищества собственников жилья"⁴. Другие говорят, что "в настоящее время на смену жилищным и жилищно-строительным кооперативам приходит более современное юридическое образование - товарищество собственников жилья, соответствующее нынешним рыночным отношениям"⁵.

Оценивая приведенные высказывания, надо, по нашему мнению, признать, что они не противоположны. Бесспорно, что судьба ЖСК, если Закон "О товариществах собственников жилья" будет последовательно исполняться, предрешена: они в ближайшие годы будут преобразованы в товарищества собственников жилья, как это предусмотрено названным Законом. Вместе с тем следует согласиться и с Ю.К. Толстым, считающим, что такое преобразование займет значительное время, в течение которого "жилищные отношения в кооперативе сохраняются"⁶.

В настоящее время организация и деятельность ЖСК регулируются ст. 116 ГК, определяющей правовое положение потреби-
'БГПРФ 1993 №11-12 С 60 2СЗРФ 1996 №5 Ст 2963

³ Постановление Правительства г Москвы от 14 января 1997 г "О порядке применения Закона РФ "О товариществах собственников жилья" в г Москве" предусмотрело преобразование ЖК и ЖСК в товарищества собственников жилья при условии, что все члены кооператива выплатили паевые взносы полностью См Кичи-хинАН, Марткович И Б, Щербакова Н А Указ соч С 71-72

⁴ Толстой Ю К Жилищное право С 35

> Кичихин А Н, Марткович И Б, Щербакова Н А Указ соч С 71

⁶ Толстой Ю К Жилищное право С 35

тельских кооперативов, к числу которых относятся и жилищные кооперативы¹, а также ЖК РСФСР (ст. 111-126). Основное же значение в регулировании организации и деятельности ЖСК принадлежит уставам этих кооперативов.

В члены кооператива могут быть приняты граждане, достигшие 18-летнего возраста, нуждающиеся в улучшении жилищных условий и постоянно проживающие в данном населенном пункте. При этом в основном используются критерии нуждаемости, установленные для случаев постановки на учет для улучшения жилищных условий из

фонда социального использования. Требование постоянного проживания соблюдается с учетом ряда исключений, предусмотренных законодательством. Преимущественное право на вступление в кооператив принадлежит гражданам, состоящим на учете для улучшения жилищных условий, прежде всего инвалидам и участникам Великой Отечественной войны, семьям погибших военнослужащих, ветеранам труда и др.

2. Право на жилые помещения в домах ЖСК

Лицу, принятому в члены ЖСК, по решению общего собрания членов кооператива предоставляется отдельная квартира, состоящая из одной или нескольких комнат, в соответствии с количеством членов семьи и суммой паевого взноса. Внесение паевого взноса является условием получения квартиры. Решение общего собрания приобретает юридическую силу после утверждения соответствующим органом местной администрации. Квартиры в доме ЖСК заселяются по ордерам, выдаваемым органом местной администрации. Отказ в выдаче ордера может быть обжалован в судебном порядке (ст. 118 ЖК РСФСР).

Вступление в кооператив и передача ему денежных средств не создают для пайщика права собственности на полученную квартиру до тех пор, пока он не выплатит пай полностью. Член кооператива имеет право на пай, который обеспечивает ему владение, пользование и в некоторой степени распоряжение выделенной ему квартирой.

Права члена кооператива на квартиру достаточно широки. В частности, член кооператива имеет право:

- жить со своей семьей в предоставленной ему квартире;
- добровольно выйти из кооператива;

1. с согласия кооператива передать пай любому постоянно проживающему совместно с ним совершеннолетнему члену семьи;

1 Можно отметить, что Закон РФ от 19 июня 1992 г "О потребительской кооперации (потребительских обществах и союзах) в Российской Федерации", действующий в редакции Федерального закона от 11 июля 1997 г, как следует из его преамбулы, на жилищную кооперацию не распространяется//СЗ РФ 1997 №28 Ст 3306

1. получить освободившуюся квартиру в доме того же кооператива в случае нужды в улучшении жилищных условий,

- обменять с соблюдением действующих правил занимаемое им жилое помещение на другое

Члены кооператива имеют и другие (корпоративные) права, вытекающие из членства в кооперативе, в частности право участвовать в решении вопросов деятельности кооператива, включая прием новых членов, в распределении квартир и т. д. В то же время они обязаны выполнять требования устава кооператива: использовать полученную квартиру в соответствии с ее назначением, соблюдать правила пользования жилыми помещениями и т. д.

Право пайщика на квартиру сходно с правом на жилую площадь нанимателя. Однако правомочия пайщика шире, в первую очередь его право распоряжения. Это обусловлено тем, что пайщик оплачивает стоимость полученной квартиры своим паевым взносом. В связи с этим в случае выхода из кооператива он имеет право на возврат внесенных им сумм паенакоплений (в порядке, предусмотренном уставом). Законом предусмотрена весьма существенная трансформация прав члена ЖСК на квартиру, если он полностью внес паевой взнос за нее: такой член ЖСК приобретает на занимаемую им квартиру право собственности и может после этого распоряжаться ею по своему усмотрению (продать, подарить, сдать в аренду, завещать и т. д.). Наряду с этим он является участником общей собственности на оборудование и конструкции, обслуживающие кооперативный дом (фундамент, лестницы, водопроводная сеть и т. д.).

В отношении пользования кооперативной квартирой с точки зрения объема прав на квартиру выделяются лица, которые имеют право на паенакопления. В первую очередь это - пайщик, член кооператива. Однако наряду с ним доля паенакопления может принадлежать и его супругу, если первоначальный паевой взнос был внесен из общих средств супругов либо позднее паенакопление увеличилось при их совместной жизни. Право на долю в пае-накоплении могут иметь и другие члены семьи, проживающие

совместно с пайщиком, если они принимают участие в выплате паевого взноса. Следовательно, среди лиц, проживающих в кооперативной квартире, одни имеют право на долю в паенакоплений, а другие не имеют, что приводит к различиям в объеме их прав. Однако в остальном действует принцип равенства прав всех проживающих в кооперативной квартире: все они имеют одинаковое право пользования жилым помещением (если при вселении не было иного соглашения о порядке пользования помещениями).

Понятие члена семьи применительно к кооперативным отношениям в законе не дается. В судебной практике используется то понятие члена семьи, которое предусмотрено в ЖК РСФСР для отношений найма жилого помещения в домах государственного и муниципального жилищных фондов.

Лица, которые перестали быть членами семьи пайщика, права проживания в квартире не утрачивают.

1. Изменение и прекращение права на жилое помещение в доме ЖСК

Выбытие пайщика из кооператива может произойти вследствие исключения его из кооператива либо в случае его смерти.

Исключение пайщика из кооператива влечет утрату им и членами его семьи права пользования квартирой и выселение их в судебном порядке из дома кооператива без предоставления другой жилой площади. Однако уставом кооператива могут быть предусмотрены случаи сохранения права пользования квартирой за членами семьи лица, исключенного из членов кооператива, при условии вступления одного из них в кооператив (ст. 124 ЖК РСФСР). Имеются в виду члены семьи, которые проживали вместе с исключенным из кооператива лицом.

Несколько иные последствия предусмотрены для членов семьи пайщика в случае его смерти. Члены семьи умершего пайщика, проживающие совместно с ним, сохраняют право пользования кооперативной квартирой при условии вступления одного из них в ЖСК. При этом они имеют преимущественное право вступления в кооператив.

Наследники, не проживавшие в кооперативной квартире вместе с наследодателем, имеют право только на паенакопление.

После выплаты взноса и приобретения права собственности на квартиру член ЖСК вправе распоряжаться ею по своему усмотрению (продать ее, сдать в аренду, завещать и т. п.) без согласия кооператива. Гражданин, купивший такую квартиру, получивший ее по наследству или ставший ее собственником по иным основаниям, принимается в члены кооператива. Отказ в приеме в кооператив гражданин может оспорить в судебном порядке.

В случае расторжения брака бывший супруг пайщика, имеющий право на часть паенакопления и проживающий в кооперативной квартире, вправе требовать раздела пая и квартиры и принятия в члены кооператива. Такое требование может быть заявлено независимо от размера доли паенакопления, принадлежащей каждому из бывших супругов.

Раздел жилого помещения и пая, являющегося общим имуществом супругов, допускается лишь в случае расторжения брака и при условии, что каждому из них может быть выделено изолированное жилое помещение в занимаемой ими квартире. Раздел жилого помещения, состоявшего из смежных неизолированных комнат, возможен, если комнаты будут превращены в изолированные (с соблюдением установленного порядка).

При разделе жилого помещения и пая учитываются: размер принадлежащей каждому из бывших супругов доли паенакопления; интересы детей и других членов их семьи, имеющих право на пользование жилой площадью; планировка квартиры и фактически сложившийся порядок пользования жилым помещением. При несовпадении выделяемого бывшему супругу помещения и его доли в паенакоплении возможно применение денежного перерасчета.

Члену ЖСК, который не выплатил полный паевой взнос, принадлежит право обмена занимаемой им кооперативной квартиры с другим членом кооператива, с нанимателем либо собственником жилого помещения, с собственником жилого дома. Если обмениваемая квартира принадлежит члену ЖСК (или бывшему члену ЖСК) на праве собственности, поскольку за нее полностью выплачен паевой взнос, то в случае

заключения договора обмена с другим собственником их отношения будут регулироваться правилами о договоре мены.

Обмен квартиры, которая не является собственностью члена ЖСК, допускается при наличии ряда условий:

1. согласие проживающих совместно с членом ЖСК членов семьи (в том числе и не имеющих права на долю в паенакоплении);

• разрешение органа местной администрации;

1. решение кооператива о приеме в члены ЖСК лица, обменивающего жилое помещение;

2. соблюдение правил, установленных ЖК РСФСР и уставом ЖСК (ст. 119 ЖК РСФСР).

Обмен оформляется выдачей органом местной администрации каждому участнику обмена специальных обменных ордеров. Отказ в выдаче ордера может быть обжалован в судебном порядке. Обращение в суд возможно также в случае отказа общего собрания в приеме в члены ЖСК лица, обменивающего жилое помещение в доме государственного или муниципального фонда на квартиру в доме кооператива.

Предметом обмена может быть только отдельная квартира, в том числе и в случаях, когда квартира разделена между разведенными супругами или наследниками умершего пайщика. Следовательно, занять кооперативную квартиру на основании обмена может только семья, которая решает, кто из членов семьи будет пайщиком. Это вытекает из общего принципа, в соответствии с которым члену ЖСК предоставляется в пользование только отдельная квартира (ст. 118 ЖК РСФСР).

Если между пайщиком ЖСК и членами его семьи не достигнуто соглашение об обмене, то пайщик (а также член его семьи, имеющий право на часть паенакопления) вправе требовать в судебном порядке принудительного обмена занимаемого помещения на помещения в разных домах (кооперативах).

Возможен обмен квартирами между пайщиками одного и того же кооператива (с соответствующим изменением размера их накоплений). Такой обмен совершается с соблюдением всех изложенных правил, кроме следующего: здесь не требуется решать вопрос о приеме в члены кооператива, поскольку оба участника обмена - члены одного ЖСК.

Обмен жилого помещения в кооперативном доме не допускается в случаях, перечень которых дается в ст. 73 ЖК РСФСР. Признание обмена недействительным возможно по основаниям, предусмотренным в ст. 74 ЖК РСФСР.

Член ЖСК подлежит выселению из кооперативной квартиры, если он исключен из кооператива по основаниям, предусмотренным ст. 123 ЖК РСФСР и уставом ЖСК. Освободить квартиру должны и все проживающие с ним лица.

Выселение осуществляется в судебном порядке без предоставления другой жилой площади. Однако в данной ситуации кооператив, если это допускается его уставом, может принять в члены ЖСК одного из членов семьи с сохранением за новым пайщиком и его семьей права пользования квартирой.

Выселение членов семьи пайщика и других лиц, проживающих в кооперативной квартире, допускается в случаях, предусмотренных уставом ЖСК, а также ч. 1 ст. 98 ЖК РСФСР (систематическое разрушение или порча жилого помещения, невозможность совместного проживания и др.).

Дополнительная литература

Богданов Е.В. Жилище и рынок. Минск, 1992;

Кичихин А.Н., Марткович И.Б., Щербакова Н. А. Жилищное право. Пользование и собственность. М., 1997;

Корнеев С.М. Основные тенденции развития жилищного права в условиях становления рыночной экономики // Гражданское право России при переходе к рынку. М., 1995;

Крашенинников П.В. Российское жилищное законодательство. М., 1996; Марткович

И.Б. Жилищное право. Закон и практика. М., 1990; Седугин П.И. Жилищное право М., 1997; Толстой Ю.К. Жилищное право. М., 1996.

Обязательства по производству работ Глава 36. Договор подряда

§ 1. Общие положения о договоре подряда 1. Понятие договора подряда

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 (ст. 702 ГК).

Договор подряда является двусторонним, консенсуальным и возмездным.

В отличие от возмездных договоров о передаче имущества в собственность (иное вещное право) или пользование договор подряда, с одной стороны, регулирует процесс производительной деятельности, сопровождающейся созданием определенного овеществленного результата. Согласно п. 1 ст. 703 ГК договор подряда заключается на изготовление или переработку (обработку) вещи либо на выполнение другой работы.

Следовательно, интерес заказчика в договоре подряда состоит в получении новой вещи, изготовленной подрядчиком как стороной в данном договоре, или в улучшении качества и иных потребительских свойств уже существующей вещи.

С другой стороны изготовление, переработка (обработка) вещи или выполнение какой-либо иной работы должны сопровождаться передачей ее результата заказчику. В соответствии с п. 2 ст. 703 ГК по договору подряда, заключенному на изготовление вещи, подрядчик наряду с передачей новой вещи передает также права на нее заказчику. В иных случаях подрядчик должен передать заказчику результат выполненной работы, который не выражен в новой вещи, но является вещественным. В связи с этим передаваемый подрядчиком заказчику результат не обязательно должен представлять собой движимую или недвижимую вещь.

Еще одним важным отличием договора подряда от возмездных договоров о передаче имущества в собственность (иное вещное право) или пользование является то, что его предметом всегда выступают при изготовлении - индивидуально-определенные вещи, а при переработке (обработке) или выполнении иной работы - конкретный овеществленный результат в отношении индивидуально-определенных вещей.

Необходимость создания новых индивидуально-определенных вещей или изменения их потребительских свойств предполагает осуществление подрядных работ по заданию заказчика. Согласно п. 1 ст. 715 и п. 3 ст. 703 ГК заказчик имеет право в любое время проверять ход и качество работы, выполняемой подрядчиком, не вмешиваясь, однако, в его деятельность. В свою очередь, подрядчик самостоятельно определяет способы выполнения задания заказчика, если иное не предусмотрено договором.

Договор подряда также отличается от договоров об оказании услуг, хотя к отдельным их видам могут субсидиарно применяться правовые нормы о договоре подряда.

Например, согласно ст. 783 ГК общие положения о подряде (ст. 702-729 ГК) и положения о бытовом подряде (ст. 703-739 ГК) применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит ст. 779-782 ГК, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг.

Основным отличием договора подряда от договоров об оказании услуг является результат выполненных работ, имеющий овеществленную форму. В договорах об оказании услуг деятельность исполнителя и ее результат не имеют вещественного содержания и неотделимы от его личности, будь то концерт выдающегося музыканта, деятельность поверенного или перевозка груза.

Договор подряда, несмотря на внешнее сходство, имеет также существенные отличия от трудового договора. Прежде всего, подрядчик согласно ст. 704 и 705 ГК выполняет работу за свой риск и, если иное не предусмотрено договором подряда, собственным иждивением, т. е. из своих материалов, своими силами и средствами. В отличие от этого работник, заключивший трудовой договор, зачисляется в штат соответствующей организации, подчиняется правилам внутреннего трудового распорядка и обязан выполнять указания работодателя. Таковы традиционно выделяемые признаки, отличающие договор подряда и трудовой договор.

Однако при надомном труде работник выполняет конкретный заказ и сдает соответствующий результат, не будучи связанным правилами внутреннего трудового распорядка. Индивидуальные предприниматели не обязаны устанавливать для своих работников правила внутреннего трудового распорядка. Следовательно, указанные отличия не являются достаточно четкими для указанного разграничения. В настоящее время главными критериями разграничения трудового договора и договора подряда являются:

1. во-первых, выполнение работником по трудовому договору определенной трудовой функции, т. е. нормируемой законодательством о труде деятельности, не обязательно связанной с достижением определенного о вещественного результата;

- во-вторых, распространение на работника установленной законодательством о труде системы льгот по количеству и условиям труда, его оплате, а также социальному страхованию.

Положения

§ 1 гл. 37 "Общие положения о подряде" применяются согласно п. 2 ст. 702 ГК к отдельным видам договора подряда (бытовой подряд, строительный подряд, подряд на выполнение проектных и изыскательских работ, подрядные работы для государственных нужд), если иное не установлено правилами ГК об этих видах договоров.

2. Стороны и содержание договора подряда

Сторонами договора подряда являются заказчик и подрядчик. ГК не устанавливает каких-либо ограничений для отдельных субъектов гражданского права на участие в подрядных отношениях как со стороны подрядчика, так и со стороны заказчика, ориентируясь на общие правила об участии граждан и юридических лиц в гражданском обороте.

По общему правилу, когда речь идет о выполнении по договору подряда небольшого объема технически несложных работ, они выполняются лично подрядчиком. Однако при выполнении сложного комплекса работ, в особенности в сфере строительного подряда, применяется принцип генерального подряда. Согласно ст. 706 ГК, если из закона или договора подряда не вытекает обязанность подрядчика выполнить предусмотренную в договоре работу лично, подрядчик имеет право привлечь к исполнению своих обязательств других лиц. В этом случае подрядчик выступает в роли генерального подрядчика, а привлеченные им для выполнения отдельных работ лица именуется субподрядчиками.

Подрядчик не вправе использовать генеральный подряд, если из закона или договора подряда вытекает его обязанность выполнить работу лично. Поэтому подрядчик, который привлек к исполнению договора подряда субподрядчика в нарушение указанных требований, несет перед заказчиком ответственность за убытки, причиненные участием субподрядчика в исполнении договора.

Сущность принципа генерального подряда состоит в том, что генеральный подрядчик несет перед заказчиком ответственность за последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств субподрядчиком¹, поскольку обязательствами по договору подряда связаны только заказчик и генеральный подрядчик. В свою очередь, генеральный подрядчик несет перед субподрядчиком ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение заказчиком обязательств по договору подряда, так как сам связан обязательствами по субподрядному договору только с субподрядчиком. В данном случае имеет место ответственность генерального подрядчика за действия третьих лиц. В связи с этим заказчик и субподрядчик не вправе предъявлять друг другу требования, связанные с нарушением договоров, заключенных каждым из них с генеральным подрядчиком, если, конечно, иное не предусмотрено законом или договором. Генеральный подрядчик, понесший ответственность за действия третьих лиц в соответствии с принципом генерального подряда, вправе прибегнуть к регрессной ответственности, т. е. взыскать возникшие у него убытки с третьего лица, чьими действиями они были причинены.

Вместе с тем с согласия генерального подрядчика заказчик может заключить договоры на выполнение отдельных работ с другими лицами (прямые договоры). В случае

заключения прямых договоров генеральный подрядчик в них участия не принимает и принцип генерального подряда не действует, поэтому лица, заключившие прямые договоры с заказчиком, несут ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение работы непосредственно перед ним, а заказчик, в свою очередь, отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора перед этими лицами.

Специальная норма регулирует вопрос об участии в исполнении работы нескольких лиц. В соответствии со ст. 707 ГК, если на стороне подрядчика выступают одновременно два или более лица, то при неделимости предмета обязательства они признаются по отношению к заказчику солидарными должниками (в отношении обязанности выполнить работу и сдать ее результат) и соответственно солидарными кредиторами (в отношении права требовать принятия работы и ее оплаты). Однако при делимости предмета обязательства, а также в других случаях, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором, каждое из этих лиц приобретает права и несет обязанности по отношению к заказчику лишь в пределах своей доли. Как и в подавляющем большинстве возмездных гражданско-правовых договоров, единственным существенным условием до-

1 Эта ответственность строится в соответствии с общими правилами, изложенными в п 1 ст 313 и ст 403 ГК

говора подряда является его предмет. Из анализа ст. 702 ГК следует, что предметом договора подряда является как сама работа (изготовление вещи, ее переработка или обработка, иные виды работ), так и ее овеществленный результат. При отсутствии в договоре подряда условия о предмете или при недостижении сторонами соглашения о его предмете договор считается незаключенным.

Учитывая, что предметом договора подряда всегда выступают либо индивидуально-определенные вещи, либо конкретный овеществленный результат в отношении индивидуально-определенных вещей, важнейшей его характеристикой является качество. Требования к качеству предмета исполнения по договору подряда установлены ст. 721 ГК. Качество выполненной подрядчиком работы, т. е. достигнутого им результата, должно соответствовать условиям договора подряда, а при отсутствии или неполноте условий договора - требованиям, обычно предъявляемым к работам соответствующего рода. Следовательно, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, результат выполненной работы должен в момент передачи заказчику обладать свойствами, указанными в самом договоре или определенными обычно предъявляемыми требованиями. Кроме того, в пределах разумного срока он должен быть пригодным для установленного договором использования, а если такое использование договором не предусмотрено, для обычного использования результата работы такого рода.

Законом, иными правовыми актами или в установленном ими порядке могут быть предусмотрены обязательные требования к качеству предмета, полученного в результате выполненной по договору подряда работы. В этом случае подрядчик, действующий в качестве предпринимателя, обязан выполнять работу, соблюдая указанные обязательные требования. Кроме того, подрядчик может принять на себя по договору обязанность выполнить работу, отвечающую требованиям к качеству, более высоким по сравнению с установленными обязательными для сторон требованиями. Законом, иным правовым актом, договором подряда или обычаями делового оборота для результата работы, выполненной по договору подряда, может быть предусмотрен срок, в течение которого он должен соответствовать условиям договора о качестве, предусмотренным п. 1 ст. 721 ГК (гарантийный срок). Согласно

1 Статья 721 ГК называется "Качество работы" Такое название вряд ли можно признать удачным, поскольку заказчик всегда предъявляет требования к качеству результата Об этом свидетельствует и само начало данной статьи, где говорится о качестве выполненной подрядчиком работы, т. е. о ее результате ст. 722 ГК гарантии качества результата выполненной работы можно подразделить на законные, т. е. предусмотренные законом, иным правовым актом или обычаями делового оборота, и договорные, т. е. принятые на себя подрядчиком в силу договора подряда и предусмотренные в нем. Гарантии качества результата работы, если иное не предусмотрено договором подряда, распространяются на все, составляющее результат

работы.

Правила определения цены выполненных по договору подряда работ устанавливаются ст. 709 ГК. В договоре подряда должна указываться цена подлежащих выполнению работ или способы ее определения. Однако при отсутствии в договоре подряда таких указаний цена определяется в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК. Цена в договоре подряда складывается из двух составляющих и включает: во-первых, компенсацию издержек, понесенных подрядчиком, и, во-вторых, причитающееся ему вознаграждение за выполненную работу.

Если выполняемые работы невелики по объему и видам, то стороны обычно определяют цену при заключении договора подряда. Однако если объем работ велик, а их виды весьма разнообразны, то цена работы может быть определена путем составления сметы. Смета может быть составлена любой из сторон договора, но поскольку подрядчик является, как правило, профессионалом, именно ему поручается ее подготовка. В связи с этим, если работа выполняется в соответствии со сметой, составленной подрядчиком, она приобретает силу и становится частью договора подряда с момента подтверждения ее заказчиком.

Цена работы (смета) по договору подряда может быть приблизительной или твердой. Приблизительной является смета, от положений которой в ходе выполнения работ возможны отступления (превышение). Твердой считается смета, от положений которой отступления (превышение) не допускаются. Закон устанавливает презумпцию согласования сторонами твердой сметы, поскольку при отсутствии других указаний в договоре подряда цена работы считается твердой.

Исходя из смысла ст. 709 ГК не являющееся существенным превышение приблизительной сметы предполагается самим ее характером и не порождает каких-либо обязанностей со стороны подрядчика. Однако, если возникла необходимость в проведении дополнительных работ и по этой причине в существенном превышении приблизительной сметы, 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 к данному моменту 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.

Что касается твердой цены (сметы), то подрядчик не вправе требовать ее увеличения, а заказчик - уменьшения даже в том 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 вправе требовать увеличения установленной в договоре подряда как приблизительной, так и твердой цены (сметы). В случае отказа заказчика выполнить это требование он имеет право расторгнуть договор в соответствии со ст. 451 ГК.

Согласно ст. 710 ГК в том случае, когда фактические расходы подрядчика оказались меньше тех, которые учитывались при определении цены работы (сметы), подрядчик сохраняет право на оплату работ по цене, предусмотренной договором подряда, если заказчик не докажет, что полученная подрядчиком экономия повлияла на качество выполненных работ. Вместе с тем в договоре подряда может быть предусмотрено распределение полученной подрядчиком экономии между сторонами.

Еще одним важным условием договора подряда является срок. В соответствии со ст. 708 ГК в договоре подряда должны указываться начальный и конечный сроки выполнения работы. Однако по соглашению сторон в договоре могут быть предусмотрены также сроки завершения отдельных этапов работы, т. е. промежуточные сроки. Изменение указанных в договоре подряда начального, конечного и промежуточных сроков выполнения работы возможно в случаях и порядке, предусмотренных договором.

Подрядчик несет ответственность за нарушение как начального и конечного, так и промежуточных сроков выполнения работы, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не предусмотрено договором. В то же время последствия просрочки исполнения подрядчиком договора наступают только при нарушении конечного срока выполнения работы. В этом случае подлежит применению п. 2 ст. 405 ГК, согласно которому заказчик

может отказаться от принятия исполнения и требовать возмещения убытков, если вследствие просрочки подрядчика исполнение утратило для него интерес.

Вместе с тем срок, как и цена, не является существенным условием договора подряда. Отсутствие в договоре подряда срока выполнения работ восполняется правилами, установленными п. 2 ст. 314 ГК. В соответствии с этими правилами обязательство, срок исполнения которого не предусмотрен и не может быть определен, должно быть исполнено в разумный срок после его возникновения. Если обязательство не исполнено в разумный срок, то оно должно быть исполнено в течение 7 дней со дня предъявления требования кредитора о его исполнении.

3. Исполнение договора подряда

В соответствии со ст. 702 ГК основной обязанностью подрядчика является выполнение по заданию заказчика определенной работы и сдача ему результата выполненной работы.

Подрядчик выполняет предусмотренные договором работы за свой риск. В связи с этим в ст. 705 ГК специально урегулирован вопрос о распределении между сторонами рисков, возникающих в ходе исполнения договора подряда.

Риск, т. е. бремя имущественных потерь, возлагаемых на определенное лицо, возникших случайно (при отсутствии противоправности в действиях сторон договора, а в соответствующих случаях при отсутствии их вины в наступлении неблагоприятных имущественных последствий), относится:

1. во-первых, к имуществу, необходимому для осуществления предусмотренных договором подряда работ;

- во-вторых, к предмету подряда.

Риск случайной гибели или случайного повреждения имущества, необходимого для осуществления предусмотренных договором подряда работ, относится:

1. к материалам и оборудованию, предоставленным для изготовления, переработки или обработки вещи;

- к переданной для переработки (обработки) вещи;

- к иному используемому для исполнения договора имуществу.

Согласно ст. 705 ГК риск случайной гибели или случайного повреждения материалов, оборудования, переданной для переработки (обработки) вещи или иного используемого для исполнения договора имущества несет предоставившая их сторона. Учитывая, что по общему правилу работа по договору подряда выполняется иждивением заказчика, т. е. из его материалов, его силами и сред-

ствами (ст. 704 ГК), именно он в большинстве случаев подвержен риску случайной гибели или случайного повреждения имущества, необходимого для осуществления предусмотренных договором подряда работ. Вместе с тем при предоставлении заказчиком материалов и оборудования, а также при передаче им для переработки или обработки своей вещи указанный риск их случайной гибели или порчи будет нести заказчик. Положение ст. 705 ГК о возложении риска случайной гибели или случайного повреждения материалов, оборудования, переданной для переработки (обработки) вещи или иного используемого для исполнения договора имущества на предоставившую их сторону полностью соответствует установленному ст. 211 ГК общему правилу о том, что риск случайной гибели или случайного повреждения имущества несет его собственник, если иное не предусмотрено законом или договором.

Что касается риска случайной гибели или случайного повреждения предмета подряда, то до приемки заказчиком результата выполненной работы его несет подрядчик. До момента приемки выполненной работы заказчик не может рассматриваться в качестве собственника новой вещи или иного овеществленного результата, поскольку согласно ст. 223 ГК право собственности у приобретателя вещи по договору, если иное не

установлено законом или договором, возникает с момента ее передачи. Завершение приемки выполненных работ в подрядных отношениях как раз и является моментом передачи права собственности на полученный результат подрядчиком заказчику. Следует иметь в виду, что распределение рисков между сторонами договора подряда урегулировано диспозитивной нормой; следовательно, эти правила действуют, если иное не предусмотрено ГК, иными законами или договором подряда. Так, согласно п. 2 ст. 705 ГК при просрочке передачи или приемки результата работы указанные риски несет сторона, допустившая просрочку.

Поскольку по общему правилу выполнение работы осуществляется иждивением подрядчика, он несет ответственность за ненадлежащее качество предоставленных им материалов и оборудования, а также за предоставление материалов и оборудования, обремененных правами третьих лиц (п. 2 ст. 704 ГК). Согласно п. 5 ст. 723 ГК подрядчик, предоставивший материал для выполнения работы, отвечает за его качество по правилам об ответственности продавца за товары ненадлежащего качества. Следовательно, заказчик вправе воспользоваться любой из возможностей, предоставленных покупателю ст. 475 ГК.

Если же подрядчик выполняет предусмотренные договором подряда работы с использованием материала заказчика, то согласно ст. 713 ГК он обязан использовать предоставленный заказчиком материал экономно и расчетливо. После окончания работы подрядчик должен представить заказчику отчет об израсходовании материала, а также возвратить его остаток либо с согласия заказчика уменьшить цену работы с учетом стоимости остающегося у подрядчика неиспользованного материала.

В соответствии со ст. 714 ГК подрядчик несет ответственность за несохранность предоставленных заказчиком материала, оборудования, переданной для переработки (обработки) вещи или иного имущества, оказавшегося в его владении в связи с исполнением договора подряда.

Согласно ст. 716 ГК подрядчик обязан немедленно предупредить заказчика и до получения от него указаний приостановить работу, если им будут обнаружены:

1. либо непригодность или недоброкачественность предоставленных заказчиком материала, оборудования, технической документами или переданной для переработки (обработки) вещи;
2. либо возможные неблагоприятные для заказчика последствия выполнения его указаний о способе исполнения работы;
3. либо иные, не зависящие от подрядчика обстоятельства, которые грозят годности или прочности результатов выполняемой работы либо создают невозможность ее завершения в срок.

Подрядчик, не предупредивший заказчика об этих обстоятельствах или продолживший работу, не дожидаясь истечения указанного в договоре срока, а при его отсутствии - разумного срока для ответа на предупреждение либо несмотря на своевременное указание заказчика о прекращении работы, не вправе при предъявлении к нему или им к заказчику соответствующих требований ссылаться на указанные обстоятельства.

В свою очередь, если заказчик, несмотря на своевременное и обоснованное предупреждение со стороны подрядчика об указанных обстоятельствах, в разумный срок не заменит непригодные или недоброкачественные материалы, оборудование, техническую документацию или переданную для переработки (обработки) вещь, не изменит указаний о способе выполнения работы или не примет других необходимых мер для устранения обстоятельств, грозящих ее годности, подрядчик вправе отказаться от исполнения договора подряда и потребовать возмещения причиненных его прекращением убытков.

В соответствии с п. 2 и 3 ст. 713 ГК подрядчик сохраняет право требовать оплаты выполненной им работы, даже если результат работы не был достигнут либо достигнутый результат оказался с недостатками, которые делают его непригодным для предусмотренного в договоре подряда использования, а при отсутствии в договоре соответствующего условия - непригодным для обычного использования, если причиной этого являются недостатки предоставленного заказчиком материала. Это право подрядчик может осуществить в том случае, если докажет, что недостатки материала не могли быть им обнаружены при надлежащей его приемке.

Как отмечалось ранее, качество выполненной работы представляет собой важнейшую характеристику предмета договора подряда. В связи с этим в случаях, когда работа выполнена подрядчиком с отступлениями от договора подряда, ухудшившими результат работы, или с иными недостатками, которые делают его непригодным для предусмотренного в договоре использования, либо при отсутствии в договоре соответствующего условия непригодности для обычного использования, заказчику предоставляется ряд возможностей, обеспечивающих надлежащее качество выполненных работ.

Согласно ст. 723 ГК¹ в этих случаях заказчик вправе, если иное не установлено законом или договором, по своему выбору потребовать от подрядчика:

- либо безвозмездного устранения недостатков в разумный срок;
- либо соразмерного уменьшения установленной за работу цены;

1. либо возмещения своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика устранять их предусмотрено в договоре подряда.

Подрядчику предоставляется возможность 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.

Если отступления в работе от условий договора подряда или иные недостатки результата работы в установленный заказчиком разумный срок не были устранены либо являются существенны-

1 Представляется, что название ст 723 ГК "Ответственность подрядчика за ненадлежащее качество работы" не вполне точно отражает ее содержание, поскольку речь в ней идет не только об ответственности подрядчика за ненадлежащее качество выполненных работ, но и об иных мерах воздействия, в частности о мерах оперативного воздействия

ми¹, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных убытков.

Таким образом, последствия ненадлежащего качества результата выполненных работ различаются в зависимости от характера обнаруженных недостатков. В том случае, когда недостатки не являются существенными (простые недостатки), закон предоставляет заказчику право воспользоваться одной из мер оперативного воздействия, перечисленных в п. 1 ст. 723 ГК. Однако если заказчик обнаруживает существенные недостатки, то ему предоставляется право на возмещение причиненных убытков, т. е. возможность применения к подрядчику мер имущественной ответственности. При этом в соответствии со ст. 728 ГК, если заказчик расторгает договор подряда, подрядчик обязан вернуть предоставленные заказчиком материалы, оборудование, переданную для переработки (обработки) вещь и иное имущество либо передать их указанному заказчику лицу, а если это оказалось невозможным - возместить стоимость материалов, оборудования и иного имущества. Учитывая принцип свободы договора, закон признает возможность согласования сторонами договора подряда условий об освобождении подрядчика от ответственности за определенные недостатки. Однако наличие таких условий в договоре подряда в соответствии с п. 4 ст. 723 ГК не освобождает его от ответственности, если доказано, что эти недостатки возникли вследствие виновных действий или бездействия подрядчика.

Согласно ст. 724 ГК заказчик вправе предъявить требования, связанные с ненадлежащим качеством результата работы, при условии, что оно выявлено в установленные данной нормой сроки, если иное не установлено законом или договором подряда. Продолжительность сроков для предъявления заказчиком требований, связанных с ненадлежащим качеством результата работы, ставится в зависимость от вида установленных гарантий.

В случае, когда на результат работы не установлен гарантийный срок (законная гарантия), требования, связанные с недостатками результата работы, могут быть предъявлены заказчиком при

1 Достаточно полное представление о содержании понятия существенный недостаток

дается в преамбуле Закона о защите прав потребителей Под существенным понимается недостаток, который делает невозможным или недопустимым использование товара (работы, услуги) в соответствии с его целевым назначением, либо который не может быть устранен, либо который проявляется вновь после устранения, либо для устранения которого требуются большие затраты, либо вследствие которого потребитель в значительной степени лишается того, на что он вправе рассчитывать при заключении договора

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.

При наличии договорной гарантии заказчик вправе предъявить требования, связанные с недостатками результата работы, обнаруженными в течение гарантийного срока, установленного подрядчиком. При этом, если иное не предусмотрено договором подряда, гарантийный срок начинает течь с момента, когда результат выполненной работы был принят или должен был быть принят заказчиком, К исчислению гарантийного срока по договору подряда применяются правила, содержащиеся в п. 2 и 4 ст. 471 ГК, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, соглашением сторон или не вытекает из особенностей договора подряда.

Если 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, когда результат выполненной работы был принят или должен был быть принят заказчиком, подрядчик несет неблагоприятные последствия, если заказчик докажет, что недостатки возникли до передачи результата работы заказчику или по причинам, возникшим до этого момента.

В ст. 725 ГК содержится специальная норма о сроках давности по искам о ненадлежащем качестве работы. 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 в соответствии со ст. 196 ГК, т. е. три года. Таким образом, для всех видов движимого и недвижимого имущества, кроме зданий и сооружений, законом установлен сокращенный срок исковой давности по искам о ненадлежащем качестве работы.

Особенности исчисления срока давности по искам о ненадлежащем качестве работы заключаются в том, что, если в соответствии с договором подряда результат работы принят заказчиком по частям, то течение срока исковой давности начинается со дня приемки результата работы в целом. В том случае, когда законом, иными правовыми актами или договором подряда установлен гарантийный срок и заявление по поводу недостатков результата работы было сделано в пределах гарантийного срока, течение срока исковой давности начинается со дня заявления о недостатках.

Подрядчик в соответствии со ст. 726 ГК наряду с передачей самого результата работы обязан также передать заказчику 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. Согласно ст. 727 ГК сторона, получившая от другой стороны благодаря исполнению своего обязательства по договору подряда информацию о новых решениях и технических знаниях, в том числе не защищаемых законом, а также сведения, которые могут рассматриваться как коммерческая тайна (ст. 139 ГК), не вправе сообщать ее третьим лицам без согласия другой стороны. Порядок и условия пользования такой информацией определяются соглашением сторон.

Согласно ст. 729 ГК в случае прекращения договора подряда по основаниям, предусмотренным законом или договором, до приемки заказчиком результата работы, выполненной подрядчиком, заказчик вправе требовать передачи ему результата незавершенной работы с компенсацией подрядчику произведенных затрат.

Основной обязанностью заказчика, как это вытекает из ст. 702 ГК, является необходимость принятия результата работы и его оплаты.

Вместе с тем заказчик имеет возможность влиять на ход выполнения работ и полученный результат. Учитывая, что работы должны выполняться в соответствии с

заданием заказчика, ему ст. 715 ГК предоставляется право во всякое время проверять ход и качество работ, выполняемых подрядчиком, не вмешиваясь, однако, в его деятельность.

В связи с этим если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда и (или) выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, то заказчик приобретает право отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных ему убытков. В соответствии со ст. 728 ГК случаях, когда заказчик по этому основанию 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. В том случае, если во время выполнения работы станет очевидным, что она не будет выполнена надлежащим образом, заказчик вправе назначить подрядчику разумный срок для устранения недостатков. При неисполнении подрядчиком в назначенный срок этого требования заказчику также предоставляется право отказаться от договора подряда либо поручить исправление работ другому лицу за счет подрядчика, а также потребовать возмещения убытков.

В соответствии со ст. 718 ГК заказчик обязан в случаях, в объеме и в порядке, предусмотренных договором подряда, оказывать подрядчику содействие в выполнении работы. При неисполнении им данной обязанности подрядчик вправе требовать возмещения причиненных убытков, включая дополнительные издержки, вызванные простоем, либо перенесением сроков исполнения работы, либо увеличением указанной в договоре цены работы. 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.

Исходя из того, что договор подряда является двусторонним, в ст. 719 ГК специально оговариваются случаи неисполнения заказчиком встречных обязанностей по договору подряда. Так, подрядчик вправе не приступать к работе, а начатую работу приостановить в случаях, когда нарушение заказчиком своих обязанностей по договору подряда (непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи и т. д.) препятствует надлежащему исполнению им договора, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок. Эти положения полностью соответствуют смыслу ст. 328 ГК о встречном исполнении обязательств. Кроме того, при наличии указанных обстоятельств подрядчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков, если иное не предусмотрено договором подряда.

Заказчику законом традиционно предоставляется право на односторонний отказ от исполнения договора подряда (ст. 717 ГК). Согласно этому правилу 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 его отказе от исполнения договора, если иное не предусмотрено договором подряда. Однако если у подрядчика возникли убытки, причиненные прекращением договора подряда, заказчик также обязан возместить их в пределах разницы между ценой, определенной за всю работу, и частью цены, выплаченной за выполненную работу.

Исполнение обязанности заказчика по принятию результата работы, а также исполнение подрядчиком обязанности сдать заказчику данный результат завершается приемкой выполненной работы. Порядок приемки выполненной работы подробно урегулирован ст. 720 ГК, поскольку в равной мере важен для обеих сторон договора подряда.

Заказчик обязан в сроки и в порядке, предусмотренном договором подряда, с участием подрядчика осмотреть и принять результат выполненной работы. При обнаружении отступлений от договора, ухудшающих результат работы, или иных недостатков в работе он должен немедленно заявить об этом подрядчику.

Заказчик, обнаруживший недостатки в работе в момент ее приемки, имеет право ссылаться на них только в тех случаях, когда в акте либо в ином документе, удостоверяющем приемку, были оговорены эти недостатки либо возможность последующего предъявления требования об их устранении. Заказчик, принявший работу без проверки, лишается права ссылаться на недостатки работы, которые могли быть установлены при обычном способе ее приемки (явные недостатки), если иное не предусмотрено договором подряда.

При обнаружении после приемки работы отступлений от договора подряда или иных недостатков, которые не могли быть установлены при обычном способе приемки (скрытые недостатки), в том числе таких, которые были умышленно скрыты подрядчиком, заказчик обязан известить об этом подрядчика в разумный срок после их обнаружения.

В случае возникновения между заказчиком и подрядчиком спора по поводу недостатков выполненной работы или их причин по требованию любой из сторон договора 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 этих случаях расходы на экспертизу несет сторона, потребовавшая назначения экспертизы, а если она назначена по соглашению сторон, то расходы возлагаются на обе стороны в равных долях.

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 ст. 327 ГК. Данное правило применяется, если иное не предусмотрено договором подряда. 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.

Заказчик обязан оплатить выполненные подрядчиком работы по цене, определяемой в соответствии со ст. 709 ГК. При этом, согласно ст. 711 ГК, 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. Подрядчик имеет право требовать выплаты ему аванса либо задатка только в случаях и в размере, указанных в законе или договоре подряда.

Согласно ст. 712 ГК в случае неисполнения заказчиком обязанности уплатить установленную цену либо иную сумму, причитающуюся подрядчику в связи с выполнением договора подряда, подрядчик вправе удерживать результат работы, принадлежащее заказчику оборудование, переданную для переработки (обработки) вещь, остаток неиспользованного материала, а также другое оказавшееся у него имущество заказчика до уплаты заказчиком соответствующих сумм в соответствии с правилами, установленными ст. 359 и 360 ГК.

§ 2. Договор бытового подряда

1. Понятие договора бытового подряда

По договору бытового подряда подрядчик, осуществляющий соответствующую предпринимательскую деятельность, обязуется выполнить по заданию гражданина (заказчика) определенную работу, предназначенную удовлетворить бытовые или другие личные потребности заказчика, а заказчик обязуется принять и оплатить работу (ст. 730 ГК).

Договор бытового подряда является двусторонним, консенсуальным и возмездным. Наряду с общими чертами, присущими подряду в целом, договор бытового подряда имеет ряд специфических черт.

Прежде всего, спецификой отличается субъектный состав данного договора. На стороне подрядчика всегда выступает коммерческая организация или гражданин-предприниматель, осуществляющий предпринимательскую деятельность по выполнению соответствующего вида работ.

Что касается заказчика, то им может быть только гражданин, вступающий в отношения с подрядчиком для удовлетворения своих бытовых нужд или иных личных потребностей. В связи с этим к отношениям по договору бытового подряда с участием заказчика-гражданина, не урегулированным § 2 гл. 37, применяются Закон о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии с ним (п. 3 ст. 730 ГК).

В п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 "О практике рассмотрения судами дел и защите прав потребителей" указывается, что законодательство о защите прав потребителей регулирует отношения между гражданином, имеющим намерение заказать или заказывающим соответствующие работы исключительно для личных (бытовых) нужд, не связанных с извлечением прибыли, с одной стороны, и организацией либо индивидуальным предпринимателем, выполняющими работы для потребителей по возмездному договору, с другой стороны. В связи с этим суды не вправе руководствоваться законодательством о защите прав потребителей при разрешении споров, вытекающих из отношений между гражданами, вступающими в договорные отношения между собой с целью удовлетворения личных бытовых нужд, а также из отношений, возникающих в связи с выполнением для гражданина-предпринимателя работ не для личных бытовых нужд, а для осуществления предпринимательской деятельности либо в связи с выполнением работ в целях удовлетворения потребностей организаций.

Учитывая то, что в договорные отношения по бытовому подряду вступают предприниматели, осуществляющие профессиональную деятельность по выполнению соответствующего вида работ, и экономически более слабые потребители, другой специфической чертой является публичность данного договора. В соответствии с п. 2 ст. 730 ГК к нему, как и к договору розничной купли-продажи, применяются правила, установленные ст. 426 ГК.

Договор бытового подряда может заключаться с использованием публичной оферты (ст. 437 ГК).

Еще одной специфической чертой договора бытового подряда является его предмет. Из определения, данного в ст. 730 ГК, вытекает, что подрядчик обязуется выполнить работу, предназначенную удовлетворять бытовые или иные личные потребности заказчика. Следовательно, результат выполненных работ должен быть предназначен для использования, не связанного с предпринимательской деятельностью. Данное положение корреспондирует понятию "потребитель", данному в преамбуле Закона о защите прав потребителей.

Потребителем согласно этому определению является только такой гражданин, который заказывает работы исключительно для целей личного потребления, а не для перепродажи или использования с целью извлечения прибыли¹. Следовательно, как и в договоре розничной купли-продажи, здесь речь в основном идет об овеществленном результате, который не может быть использован для предпринимательских целей, хотя и не исключается его производительное использование, а также возможность получения с его помощью доходов.

Специфика договора бытового подряда проявляется также в закреплении законом преддоговорных обязанностей подрядчика и иных гарантий прав заказчика. Преддоговорные обязанности согласно ст. 732 ГК (ст. 8-10 Закона о защите прав потребителей) состоят в том, что подрядчик обязан до заключения договора бытового подряда предоставить заказчику необходимую и достоверную информацию о предлагаемой работе, ее видах и об особенностях, о цене и форме оплаты, а также сообщить заказчику по его просьбе другие относящиеся к договору и соответствующей работе сведения. Кроме того, если по характеру работы это имеет значение, подрядчик должен указать заказчику конкретное лицо, которое будет ее выполнять. Заказчик имеет право требовать расторжения заключенного договора бытового подряда

без оплаты уже выполненной работы, а также возмещения убытков в случаях, когда неполнота или недостоверность полученной от подрядчика информации повлекла заключение договора о выполнении работы, не обладающей свойствами, которые он имел в виду.

Согласно ст. 731 ГК подрядчик не вправе навязывать заказчику включение в договор бытового подряда дополнительной работы или услуги. Заказчик вправе отказаться от оплаты работы или услуги, не предусмотренной договором.

Заказчик может в любое время до сдачи ему работы в одностороннем порядке отказаться от договора бытового подряда, уплатив подрядчику часть установленной цены пропорционально части работы, выполненной до уведомления об отказе от договора, и возместив подрядчику убытки, причиненные прекращением договора в пределах разницы между ценой, установленной за всю

1 Об особенностях защиты прав граждан-потребителей см.

§ 3 гл. 31 настоящего учебника.

работу, и частью цены, выплаченной за выполненную работу (ст. 717 ГК и ст. 32 Закона о защите прав потребителей).

Анализ п. 1 ст. 732 и ст. 735 ГК дает основания считать, что договор бытового подряда имеет специфику по сравнению с общими правилами о подряде и с точки зрения содержания, т. е. существенных условий, при отсутствии соглашения по которым договор считается незаключенным (ст. 432 ГК). Заказчик в соответствии с п. 1 ст. 732 ГК обязан оплатить выполненную работу по цене, объявленной подрядчиком еще до заключения договора бытового подряда. Следовательно, наряду с предметом существенным условием договора бытового подряда является цена. Цена в договоре бытового подряда согласно ст. 735 ГК определяется соглашением сторон, однако она не может быть выше устанавливаемой или регулируемой соответствующими государственными органами¹.

Согласно п. 3 ст. 709 ГК и ст. 33 Закона о защите прав потребителей по договору бытового подряда цена может определяться не только соглашением сторон, прейскурантами и т. п., но и путем составления сметы. По требованию любой из сторон бытового подряда составление сметы является обязательным. Все общие требования, установленные ст. 709 ГК, распространяются на составление сметы по договору бытового подряда. Особенности предусмотрены только для урегулирования механизма пересмотра приблизительной сметы в договоре подряда с участием потребителя. Этот механизм предполагает согласно ч. 2 п. 2 ст. 33 Закона немедленное предупреждение потребителя подрядчиком о необходимости превышения сметы, причем превышение не обязательно должно быть существенным. Потребитель, в свою очередь, может либо согласиться с подрядчиком - и тогда пересмотр приблизительной сметы считается состоявшимся, либо отказаться от договора с возмещением подрядчику понесенных им расходов, приходящихся на выполненную работу согласно первоначально составленной смете.

В соответствии с общими правилами гражданского законодательства о форме сделок договор бытового подряда должен заключаться в простой письменной форме (ст. 158-162 ГК). Согласно п. 4 Правил бытового обслуживания договор о выполнении работы оформляется в письменной форме (квитанция, иной доку-

1 См также п. 6 Правил бытового обслуживания населения в Российской Федерации, утвержденных постановлением Правительства РФ от 15 августа 1997 г. №1025//СЗРФ 1997 №34 Ст 3979 (далее - Правила бытового обслуживания)

мент). Один экземпляр договора должен выдаваться подрядчиком потребителю.

Вместе с тем договор о выполнении работы, который исполняется в присутствии потребителя, может быть оформлен также путем выдачи ему кассового чека, билета и т. п. В данном случае договор бытового подряда заключается в устной форме. В том случае, когда заказчик в оформленном письменно договоре бытового подряда присоединяется к условиям формуляров иных стандартных форм, предложенных подрядчиком, следует признать, что договор приобретает черты договора присоединения (ст. 428 ГК).

В п. 27 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 "О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей" указывается, что

соглашение гражданина с работником организации, выполняющей работы для потребителей, о выполнении соответствующей работы без надлежащего оформления, вопреки установленным правилам, не порождает прав и обязанностей между гражданином и этой организацией, поэтому последняя не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение работы либо за утрату или повреждение переданного по такому соглашению имущества в соответствии с Законом о защите прав потребителей. В указанном случае имущественную ответственность перед гражданином несет непосредственно лицо, обязавшееся выполнить работу.

2. Исполнение договора бытового подряда

К отношениям по договору бытового подряда применяются все основные правила о договоре подряда с учетом особенностей, отраженных в § 2 гл. 37 ГК. Специальные правила по сравнению с установленными общими нормами о договоре подряда применяются в отношениях по бытовому подряду, когда речь идет о выполнении работ из материала подрядчика или заказчика.

Согласно ст. 733 ГК, если работа по договору бытового подряда выполняется из материала подрядчика, материал оплачивается заказчиком при заключении договора полностью или в части, указанной в договоре, с окончательным расчетом при получении заказчиком выполненной подрядчиком работы. В соответствии с договором материал может быть предоставлен подрядчиком в кредит, в том числе с условием оплаты заказчиком материала в рассрочку. Изменение после заключения договора бытового подряда цены предоставленного подрядчиком материала не влечет за собой ее перерасчета.

Если же работа по договору бытового подряда выполняется из материала заказчика, то в соответствии со ст. 734 ГК в квитанции или ином документе, выдаваемом подрядчиком заказчику при заключении договора, должны быть указаны точное наименование, описание и цена материала, определяемая по соглашению сторон. Оценка в квитанции или ином аналогичном документе может быть впоследствии оспорена заказчиком в суде. В соответствии с п. 18 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 суды не вправе применять абз. 2 п. 2 ст. 35 Закона о защите прав потребителей, согласно которому цена материала или вещи заказчика определяется самим потребителем, а не соглашением сторон, поскольку в силу п. 2 ст. 3 ГК нормы гражданского права, содержащиеся в других федеральных законах, должны соответствовать ГК.

Согласно ст. 35 Закона о защите прав потребителей при выполнении работы полностью или частично из материала или с вещью, принадлежащей потребителю, подрядчик несет ответственность за сохранность этого материала или вещи, а также за правильное его использование. В связи с этим на него возлагаются обязанности по предупреждению потребителя о непригодности или недоброкачественности переданного им материала или вещи, представлению отчета об израсходовании материала и возврату его остатка. В случае полной или частичной утраты либо повреждения принятого от потребителя материала, а также принадлежащей потребителю вещи подрядчик обязан в трехдневный срок заменить его однородным материалом или вещью аналогичного качества. Кроме того, по желанию потребителя подрядчик может изготовить изделие из однородного материала или вещь аналогичного качества в разумный срок, а при отсутствии однородного материала либо вещи аналогичного качества - возместить потребителю двукратную цену утраченного или поврежденного материала либо вещи, принадлежащей потребителю, а также понесенные им расходы¹.

Цена утраченного или поврежденного материала либо вещи, принадлежащей потребителю, определяется исходя из их цены, существовавшей в том месте, в котором требование потребителя должно было быть удовлетворено подрядчиком в день добровольного исполнения такого требования или в день вынесения судебного решения, если требование потребителя добровольно удовлетворено не было (абз. 2 п. 16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7).

¹ См.: п. 16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 "О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей".

Подрядчик может быть освобожден судом от ответственности за полную либо

частичную утрату или повреждение принятого от потребителя материала либо вещи только в случае, если он предупреждал потребителя об их особых свойствах, которые могут повлечь их утрату или повреждение. Незнание подрядчиком таких свойств переданных потребителем материала или вещи согласно п. 3 ст. 35 Закона о защите прав потребителей не может служить основанием освобождения его от ответственности за их утрату или повреждение. Таким образом, ответственность подрядчика за полную либо частичную утрату или повреждение принятого от потребителя материала либо вещи носит абсолютный характер.

Особенности выполнения отдельных видов работ установлены Правилами бытового обслуживания (п. 16-22). Так, например, пошив обуви осуществляется по эскизам, предложенным потребителем, а также моделям из альбомов, журналов и образцам, имеющимся у подрядчика. По желанию потребителя допускается замена фасона каблучков, фурнитуры, цветовых сочетаний и материалов, о чем должно быть указано в договоре. При выдаче отремонтированной бытовой радиоэлектронной аппаратуры, бытовых машин и приборов подрядчик обязан их осмотреть и продемонстрировать потребителю их работу. Включение, отключение или переключение бытовой радиоэлектронной аппаратуры, бытовых машин и приборов должно осуществляться легко, плавно, без задержек и повторных включений. Приборы, имеющие питание от электрической сети, должны быть проверены на необходимую величину сопротивления электрической изоляции.

Особенности сдачи и приемки выполненных работ по договору бытового подряда заключаются в том, что, с одной стороны, согласно ст. 736 ГК при сдаче работы заказчику подрядчик обязан сообщить ему о требованиях, которые необходимо соблюдать для эффективного и безопасного использования результата работы, а также о возможных для самого заказчика и других лиц последствиях несоблюдения соответствующих требований.

С другой стороны, согласно ст. 738 ГК в случае неявки заказчика за получением результата выполненной работы или иного уклонения заказчика от его приемки подрядчик имеет право, письменно предупредив заказчика, по истечении двух месяцев со дня такого предупреждения продать результат работы за разумную цену, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести в депозит в порядке, предусмотренном ст. 327 ГК.

Согласно п. 14 Правил бытового обслуживания потребитель обязан в сроки и в порядке, которые предусмотрены договором, с участием исполнителя осмотреть и принять выполненную работу (ее результат). При обнаружении отступлений от договора, ухудшающих результат работы, или иных недостатков в работе потребитель должен немедленно заявить об этом исполнителю. Указанные недостатки должны быть описаны в акте либо в ином документе, удостоверяющем приемку. Потребитель, обнаруживший после приемки работы отступления в ней от договора или иные недостатки, которые не могли быть установлены при обычном способе приемки (скрытые недостатки), в том числе такие, которые были умышленно скрыты исполнителем, обязан известить об этом исполнителя в разумный срок после обнаружения.

1. Правовые последствия обнаружения недостатков в выполненной работе
Согласно ст. 737 ГК в случае обнаружения недостатков во время приемки результата работы или во время его использования заказчик может в течение общих сроков, предусмотренных ст. 725 ГК, а при наличии гарантийных сроков - в течение этих сроков по своему выбору осуществить одно из предусмотренных в ст. 723 ГК прав либо потребовать безвозмездного повторного выполнения работы или возмещения понесенных им расходов на исправление недостатков своими средствами или третьими лицами. Аналогичные правила установлены в п. 1 ст. 29 Закона о защите прав потребителей.

В соответствии с п. 2 ст. 737 ГК требование о безвозмездном устранении таких недостатков результата работы, выполненной по договору бытового подряда, которые могут представлять опасность для жизни или здоровья самого заказчика и других лиц, может быть предъявлено заказчиком или его правопреемником в течение десяти лет с момента принятия результата работы, если в установленном законом порядке не

предусмотрены более длительные сроки (сроки службы). Такое требование может быть предъявлено независимо от того, когда обнаружены эти недостатки, в том числе при обнаружении их по окончании гарантийного срока. При невыполнении подрядчиком указанного требования заказчик вправе в течение того же срока потребовать либо возврата части цены,

1 В случае реализации потребителем требования о соразмерном уменьшении установленной за работу цены она определяется в соответствии с п 3 ст 24 Закона о защите прав потребителей

уплаченной за работу, либо возмещения расходов, понесенных в связи с устранением недостатков заказчиком своими силами или с помощью третьих лиц.

Согласно п. 3 ст. 723 ГК и п. 1 ст. 29 Закона о защите прав потребителей заказчик вправе расторгнуть договор и потребовать полного возмещения убытков, если в установленный указанным договором срок недостатки выполненной работы не устранены подрядчиком. Потребитель также вправе расторгнуть договор о выполнении работы, если им обнаружены существенные недостатки выполненной работы или иные существенные отступления от условий договора. Кроме того, он вправе потребовать полного возмещения убытков, причиненных ему в связи с недостатками выполненной работы. При этом убытки возмещаются в сроки, установленные для удовлетворения соответствующих требований потребителя.

В п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 говорится, что под существенными недостатками в выполненной работе и иными отступлениями от условий договора, дающими потребителю право расторгнуть договор и потребовать возмещения убытков, следует понимать такие недостатки, которые делают невозможным или недопустимым использование результата работы в соответствии с ее целевым назначением или не могут быть устранены в отношении данного потребителя, либо для их устранения требуются большие затраты труда и времени, либо делают результат работы иным, чем предусмотрено договором, или когда после устранения недостатков они появляются вновь, либо вследствие которых потребитель в значительной степени лишается того, на что он был вправе рассчитывать при заключении договора.

Наряду с этим согласно п. 4 ст. 29 Закона о защите прав потребителей при выявлении существенных недостатков выполненной работы, допущенных по вине подрядчика, потребитель вправе предъявить требование о безвозмездном устранении недостатков выполненной работы по истечении гарантийного срока, установленного подрядчиком, или по истечении сроков, установленных ст. 725 ГК. Это требование потребителя может быть предъявлено в течение установленного срока службы результата выполненной работы или в течение десяти лет со дня принятия выполненной работы, если срок службы выполненной работы не установлен. Если данное требование не удовлетворено в сроки, установленные ст. 30 Закона о защите прав потребителей, потребитель по своему выбору вправе требовать:

- либо соответствующего уменьшения цены за выполненную работу;
- 1. либо возмещения понесенных им расходов по устранению недостатков выполненной работы своими силами или третьими лицами;
- либо расторжения договора о выполнении работы и возмещения убытков.

Кроме того, в соответствии со ст. 739 ГК в случае ненадлежащего выполнения или невыполнения работы по договору бытового подряда заказчик может воспользоваться также правами, предоставленными покупателю в соответствии со ст. 503-505 ГК.

В ст. 30 и 31 Закона о защите прав потребителей устанавливаются сроки удовлетворения требований потребителя в связи с выявленными в выполненной работе недостатками. Недостатки выполненной работы должны быть устранены в течение двадцати дней со дня предъявления требования потребителем, если более короткий срок не установлен договором при принятии выполненной работы или правилами выполнения отдельных видов работ. Требование об уменьшении цены за выполненную работу должно быть удовлетворено подрядчиком в течение 10 дней с момента его предъявления. В такой же срок должно быть удовлетворено и требование потребителя о возмещении расходов по устранению недостатков выполненной работы своими силами или третьими лицами. Для удовлетворения требования потребителя о

безвозмездном изготовлении аналогичной вещи из такого же материала аналогичного качества или о повторном выполнении работы применяется срок, установленный для срочного выполнения работ. В том случае, когда подрядчиком такого рода работы в срочном порядке не выполняются, он обязан удовлетворить требования потребителя в срок, предусмотренный договором подряда, обязательства по которому не были выполнены или были исполнены ненадлежащим образом.

Если требования потребителя не удовлетворены подрядчиком в сроки, предусмотренные ст. 30 и 31 Закона о защите прав потребителей, заказчик по своему выбору вправе предъявить ему иное требование из предусмотренных п. 1 ст. 28 и п. 1 и 4 ст. 29 этого Закона. Кроме того, в случае просрочки удовлетворения требований потребителя подрядчик обязан уплатить ему неустойку в размере трех процентов цены работы за каждый день начиная со дня, следующего за днем окончания срока удовлетворения соответствующего требования, и до дня его удовлетворения либо предъявления другого требования. Указанная неустойка носит штрафной характер, т. е. взыскивается независимо от причиненных потребителю убытков.

Работа оплачивается заказчиком, как правило, после ее окончательной сдачи подрядчиком. Вместе с тем с согласия заказчика работа может быть оплачена им при заключении договора полностью или путем выдачи подрядчику аванса (ст. 735 ГК).

4. Правовые последствия просрочки выполнения работы

Согласно ст. 27 Закона о защите прав потребителей подрядчик обязан осуществить выполнение работы в срок, установленный правилами выполнения отдельных видов работ или договором бытового подряда. В договоре может предусматриваться срок выполнения работы, если указанными правилами он не предусмотрен, а также срок меньшей продолжительности, чем срок, установленный правилами. В настоящее время установление сроков выполнения работы правилами является практически исключением. Подавляющее большинство действующих правил предусматривают, что сроки выполнения работ определяются соглашением сторон в договоре.

Срок выполнения работы может определяться датой (периодом времени), к которой должно быть закончено выполнение работы, либо датой (периодом времени), к которой подрядчик должен приступить к выполнению работы. В частности, дата начала и окончания выполнения работ предусматривается Типовыми договорами подряда на строительство жилого или нежилого помещения и ремонт жилого помещения¹.

Если выполнение работы осуществляется по частям, в договоре должны предусматриваться частные сроки (периоды) выполнения работ. Частные сроки (периоды) выполнения работ призваны конкретизировать обязанности подрядчика, придать им большую четкость и определенность.

По желанию потребителя заказ может быть выполнен в срочном порядке. За срочность выполнения работы взимается надбавка к цене. В этом случае срок исполнения заказа исчисляется с момента (часа) приема заказа, указанного в договоре.

Изменение сроков начала и окончания выполнения работ согласовываются подрядчиком и потребителем, о чем делается запись в договоре. Следует иметь в виду, что правилами о выполнении отдельных видов работ может определяться порядок изменения сроков начала и окончания выполнения работ. Так, по договору подряда на ремонт жилого помещения о необходимости

¹ СП РСФСР. 1965. № 1. Ст. 2; 1981. № И. Ст. 71.

изменения указанных сроков одна сторона обязана сообщить другой стороне не позднее чем за 48 часов до наступления срока.

В соответствии со ст. 28 Закона о защите прав потребителей подрядчик считается просрочившим начало выполнения работы, если срок, когда он должен приступить к ее выполнению, определен правилами выполнения отдельных видов работ или договором.

Вместе с тем имущественная ответственность за просрочку подрядчиком начала выполнения работ может быть возложена только в том случае, если она настолько велика, что окончание выполнения работы к сроку становится явно невозможным.

Если срок начала выполнения работы не определен, а подрядчик не приступает к ее выполнению, то такое обстоятельство также может рассматриваться в качестве нарушения срока начала выполнения работы лишь в случае, когда становится очевидным, что если подрядчик даже и приступит к выполнению работы, то она все

равно не будет выполнена к сроку.

Следует также иметь в виду, что согласно п. 3 ст. 708 ГК последствия просрочки исполнения, указанные в п. 2 ст. 405 ГК, наступают лишь при нарушении конечного срока выполнения работы. Поэтому в случае просрочки начала выполнения работы потребитель не может отказаться от принятия исполнения и требовать возмещения убытков, если оно будет предложено в пределах срока окончания работы. Просрочкой должно считаться выполнение работы подрядчиком настолько медленно, что это дает основание заключить о невозможности ее выполнения в срок. Наконец, просрочкой является и задержка окончания выполнения работы против срока, установленного в соответствии с п. 1 ст. 27 Закона о защите прав потребителей.

При нарушении подрядчиком сроков выполнения работ потребитель вправе во своему выбору осуществить одну из возможностей, установленных ст. 28 Закона о защите прав потребителей.

Во-первых, потребитель может назначить подрядчику новый срок, в течение которого он должен приступить к выполнению работы либо выполнить ее. Этот срок должен быть указан в договоре бытового подряда. Однако в соответствии с п. 2 ст. 708 ГК указанные в договоре начальный, конечный и промежуточный сроки выполнения работ могут быть изменены в случаях и порядке, предусмотренных договором, поэтому правом назначить новый срок потребитель может воспользоваться только в том случае, если это предусмотрено договором.

Если договором случаи и порядок изменения сроков начала и окончания выполнения работ не предусмотрены, то их изменение в соответствии со ст. 450, 451 ГК осуществляется либо по соглашению сторон, либо в случае существенного нарушения сроков или недостижения соглашения при существенном изменении обстоятельств - в судебном порядке по иску заинтересованной стороны.

Так как изменение сроков начала и окончания работ является изменением договора, то требования по поводу нарушения измененных сроков потребитель может предъявить независимо от времени просрочки. Поэтому правило о том, что потребитель может предъявить иные требования, предусмотренные п. 1 ст. 28 Закона о защите прав потребителей, только в случае просрочки не меньше месяца, применяться не должно. Во-вторых, потребитель вправе поручить выполнение работы другому лицу, а понесенные в связи с этим затраты взыскать с подрядчика, нарушившего срок выполнения работы.

В-третьих, потребитель может требовать уменьшения вознаграждения за работу. Закон не устанавливает порядка определения уменьшения вознаграждения за работу. Следовательно, этот вопрос должен решаться по соглашению сторон, а при недостижении соглашения - судом. В случае просрочки выполнения срочного заказа надбавка за срочность не взимается, а если она уже была уплачена потребителем, возвращается потребителю подрядчиком.

В-четвертых, потребитель вправе расторгнуть договор. Осуществляя свое право на расторжение договора, потребитель должен учитывать, что в соответствии с п. 2 ст. 708 и п. 2 ст. 715 ГК расторжение договора допускается в случаях нарушения сроков окончания выполнения работы, а также нарушения сроков начала выполнения работы или настолько медленного их выполнения, что указанное обстоятельство явно приведет к невозможности окончания работы к сроку. Об отказе от договора потребитель должен уведомить заказчика в письменной или учетной форме. После уведомления подрядчик обязан приостановить выполнение работы. Все, сделанное подрядчиком после этого уведомления, остается на его ответственности, за исключением тех случаев, когда он докажет, что потребитель отказался от договора без достаточных оснований и работа могла бы быть выполнена в срок. Указанные случаи отказа от договора не требуют обязательного обращения потребителя в суд с иском о расторжении договора.

Выполнение требований потребителя по поводу нарушения сроков выполнения работ не освобождает подрядчика от возмещения убытков.

При расторжении договора потребителем по причине нарушения сроков начала и окончания выполнения работы подрядчик не

вправе требовать возмещения своих затрат, произведенных в процессе выполнения работы, а также платы за уже выполненную работу. При расторжении договора подрядчик должен вернуть потребителю аванс, если он выдавался подрядчику, и остатки материала, если он принадлежит потребителю.

Правилами об отдельных видах работ могут устанавливаться особенности порядка расчетов в таких случаях, а также исключения из общих правил о порядке расчетов. По желанию потребителя им может быть принята часть выполненной работы. В этом случае часть работы и материалы подрядчика, а также расходы подлежат оплате независимо от расторжения договора.

Помимо осуществления рассмотренных ранее правомочий потребитель в случае нарушения сроков начала и окончания выполнения работ, а также измененных сроков вправе взыскать с подрядчика за каждый день (час, если срок определен в часах) неустойку в размере трех процентов от стоимости работы, а если стоимость работ отдельно в договоре не определена - от общей стоимости заказа. Неустойка взыскивается начиная со дня (часа), следующего за днем (часом), к которому работа должна быть выполнена или начата, и вплоть до предъявления потребителем иных требований, вытекающих из п. 1 ст. 28 Закона о защите прав потребителей, или до дня, когда подрядчик фактически приступил к выполнению работы или закончил ее. Если подрядчик не приступил к выполнению работы даже по окончании срока ее выполнения, то неустойка уплачивается и за просрочку начала выполнения работы, и за просрочку его окончания.

При определении размера неустойки в расчет принимается цена работы, выполнение которой просрочено, а если такая цена не определена договором - цена заказа, существующая в том месте, где требование потребителя должно быть удовлетворено. Эта цена определяется на день добровольного удовлетворения требования потребителя, а если оно добровольно удовлетворено не было, то на день вынесения судебного решения.

Сумма взысканной потребителем неустойки не может превышать стоимости работы или общей стоимости заказа, если стоимость работы отдельно в договоре не определялась.

Подрядчик обязан удовлетворить требования потребителя, указанные в п. 1 ст. 28 Закона о защите прав потребителей, а также требования об уплате неустойки за нарушение сроков выполнения работ, если не докажет, что просрочка выполнения работы

произошла вследствие непреодолимой силы или по вине потребителя. Таким образом, ответственность за нарушение сроков выполнения работ является безвиновной, а освободиться от нее подрядчику можно лишь при действии непреодолимой силы или вследствие невозможности выполнения работы в срок по вине потребителя.

5. Гарантийное и абонементное обслуживание

Бурное развитие и рост, а также усложнение радиоэлектронной, иной бытовой техники и транспортных средств, предназначенных для потребителей, потребовало от их изготовителей обеспечения работоспособности и безопасной эксплуатации соответствующих изделий как в течение гарантийных сроков, так и по их истечении. С юридической точки зрения отношения, складывающиеся в связи с осуществлением ремонтных и иных аналогичных работ в течение гарантийного срока эксплуатации приобретенных покупателями товаров, и отношения, возникающие в связи с необходимостью выполнения таких работ после истечения этих сроков, несмотря на большое внешнее сходство, имеют различную правовую природу.

Отношения по осуществлению ремонтных и иных аналогичных работ в течение гарантийного срока эксплуатации приобретенных покупателями товаров возникают по общему правилу между потребителем и продавцом либо изготовителем соответствующего товара, а также лицами, представляющими интересы продавца или изготовителя на основании заключенных с ними договоров, поскольку право на гарантийный ремонт вытекает из приобретения товара ненадлежащего качества (ст. 475 и 503 ГК и ст. 6 и 18 Закона о защите прав потребителей). Следовательно, на ремонт в течение гарантийного срока купленных товаров длительного пользования распространяется действие норм ГК о договоре купли-продажи, а также гл. II Закона о

защите прав потребителей. Договор на выполнение работ или оказание услуг по гарантийному ремонту в указанных случаях потребителем не заключается¹.

Отношения по осуществлению ремонтных и иных аналогичных работ по истечении гарантийного срока эксплуатации приобретенных покупателями товаров возникают между потребителем и подрядчиком, поскольку окончание гарантийного срока приводит к прекращению длящихся между покупателем и продавцом

¹ См п 20 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г № 7 связей, вытекающих из купли-продажи товаров. В этом случае между подрядчиком и потребителем заключается либо договор бытового подряда, либо договор на абонементное обслуживание¹.

Отношения по абонементному обслуживанию сложной бытовой техники, принадлежащей гражданам, очень близки отношениям, регулируемым договором бытового подряда. В постановлении Совета Министров РСФСР от 25 июня 1986 г. № 285 "Об утверждении Типового договора подряда на профилактическое обслуживание и ремонт телевизоров, холодильников (морозильников) по абонементам (бытовой заказ)"² прямо указывается, что данный Типовой договор утверждается в соответствии со ст. 367 ГК РСФСР 1964 г., а сам договор на абонементное обслуживание является разновидностью договора бытового заказа.

Между тем договор на абонементное обслуживание имеет существенную специфику. В отличие от заказчика по договору бытового заказа абонент не уплачивает исполнителю определенную плату за конкретный ремонт, а вносит ее ежемесячно независимо от того, необходимы ли ремонт и техническое обслуживание принадлежащему ему предмету сложной бытовой техники. Исполнитель же обязуется по заявке абонента один раз в год провести плановое профилактическое обслуживание независимо от качества работы предмета и отремонтировать его в случае выхода из строя без дополнительной платы. Целью договора на абонементное обслуживание является не восстановление работоспособности предмета, а поддержание его потребительских свойств после окончания гарантийных сроков в течение всего срока службы соответствующего предмета сложной бытовой техники. Таким образом, договор на абонементное обслуживание должен рассматриваться не как разновидность бытового заказа, а как самостоятельный договор на обслуживание граждан³.

Предметом договора на абонементное обслуживание являются работы, направленные на поддержание потребительских свойств изделий сложной бытовой техники после окончания гарантийных сроков их эксплуатации.

¹ В п. 20 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 справедливо отмечается, что в данном случае при выходе из строя деталей и узлов отремонтированной сложной бытовой или радиоэлектронной техники необходимо руководствоваться гл. III Закона о защите прав потребителей

² СП РСФСР. 1986. № 19. Ст. 139.

³ Подробнее об этом см.: Кабалкин А.Ю. Законодательство о сфере обслуживания населения. М, 1988. С 88-92

По общему правилу продолжительность нахождения соответствующих предметов на абонементном обслуживании не ограничивается, за исключением возникновения обстоятельств, влекущих невозможность выполнения исполнителем обязательств, за которые он не отвечает (например, прекращение выпуска и поставок запасных частей к снятым с производства изделиям заводами-изготовителями).

Вместе с тем договор заключается сроком на один год и продлевается на следующий годичный срок, если ни одна из сторон за месяц до окончания срока не заявит о несогласии или невозможности выполнять договорные обязательства. Наряду с общим законодательством предусматриваются и частные сроки. Например, сроки выполнения работ, установленные п. 6, 7 Типового договора на профилактическое обслуживание и ремонт телевизоров, холодильников (морозильников).

Важнейшими обязанностями исполнителя являются:

1. выполнение по заявкам абонента в течение года одного планового профилактического обслуживания, а также профилактических и ремонтных работ по мере необходимости их выполнения;
2. доставка изделия для ремонта и возврат абоненту, погрузочно-разгрузочные работы

и проверка его работоспособности. По взаимной договоренности доставка может производиться абонентом с возмещением ему стоимости услуг по преискуранту на транспортно-экспедиционные услуги;

3. выдача в случае задержки ремонта по требованию абонента соответствующего изделия из подменного фонда исполнителя, его доставка, выполнение погрузочно-разгрузочных работ, установка и проверка работоспособности. При отсутствии у исполнителя подменного фонда абонент вправе взять аналогичное изделие напрокат, а исполнитель обязан возместить ему расходы за пользование и доставку данного изделия по соответствующим преискурантам. К основным обязанностям абонента относятся:

4. внесение ежемесячно на счет исполнителя абонентской платы в размере, установленном действующими преискурантами. Абонент вправе вносить плату авансом за любое количество месяцев, но не более чем на год вперед;

5. соблюдение правил эксплуатации, требований пожарной безопасности, сохранение пломбировки. Абоненту запрещается ремонтировать изделие самостоятельно или силами других лиц. В случае невыполнения абонентом указанных требований исполнитель освобождается от ответственности за качество работы изделия, а необходимый ремонт выполняется им за отдельную плату.

За неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей стороны договора вправе применять друг к другу меры оперативного воздействия и имущественной ответственности, предусмотренные законодательством и договором. Так, абонент вправе не вносить абонентскую плату за очередной месяц, если исполнителем нарушаются сроки ремонта и профилактического обслуживания, кроме случаев, когда на время задержки ремонта ему предоставлялся соответствующий предмет из подменного фонда исполнителя.

В случае невыполнения по заявке абонента планового профилактического обслуживания в течение годичного срока действия договора абонент вправе потребовать возврата внесенной им за истекший год платы (если данное изделие в течение года не ремонтировалось) либо при согласии продлить действие договора он может не вносить абонентскую плату за следующий годичный срок. Что касается ответственности сторон, то она наступает в случаях и на условиях, установленных Законом о защите прав потребителей, а также договором. Договор на абонентское обслуживание может быть досрочно прекращен при перемене места жительства абонента с выездом за пределы зоны обслуживания исполнителя, при смене владельца изделия, а также при неуплате абонентской платы в течение трех месяцев.

Дополнительная литература

Брагинский М.И. Договор подряда и подобные ему договоры. М., 1999;

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный)/Под ред. О.Н. Садикова, Изд. 3-е. М., 1998. С. 270-30;

Левшина Т.Л. Основы законодательства о защите прав потребителей (курс лекций). М., 1994;

Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907г.). М., 1995. С. 371-374.

Глава 37. Договоры строительного подряда и подряда на выполнение проектных и изыскательских работ

1. 1. Капитальное строительство и договор строительного подряда

1. Понятие и виды капитального строительства

Капитальное строительство - это деятельность государственных органов, органов местного самоуправления, физических и юридических лиц, направленная на создание новых и модернизацию имеющихся основных фондов производственного и непроизводственного назначения. Оно является одной из важнейших отраслей

материального производства, основой развития всех других его отраслей, служит главным источником расширенного воспроизводства. К капитальному строительству как одной из отраслей материального производства относится также деятельность по выполнению проектных и изыскательских работ, подготовке технической документации, необходимой для осуществления строительных, монтажных, пусконаладочных и других специальных капитальных работ.

Стройка - это совокупность зданий и сооружений, возведение которых осуществляется на одной или нескольких строительных площадках по единому проекту. Объект строительства - это каждое отдельно стоящее здание или сооружение (со всем относящимся к нему оборудованием, инструментом и инвентарем, галереями, эстакадами, внутренними инженерными сетями и т. д.), на которые составлены отдельный проект и смета.

Видами капитального строительства являются новое строительство (новостройка), расширение, реконструкция и техническое перевооружение действующих предприятий, зданий и сооружений, т. е. их модернизация.

Новое строительство - строительство комплекса объектов вновь создаваемых предприятий, зданий и сооружений, отдельных производств, которые возводятся на новых строительных площадках и после ввода в эксплуатацию будут находиться на самостоятельном балансе, т. е. возникает новая организация - юридическое лицо.

Расширение действующих предприятий - строительство на их или прилегающей к ним территории дополнительных производств, новых отдельных цехов и объектов или осуществление работ по расширению уже существующих на предприятиях таких цехов и объектов. К этому виду капитального строительства относится также строительство филиалов и производств действующих предприятий, которые после ввода в эксплуатацию не будут находиться на самостоятельном балансе.

Реконструкция действующих предприятий - переустройство существующих цехов и объектов, связанное с совершенствованием производства и повышением его технико-экономического уровня на основе достижений научно-технического прогресса. Такое переустройство осуществляется по комплексному проекту на реконструкцию предприятия в целом, и, как правило, без расширения имеющихся зданий и сооружений.

Техническое перевооружение действующих предприятий - комплекс мероприятий по повышению технико-экономического уровня отдельных производств, цехов и участков. Осуществляется оно по проектам и сметам на отдельные объекты или отдельные виды работ и, как правило, без расширения производственных мощностей.

В зависимости от того, ведется капитальное строительство собственными силами застройщика или для этого привлекаются сторонние специализированные строительные, монтажные и другие организации строительного профиля, различают три способа строительства:

1. подрядный способ, когда строительство осуществляется с привлечением специализированных строительных, монтажных и других организаций строительного профиля;
2. хозяйственный способ, когда строительство осуществляется собственными силами застройщика;
3. смешанный способ, когда одна часть работ осуществляется собственными силами застройщика (обычно это общестроительные работы по возведению зданий и сооружений), а другая часть - силами сторонних специализированных организаций (санитарно-технические и электротехнические работы, монтаж технологического оборудования и т. п).

Основной способ осуществления капитального строительства - подрядный. Работы этим способом осуществляются по договору строительного подряда.

2. Понятие договора строительного подряда

По договору строительного подряда подрядчик обязуется в установленный договором срок построить по заданию заказчика определенный объект либо выполнить иные строительные работы, а заказчик обязуется создать подрядчику необходимые условия для выполнения работ, принять их результат и уплатить обусловленную цену (п. 1 ст. 740 ГК).

Регулированию указанных подрядных отношений посвящен

§ 3 гл. 37 ГК "Строительный подряд". Общие положения о подряде, содержащиеся в § 1 этой главы, применяются, если иное не установлено предусмотренными в ГК правилами о строительном подряде.

Нормы, регулирующие отношения по строительному подряду, содержатся во многих других нормативных правовых актах. Таковы, например:

- Градостроительный кодекс Российской Федерации от 7 мая 1998 г.1;
- 1. Закон РФ от 26 июня 1991 г. "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации"2 (в дальнейшем - Закон об инвестиционной деятельности);
- 2. Закон РФ от 17 ноября 1995 г. "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации"3;
- 3. Федеральный закон от 6 мая 1999 г. "О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд"4;
- 4. Основные положения порядка заключения и исполнения государственных контрактов (договоров подряда) на строительство объектов для федеральных государственных нужд в Российской Федерации, утвержденные Советом Министров - Правительством РФ 14 августа 1993 г.5

Нормы, регулирующие отношения по строительному подряду, на отношения по бытовому подряду (по общему правилу) не распространяются. Но в случаях, когда по договору строительного подряда выполняются работы для удовлетворения бытовых или других личных потребностей гражданина, к такому договору применяются правила

§ 2 гл. 37 ГК "Бытовой подряд" (п. 3 ст. 740 ГК).

1СЗ РФ 1998 № 19. Ст 2069

2 ВВС РСФСР 1991 №29 Ст 1005.

3 СЗ РФ 1995 № 47 Ст 4473 4СЗРФ 1999 №19 Ст 2302 5САППРФ 1993 №34 Ст 3189, СЗ РФ. 1998 №8 Ст 961

Принятые в процессе перехода к рыночной экономике законодательные и иные акты об инвестиционной деятельности коренным образом изменили характер взаимоотношений сторон договора подряда на капитальное строительство (строительного подряда). Если ранее этот договор практически был техническим оформлением данных им вышестоящими органами плановых заданий, то теперь заключение договора строительного подряда, выбор партнера (контрагента), определение обязательств, любых других условий взаимоотношений по договору, не противоречащих законодательству, является исключительной компетенцией сторон договора, причем вмешательство государственных органов и должностных лиц, выходящее за пределы их компетенции, в осуществлении договорных отношений не допускается (ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности). В результате договор строительного подряда стал основным правовым документом, регулирующим взаимоотношения сторон (наряду с действующим законодательством¹). В этих условиях для качественной подготовки договоров сторонам взамен нормативных актов, жестко регулировавших их взаимоотношения, необходимы акты рекомендательного характера. Таковыми являются, например, принятые Минстроем России 10 июня 1992 г. Руководство по составлению договоров подряда на строительство в Российской Федерации² и 9 июля 1993 г. Временное положение по приемке законченных строительством объектов³.

Стороны договора строительного подряда называются заказчик и подрядчик. Законом об инвестиционной деятельности значительно расширен круг возможных участников данного договора. Если ранее устанавливалось, что его сторонами могут быть только организации (см. ст. 368 ГК РСФСР 1964 г.), то в настоящее время ими могут быть и граждане-предприниматели.

В качестве заказчиков могут выступать инвесторы⁴, вкладывающие средства в капитальное строительство, а также физические и юридические лица, уполномоченные инвестором осуществлять реализацию инвестиционных программ по строительству.

1 Таковы, например, требования о соблюдении сторонами установленных норм и стандартов (ст. 6 Закона об инвестиционной деятельности).

2 Бюллетень строительной техники. 1992. № 8.

3 Бюллетень строительной техники. 1993. № 9.

4 Инвестор - субъект инвестиционной деятельности, осуществляющий вложение собственных, заемных и привлеченных средств в форме инвестиций и обеспечивающий их целевое использование (п. 2 ст 2 Закона об инвестиционной деятельности)

Подрядчиками могут быть строительные, строительномонтажные, проектно-строительные и другие организации, действующие в сфере строительного производства, а также граждане-предприниматели. Для выполнения соответствующих видов работ они должны иметь лицензию на право осуществления своей деятельности (п. 2 ст. 6 Закона об инвестиционной деятельности).

При осуществлении капитального строительства широко применяется система генерального подряда: заказчик заключает договор с одной строительной организацией - генеральным подрядчиком, который для выполнения отдельных комплексов работ привлекает специализированные организации на основе договора субподряда, т. е. в качестве субподрядчиков. В качестве генеральных подрядчиков и субподрядчиков могут выступать и граждане, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица.

Заказчик состоит в договорных отношениях только с генеральным подрядчиком, который отвечает перед ним за выполнение всех работ качественно и в сроки, предусмотренные договором, в том числе работ, выполняемых субподрядными организациями. За выполнение порученного субподрядчику комплекса работ он отвечает перед генеральным подрядчиком.

Субподрядный договор по правовой природе является договором строительного подряда, в котором генеральный подрядчик выступает в качестве заказчика, а субподрядчик - в качестве подрядчика.

С согласия подрядчика заказчик вправе заключать договор на выполнение определенных монтажных и иных специальных работ по данному объекту строительства с другими подрядными монтажными и иными специализированными организациями. Такие заключаемые заказчиком договоры называются прямыми.

Прямыми договорами принято считать также подрядные договоры, заключаемые застройщиком при смешанном способе осуществления капитального строительства. Предметом договора строительного подряда (субподряда) является конечный результат деятельности подрядчика (субподрядчика). По договору подряда - это соответствующий объект строительства (предприятие, здание, сооружение), сдаваемый подрядчиком заказчику, а по договору субподряда - законченный комплекс определенных работ (санитарно-технических, монтажных и др.), составляющих часть работ по объекту строительства в целом и сдаваемых субподрядчиком генеральному подрядчику. Предметом прямого подрядного договора, заключаемого при смешанном способе осуществления строительства, является также комплекс определенных работ.

Договор строительного подряда обладает рядом особенностей, позволяющих выделить его из числа других договоров по выполнению работ:

1. работы по данному договору ведутся непосредственно по месту нахождения объекта (предмета труда);
 2. специфичны предмет договора (предприятие, здание, сооружение либо иная недвижимость как конечная продукция строительного производства или законченный комплекс определенных работ по объекту строительства) и его субъектный состав (стороны договора - участники инвестиционной деятельности в области капитального строительства);
 3. длительность договорных связей между заказчиком и подрядчиком, их сотрудничество в надлежащем исполнении договорных обязательств;
- широкое применение системы генерального подряда;

1. наличие системы специальных нормативных актов, регулирующих отношения по капитальному строительству.

3. Разновидности договора строительного подряда

Различаются следующие разновидности договора строительного подряда:

1. договоры на выполнение строительномонтажных и иных работ по объекту в целом:

на новое строительство, в том числе строительство объектов "под ключ", на расширение, реконструкцию или технические перевооружение действующих предприятий, зданий и сооружений. Такие договоры заключаются заказчиком с генеральным подрядчиком, в качестве которого обычно выступают общестроительные организации, осуществляющие основные виды массовых общестроительных работ (бетонных, земляных, каменных и т. д.);

2. договоры на выполнение отдельных комплексов монтажных и иных специальных строительных работ: на монтаж технологического, энергетического или другого оборудования, на монтаж металлических, деревянных или иных строительных конструкций, на выполнение изоляционных, отделочных или других специальных строительных работ. Как правило, это субподрядные договоры;

3. договоры на выполнение пусконаладочных работ. Это в большинстве случаев прямые договоры. Заключаются они обычно заказчиком со специализированными пусконаладочными организациями или с поставщиками оборудования (их специализированными организациями).

По согласованию сторон по правилам о договоре строительного подряда могут осуществляться и работы по капитальному ремонту зданий и сооружений (п. 2 ст. 740 ГК).

Форма договора строительного подряда письменная. Какого-либо обязательного для сторон типового или примерного договора строительного подряда (субподряда) нет. Договор может быть заключен в произвольной, по усмотрению сторон, письменной форме. При заключении договора они могут использовать форму (образец) договора, приведенную в качестве приложения к упомянутому выше Руководству по составлению договора подряда на строительство в Российской Федерации.

4. Условия договора строительного подряда

Существенными условиями договора строительного подряда являются условия о предмете, цене и сроке договора.

Предмет договора. Условие о предмете договора строительного подряда определяется в договоре его наименованием (договор подряда на строительство такого-то сооружения, договор подряда на реконструкцию такого-то предприятия и т. п.).

Цена договора. Это согласованная сторонами стоимость работ по договору. При определении цены договора стороны могут руководствоваться Порядком определения стоимости строительства и свободных (договорных) цен на строительную продукцию в условиях развития рыночных отношений¹.

Срок договора. Срок договора строительного подряда - время, необходимое для осуществления предусмотренных в договоре работ. Срок этот в силу п. 1 ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности определяется по соглашению сторон и фиксируются путем указания в договоре начального и конечного сроков выполнения работы. По соглашению сторон в договоре могут быть предусмотрены также сроки завершения отдельных этапов работ, если договором предусмотрена сдача результата выполненной работы сначала по этапам, а затем в целом по объекту строительства.

В договоре строительного подряда, как правило, предусматриваются гарантийные обязательства подрядчика на построенные здания и сооружения либо выполненные комплексы работ. Под гарантиями исполнителя (подрядчика) в данном случае понимается его обязанность за свой счет устранить недоделки и дефекты, выявленные в пределах установленного гарантийного срока. Кроме того, в договоре обычно предусматриваются меры имуществен-

¹ Приложение к письму Госстроя России № 12-349 от 29 декабря 1993 г. М., 1994. ной ответственности сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств в виде неустойки (штрафа, пени).

Условия договора сохраняют силу в течение всего срока действия договора. В случаях, когда после заключения договора законодательством устанавливаются условия, ухудшающие положение хотя бы одной из сторон, договор может быть изменен.

1. 2. Заключение и исполнение договора строительного подряда

1. Заключение договора строительного подряда

Предварительная разработка и утверждение в установленном порядке обязательных для обеих сторон определенных документов, наличие которых необходимо для

заключения договора строительного подряда (так называемых плановых предпосылок или оснований заключения договора), действующим законодательством не предусматриваются. Как отмечалось выше, заключение договора, выбор контрагента и определение условий договора (не противоречащих законодательству) законом отнесены к компетенции сторон договора.

Однако, чтобы заключенный договор был действителен, стороны предварительно должны получить определенные документы. Для заказчика - разрешение на строительство, выдаваемое органом местного самоуправления¹, а для подрядчика - лицензия (разрешение) на осуществление строительной деятельности².

Работы по договору строительного подряда могут финансироваться за счет собственных финансовых ресурсов и внутрихозяйственных резервов заказчика (инвестора) (прибыль, амортизационные отчисления, денежные накопления и сбережения граждан - предпринимателей и юридических лиц, средства, выплачиваемые страховыми организациями в виде возмещения потерь от аварий, стихийных бедствий и др.), заемных финансовых средств заказчиков (инвесторов) (банковские кредиты, облигационные займы и другие средства), привлеченных финансовых средств заказчика (инвестора) (средства, полученные от продажи акций, и др.).

1 См.: ст. 62 Градостроительного кодекса Российской Федерации.

2 См.: п. 1 постановления Совета Министров РСФСР от 8 ноября 1991 г. "О введении государственного лицензирования строительной деятельности на территории РСФСР"//Строительство. М., 1996. С. 95.

2. Права и обязанности сторон договора строительного подряда и их исполнение
Обязанности подрядчика по договору строительного подряда определяются его условиями, изложенными выше, а также обязательными для него требованиями нормативно-технических документов по вопросам проектирования и строительства. Основная его обязанность - осуществить строительство (расширение, реконструкцию, техническое перевооружение) предусмотренного договором предприятия, здания, сооружения, иного объекта. Причем строительно-монтажные и иные работы по объекту должны быть выполнены в соответствии с технической документацией и сметой (проектно-сметной документацией), требованиями строительных норм и правил, других нормативно-технических актов с обеспечением надлежащего качества строительного-монтажных работ и конечного результата работы подрядчика - объекта строительства. При осуществлении строительства подрядчик обязан также соблюдать требования закона и иных правовых актов об охране окружающей среды и о безопасности строительных работ.

Подрядчик обязан обеспечить стройку необходимыми материалами, в том числе деталями и конструкциями, а также оборудованием, если договором строительного подряда не предусмотрено, что обеспечение строительства в целом или в определенной части осуществляет заказчик. Смонтированное оборудование он обязан опробовать и испытать. Кроме того, подрядчик обязан своевременно устранить недостатки и дефекты, выявленные в процессе приемки строительного-монтажных работ, сдать заказчику в предусмотренный договором срок законченный строительством объект и обеспечить достижение указанных в технической документации показателей объекта строительства, в том числе таких, как производственная мощность предприятия.

Как и обязанности подрядчика, обязанности заказчика определяются изложенными выше условиями договора, а также обязательными для него требованиями нормативно-технических документов по вопросам проектирования и строительства. Заказчик обязан своевременно предоставить подрядчику земельный участок при новом строительстве или обеспечить ему фронт работ на объектах, подлежащих реконструкции или техническому перевооружению, передать подрядчику документы, подтверждающие разрешение соответствующих органов на производство работ в местах прохождения подземных коммуникаций, в зоне воздушных линий электропередачи и линий связи, оказать подрядчику услуги, связанные с энерго- и водоснабжением, исполнить другие предусмотренные договором обязанности. Заказчик вправе осуществлять контроль и надзор за ходом и качеством выполняемых подрядчиком работ, соблюдением сроков их выполнения, качеством предоставленных

подрядчиком материалов, а также правильностью использования подрядчиком материалов заказчика, не вмешиваясь при этом в оперативно-хозяйственную деятельность подрядчика. Если у заказчика нет специалистов, способных осуществлять такой контроль и надзор, он вправе самостоятельно без согласия подрядчика заключить договор об оказании услуг такого рода с соответствующим "инженером" (строительной инженерной организацией), являющимся профессионалом, специалистом в данной сфере деятельности. В этом случае в договоре строительного подряда определяются функции такого "инженера" (строительной инженерной организации), связанные с последствиями его действий для подрядчика.

Характерной особенностью договорных отношений по строительному подряду является сотрудничество сторон, которое здесь проявляется в значительно большей мере, чем в других подрядных договорах. Если при выполнении строительства и связанных с ним работ обнаруживаются препятствия к надлежащему исполнению договора, каждая из сторон обязана принять все зависящие от нее разумные меры по устранению таких препятствий. Сторона, не исполнившая этой обязанности, утрачивает право на возмещение убытков, причиненных тем, что соответствующие препятствия не были устранены. Расходы стороны, связанные с исполнением таких обязанностей, подлежат возмещению другой стороной, лишь если это было предусмотрено договором.

3. Сдача и приемка результата работ, выполненных по договору строительного подряда

Организует и осуществляет приемку результата выполненных работ заказчик, причем за свой счет, если иное не предусмотрено договором. Заказчик, получивший сообщение подрядчика о готовности к сдаче результата выполненных по договору работ, обязан немедленно приступить к его приемке. В предусмотренных законом или иными правовыми актами случаях в приемке должны участвовать представители государственных органов и органов местного самоуправления. В случае просрочки передачи или приемки результата работы сторона, допустившая просрочку, несет риск случайной гибели или случайного повреждения результата работы (п 2 ст. 705 ГК).

Сдача результата выполненных работ подрядчиком и приемка его заказчиком оформляется актом, подписанным обеими сторонами. При отказе одной из сторон от подписания акта в нем делается отметка об этом и акт подписывается другой стороной. Односторонний акт сдачи или приемки результата работ может быть признан судом недействительным лишь в случае, если мотивы отказа от подписания акта признаны им обоснованными. Заказчик вправе отказаться от приемки результата работ в случае обнаружения недостатков, которые исключают возможность его использования для указанной в договоре цели и не могут быть устранены подрядчиком или заказчиком.

Порядок сдачи и приемки результата выполненных работ предусматривается в договоре с учетом требований, содержащихся в упоминавшемся выше Временном положении по приемке законченных строительством объектов, действие которого распространяется на объекты строительства производственного и жилищно-гражданского назначения всех форм собственности.

Согласно этому Временному положению объект предъявляется подрядчиком к приемке после завершения всех предусмотренных договором работ по объекту. Приемку законченных строительством объектов производит заказчик или уполномоченное инвестором другое лицо. Заказчик может привлекать к приемке пользователя объекта (эксплуатирующую организацию), разработчиков технической документации, специализированные организации и других юридических и физических лиц, создавая в необходимых случаях приемную комиссию.

Приемка в эксплуатацию объектов производственного назначения, строительство которых производится за счет средств федерального бюджета, осуществляется с учетом отраслевых особенностей, устанавливаемых министерствами Российской Федерации и другими органами федеральной исполнительной власти по согласованию с Государственным комитетом Российской Федерации по строительству и жилищно-коммунальному комплексу, государственными приемочными комиссиями, назначаемыми этими органами. Органы исполнительной власти субъектов Российской

Федерации могут устанавливать по согласованию с указанным Государственным комитетом особенности порядка приемки объектов на соответствующих территориях. Объекты производственного назначения, строительство которых производится за счет средств федерального бюджета, подлежат приемке только в том случае, когда они подготовлены к эксплуатации и на установленном оборудовании начат выпуск продукции (выполнение работ, оказание услуг) в объеме, предусмотренном договором строительного подряда.

Приемка законченного строительством объекта оформляется актом, форма которого (образец) приведена в Приложении 1 к Временному положению по приемке законченных строительством объектов. Акт приемки является основанием для окончательной оплаты всех выполненных подрядчиком работ, предусмотренных договором.

Оплата выполненных подрядчиком работ производится заказчиком в размере, предусмотренном сметой, в сроки и в порядке, которые установлены законом или договором. При отсутствии соответствующих указаний в законе или договоре оплата работ производится после окончательной сдачи результата работы.

Данная форма оплаты наиболее прогрессивна и выгодна для заказчика. В этом случае подрядчик заинтересован в конечном результате своей деятельности, которая снижается или вовсе утрачивается при постепенной, поэтапной или, например, ежемесячной оплате фактически произведенных им работ. Однако значительная стоимость и длительность капитального строительства требует авансирования деятельности подрядчика, причем он вправе требовать выплаты аванса либо задатка только в случаях и в размере, указанных в законе или договоре (п. 2 ст. 711 ГК). Поэтому согласованный сторонами порядок оплаты работ, учитывающий их взаимные интересы, является важным средством эффективной организации их взаимоотношений.

1. Особенности договора подряда на строительство объектов "под ключ"

Такой договор заключается между заказчиком и подрядной организацией (генеральным подрядчиком) и предусматривает выполнение последним цикла: проектирование, строительные, монтажные и специальные строительные работы, сдача объекта в эксплуатацию.

Основной обязанностью заказчика является предоставление генеральному подрядчику документации, на основании которой проектируется объект: проекты застройки микрорайонов, кварталов, градостроительных комплексов, поселков и сельских населенных пунктов; утвержденные технико-экономические обоснования строительства объектов производственного назначения и крупных общественных зданий и сооружений и др.

К основным обязанностям генерального подрядчика относятся: • обеспечение разработки строительной части проектно-сметной документации собственными силами или по договору с проектными организациями,

- обеспечение своевременного и качественного выполнения строительных, монтажных и других специальных строительных работ;

- комплектация объектов оборудованием, конструкциями и материалами; обеспечение ввода в действие объекта в предусмотренный договором срок и др.

Стоимость работ по договору определяется соглашением сторон. Затраты генерального подрядчика до сдачи объекта заказчику покрываются за счет его собственных средств и полученных им кредитов банка.

Заказчик рассчитывается с генеральным подрядчиком после подписания акта приемки объекта. Генеральный подрядчик производит окончательные расчеты с субподрядчиками после завершения ими комплексов работ в соответствии с ценой, установленной при заключении договора субподряда.

Таким образом, в данном договоре подрядчик берет на себя все обязанности по организации и обеспечению строительства, освобождая от них заказчика. На последнем, по сути дела, остается лишь обязанность оплаты результата работ, причем только после его приемки (без авансирования). Поэтому договор подряда на строительство объектов "под ключ" считается одной из наиболее прогрессивных форм капитального строительства.

1. Имущественная ответственность за нарушение условий договора строительного подряда

Такая ответственность может быть установлена как в договорном порядке, т. е. по соглашению сторон, так и в нормативном порядке, т. е. предусмотрена законом или иными правовыми актами. Она наступает в соответствии с общими положениями о гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательств: должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств. Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода) (ст. 15, 393 ГК). Поскольку стороны договора строительного подряда обычно являются предпринимателями, ответственность эта наступает независимо от наличия вины сторон в неисполнении или ненадлежащем исполнении договорных обязательств (п. 3 ст. 401 ГК).

Если договором строительного подряда за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств предусмотрено взыскание неустойки (штрафа, пени), убытки взыскиваются за вычетом этой неустойки. Но договором может быть предусмотрено иное: взыскание только неустойки, взыскание убытков в полной сумме сверх неустойки, взыскание либо неустойки, либо убытков.

Применение мер имущественной ответственности к контрагенту в случае нарушения им обязательств по договору строительного подряда - право, а не обязанность потерпевшей стороны.

Наряду с гражданско-правовой ответственностью сторон договора строительного подряда за нарушение его условий, строительное законодательство предусматривает также административную ответственность за правонарушения в области строительства. Такая ответственность установлена Законом РФ от 17 декабря 1992 г. "Об административной ответственности предприятий, учреждений, организаций и объединений за правонарушения в области строительства"¹.

В соответствии с п. 1 ст. 2 этого Закона предприятия, учреждения, организации и объединения независимо от их ведомственной принадлежности и форм собственности за нарушения обязательных требований нормативных актов в области строительства при выполнении проектных, строительного-монтажных работ, при производстве строительных материалов, конструкций и изделий, влекущие снижение параметров прочности производимых строительных материалов, конструкций и изделий, снижение или потерю прочности, устойчивости, надежности зданий, строений, сооружений, их частей или отдельных конструктивных элементов, подвергаются штрафу, налагаемому в административном порядке. Размер штрафов за различные правонарушения определен в твердых суммах, которые несколько раз индексировались постановлениями Правительства РФ.

6. Изменение и прекращение договора строительного подряда

Изменение содержания договора может иметь место, например, при внесении заказчиком изменений в техническую документацию на объект строительства (она определяет по объекту строительства объем, содержание работ и другие предъявляемые к ним требования), влекущих за собой дополнительные работы по стоимости, превышающей 10% указанной в смете общей стоимости работ. Внесение таких изменений в техническую документацию осуществляется на основе согласованной сторонами дополнительной сметы (п. 1, 2 ст. 744 ГК).

Прекращение (расторжение) договора строительного подряда может иметь место по различным основаниям. Ими могут быть консервация или полное прекращение строительства, систематическое нарушение подрядчиком сроков выполнения строительного-монтажных работ или их низкое качество, систематическое нарушение заказчиком обязательств, предусмотренных договором, признание заказчика в установленном порядке несостоятельным (банкротом) и др. Кроме того, заказчик (инвестор) вправе в любое время прекратить или приостановить действие договора с

возмещением подрядчику причиненных этим убытков, включая упущенную выгоду. Прекращение или приостановление капитального строительства (следовательно, и действия договора строительного подряда) возможно и по решению правомочного государственного органа в случаях стихийных бедствий и иных проявлений действия непреодолимой силы, введения чрезвычайного положения, если в процессе строительства выяснилось, что его продолжение приведет к нарушению установленных законодательством санитарно-гигиенических, экологических и других норм, охраняемых законом прав и интересов граждан, юридических лиц и государства.

1. 3. Договор подряда на выполнение проектных и изыскательских работ

2. Проектирование и изыскания для капитального строительства

Проектирование для капитального строительства - процесс создания проекта объекта капитального строительства, является одной из стадий инвестиционного процесса в области капитального строительства.

Изыскания для капитального строительства - процесс подготовки (в ходе комплексного изучения природных условий района, площадки, участка, трассы проектируемого строительства, местных строительных материалов и источников водоснабжения) материалов, необходимых для разработки экономически целесообразных и технически обоснованных решений для проектирования и строительства объектов.

Техническая документация (или проект строительства) - комплекс документов, включающий технико-экономические обоснования, чертежи, пояснительные записки и другие материалы, определяющие объем и содержание работ по объекту строительства, а также другие предъявляемые к этим работам требования.

Проектно-сметная документация - это материалы, подготовленные в результате разработки технической документации и сметы на объект строительства.

Строительство без наличия проект-но-сметной документации не допускается.

Проектирование может осуществляться в одну или две стадии. При проектировании в одну стадию разрабатывается рабочий проект со сводным сметным расчетом стоимости строительства. При проектировании в две стадии разрабатывается сначала проект со сводным расчетом стоимости строительства (первая стадия), а затем - рабочая документация (вторая стадия), составляемая на основе проекта после его утверждения в установленном порядке. Проектирование в две стадии осуществляется при строительстве технически сложных объектов и при сложных природных условиях строительства.

Правовой формой опосредствования отношений по разработке соответствующей проектно-сметной документации является договор подряда на выполнение проектных и изыскательских работ.

Понятия договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ, каких-либо указаний о нем в Основях гражданского законодательства 1961 г., как и в гражданских кодексах республик, входивших в состав СССР, не содержалось.

Определение понятия такого договора давалось лишь в юридической литературе. Суть его сводилась к тому, что это плановый договор между социалистическими организациями на изготовление по заданию заказчика документации, необходимой для осуществления капитального строительства, причем указывалось на обязанность заказчика содействовать подрядчику в разработке упомянутой документации.

Впервые определение понятия этого договора было дано в Основях гражданского законодательства 1991 г., которое затем с некоторыми уточнениями было воспроизведено в ст. 758 ГК.

По договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ подрядчик (проектировщик, изыскатель) обязуется по заданию заказчика разработать техническую документацию и (или) выполнить изыскательские работы, а заказчик обязуется принять и оплатить их результат.

Договор этот консенсуальный, двусторонний (взаимный) и возмездный.

Значение рассматриваемого договора заключается в том, что изготовленная в его исполнение проектно-сметная документация определяет технико-экономические и другие качественные показатели подлежащих строительству (расширению, реконструкции, техническому перевооружению) предприятий, зданий и сооруже-ний.

Подрядные отношения по выполнению проектных и изыскательских работ регулируются, прежде всего, специальными нормами, установленными в § 4 гл. 37 ГК "Подряд на выполнение проектных и изыскательских работ". Общие положения о подряде, содержащиеся в § 1 гл. 37 ГК, применяются к указанным подрядным отношениям, если иное не определено соответствующими законодательными актами.

Нормы, регулирующие рассматриваемые подрядные отношения, содержатся во многих других нормативных правовых актах. Таковы, например:

- Градостроительный кодекс Российской Федерации от 7 мая 1998 г.;
- 1. Закон Российской Федерации от 17 ноября 1995 г. "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации";
- 2. постановление Совета Министров - Правительства РФ от 20 июня 1993 г. "О государственной экспертизе градостроительной и проект-но-сметной документации и утверждении проектов строительства"1;
- 3. постановление Госстроя России от 29 декабря 1993 г. "О порядке проведения государственной экспертизы градостроительной документации и проектов строительства в Российской Федерации"2.

Поскольку проектирование и изыскания для капитального строительства являются частью, определенной стадией инвестиционного процесса в этой сфере, на участников отношений по договору на выполнение проектных и изыскательских работ распространяется также действие Законов РФ об инвестиционной деятельности и иностранных инвестициях.

Как и в договорных отношениях по строительному подряду, заключение договора на выполнение проектных и изыскательских работ, выбор партнера (контрагента), определение обязательств, любых других условий взаимоотношений, не противоречащих законодательству, является исключительной компетенцией сторон договора, а основным правовым документом, регулирующим производственно-хозяйственные и другие отношения сторон, наряду 1САПП РФ. 1993. № 26. Ст. 2427. 2 БНА РФ. 1994. № 2.

с действующим законодательством является заключенный ими договор (ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности).

1. Элементы и содержание договора на выполнение проектно-изыскательских работ Сторонами договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ являются заказчик и подрядчик (проектировщик, изыскатель). В качестве них могут выступать те же лица, что и по договору строительного подряда. Однако заказчиком может выступать и подрядчик по упомянутому договору в тех случаях, когда обязанность по разработке соответствующей технической документации лежит на нем, а у него нет возможности выполнить такую работу самостоятельно.

В отношениях по проектированию и изысканиям для капитального строительства, особенно в условиях наличия значительного количества проектных и изыскательских организаций, проектировщиков и изыскателей - индивидуальных предпринимателей важное значение приобретает защита заказчиков от изготовления некачественной проектно-сметной документации. Достижению этой цели служит институт лицензирования - выдача разрешений (лицензий) на выполнение специальных видов работ, требующих соответствующей аттестации исполнителя. Перечень таких видов работ и порядок выдачи лицензий определяется законодательством (п. 2 ст. 6 Закона об инвестиционной деятельности).

Для договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ, как и для договора строительного подряда, характерна система генерального подряда: договор на выполнение всего комплекса проектных и изыскательских работ заключается заказчиком с ведущей проектной организацией - генеральным подрядчиком, который для выполнения отдельных видов проектных и изыскательских работ, разделов и частей технической документации заключает субподрядные договоры со специализированными проектными и изыскательскими организациями. На выполнение отдельных видов работ, разделов или частей технической документации заказчик вправе с согласия подрядчика заключать прямые договоры.

Предметом договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ

является результат работы подрядчика (проектировщика, изыскателя). Для проектных организаций - это изготовленная по заданию заказчика (генерального проектировщика) проектно-сметная документация (ее часть, раздел), необходимая для осуществления строительно-монтажных работ, а для изыскательских организаций - полученные по заданию заказчика (генерального проектировщика) материалы, необходимые для правильного и экономически целесообразного решения основных вопросов проектирования (изготовления проектно-сметной документации), строительства и эксплуатации предприятий, зданий и сооружений.

Задание на проектирование, а также иные исходные данные, необходимые для составления технической документации, обычно разрабатываются заказчиком и передаются им подрядчику. Но задание на выполнение проектных работ может быть по поручению заказчика подготовлено и подрядчиком. В этом случае задание становится обязательным для сторон с момента его утверждения заказчиком.

Отступить от требований, содержащихся в задании на проектирование и других исходных данных, подрядчик вправе только с согласия заказчика (ст. 759 ГК).

В договоре подряда на выполнение проектных и изыскательских работ указываются предмет договора (наименование проектной документации, требования к ее качеству и техническому уровню), состав и содержание проектно-сметной документации, срок действия договора, сроки разработки и этапы выдачи документации, цена, порядок сдачи и приемки документации, имущественная ответственность сторон за нарушение условий договора, другие существенные условия, обеспечивающие интересы сторон.

Как отмечалось выше, определение условий договора законом отнесено к компетенции сторон, но они не должны противоречить действующему законодательству. Так, в силу п. 1 ст. 6 Закона об инвестиционной деятельности стороны обязаны соблюдать нормы и стандарты, порядок установления которых определяется законодательством.

Поэтому, например, определяя состав и содержание подлежащей разработке проектно-сметной документации, стороны обязаны руководствоваться требованиями санитарно-гигиенических, экологических и других норм, установленных законодательством, соблюдать единые правила оформления документации и т. д.

Цена на подлежащую разработке техническую документацию оговаривается при заключении договора. В ее установлении участвуют заказчик и подрядчик (проектировщик, изыскатель) независимо от того, на какой форме собственности основывается их деятельность. Превышение затрат по сравнению с обусловленной договором ценой, допущенное подрядчиком без согласования с заказчиком, компенсируется проектировщиком, изыскателем за счет собственных средств.

Условия договора сохраняют силу на весь срок действия договора. В случаях, когда после его заключения законодательством устанавливаются условия, ухудшающие положение сторон, договор может быть изменен (п. 2 ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности).

1. Заключение и исполнение договора на выполнение проектно-изыскательских работ
Работы по договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ могут финансироваться за счет тех же средств, что и работы по договору строительного подряда. .

Договор подряда на выполнение проектных и изыскательских работ заключается по усмотрению сторон, их взаимному соглашению (ст. 7 Закона об инвестиционной деятельности). Какие-либо "плановые основания" или "плановые предпосылки", обязательные для обеих сторон, отсутствуют. Договор может заключаться на выполнение как всего комплекса работ, так и отдельных их этапов, частей, разделов. Порядок заключения договора на выполнение проектных и изыскательских работ не определен. При его заключении стороны руководствуются общими положениями о заключении договора.

Договор подряда на выполнение проектных и изыскательских работ заключается в письменной форме. Обязательная для сторон форма такого договора отсутствует. Стороны вправе составить договор по произвольно разработанной ими самими форме. При этом они могут использовать форму договора строительного подряда, приведенную в упомянутом выше Руководстве по составлению договора подряда на

строительство в Российской Федерации (учитывая особенности договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ).

Основная обязанность подрядчика (проектировщика, изыскателя) - выполнение предусмотренных договором работ в установленный им срок и в соответствии с заданием на проектирование и иными исходными данными, с соблюдением обязательных для него требований нормативно-технических документов по вопросам проектирования, в том числе строительных норм и правил, норм технологического проектирования, стандартов и технических условий на строительные материалы, детали и конструкции и др.

К обязанностям подрядчика относятся также:

1. согласование готовой технической документации с заказчиком, а при необходимости вместе с заказчиком согласование ее с компетентными государственными органами и органами местного самоуправления;
2. проведение защиты выполненной технической документации в утверждающей ее инстанции;
- внесение по требованию утверждающей инстанции и в установленные ею сроки изменений в представленную на утверждение техническую документацию без дополнительной оплаты, если требования утверждающей инстанции не противоречат заданию на проектирование;
- внесение без оплаты и в сроки по согласованию с заказчиком изменений в выполненную техническую документацию, связанных с исправлением допущенных в ней ошибок, и др.

Выполненную техническую документацию подрядчик вправе передавать третьим лицам только с согласия заказчика.

Основная обязанность заказчика - принять разработанную подрядчиком (проектировщиком, изыскателем) в соответствии с условиями договора техническую документацию и оплатить ее.

Заказчик также обязан, если иное не предусмотрено договором:

1. использовать техническую документацию только на цели, предусмотренные договором, не передавать ее третьим лицам и не разглашать содержащиеся в ней данные без согласия подрядчика;
- оказывать подрядчику содействие в выполнении проектных и изыскательских работ в объеме и на условиях, предусмотренных в договоре;
1. участвовать вместе с подрядчиком в согласовании готовой технической документации с соответствующими государственными органами и органами местного самоуправления;
2. возместить подрядчику дополнительные расходы, вызванные изменением исходных данных для выполнения проектных и изыскательских работ вследствие обстоятельств, не зависящих от подрядчика;
3. привлечь подрядчика к участию в деле по иску, предъявленному к заказчику третьим лицом в связи с недостатками составленной технической документации или выполненных изыскательских работ.
4. Экспертиза и приемка технической документации

В соответствии с постановлением Совета Министров - Правительства РФ от 20 июня 1993 г. "О государственной экспертизе градостроительной и проектно-сметной документации" проекты на строительство, реконструкцию, расширение и техническое перевооружение предприятий, зданий и сооружений в Российской Федерации (в дальнейшем - проекты строительства) независимо от источников финансирования, форм собственности до их утверждения подлежат государственной экспертизе в Главном управлении государственной вневедомственной экспертизы при Государственном комитете Российской Федерации по строительству и жилищно-коммунальному комплексу, организациях государственной вневедомственной экспертизы в субъектах Российской Федерации, отраслевых экспертных подразделениях министерств и ведомств и других специально уполномоченных на то органах.

Такая экспертиза осуществляется в соответствии с Порядком проведения государственной экспертизы градостроительной документации и проектов

строительства в Российской Федерации, утвержденным Госстроем России 29 октября 1993 г. по поручению Совета Министров - Правительства РФ.

Упомянутым выше постановлением Совета Министров - Правительства РФ установлено, что:

- проекты строительства, осуществляемого за счет государственных капитальных вложений, финансируемых из республиканского бюджета Российской Федерации, утверждаются Госстроем России (в настоящее время - Государственный комитет Российской Федерации по строительству и жилищно-коммунальному комплексу) или в порядке, устанавливаемом им совместно с заинтересованными федеральными министерствами и ведомствами;

- проекты строительства, осуществляемого за счет капитальных вложений, финансируемых из бюджетов субъектов Российской Федерации, утверждаются их соответствующими органами государственного управления или в устанавливаемом ими порядке;

1. проекты строительства, осуществляемого за счет собственных финансовых ресурсов, заемных и привлекаемых средств инвесторов (включая иностранных инвесторов), утверждаются непосредственно заказчиками (инвесторами).

Приемка технической документации оформляется актом. Обязательная для сторон форма такого акта законодательством не установлена, он составляется в произвольной форме, разрабатываемой самими сторонами. В акте обычно отмечается, соответствует ли техническая документация условиям договора, дается ее краткое описание, фиксируется эффективность технической документации и на основании чего она определена, указывается обусловленная договором цена, а также размер надбавки или скидки к цене в процентах с учетом выполнения условий договора.

Исходя из обусловленной цены и выплаченного аванса, а также размера надбавки и скидки, в акте указывается сумма, подлежащая перечислению подрядчику (проектировщику, изыскателю). Окончательная оплата за полностью выполненную техническую документацию производится после ее приемки и подтверждения заказчиком соответствия проектных решений технико-экономическим показателям, установленным в задании на проектирование, при положительном заключении экспертизы.

5. Изменение, расторжение договора и имущественная ответственность за нарушение его условий

Изменение содержания договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ может иметь место при внесении заказчиком изменений в техническую документацию при условии, что вызываемые этим дополнительные работы по стоимости превышают десять процентов указанной в смете общей стоимости строительства. В этом случае составляется согласованная сторонами дополнительная смета.

Заказчик (инвестор) вправе в любое время расторгнуть договор с возмещением подрядчику причиненных этим убытков, включая упущенную выгоду (п. 1 ст. 17 Закона об инвестиционной деятельности).

Расторжение (прекращение) договора возможно также по инициативе любой из сторон в случае систематического нарушения контрагентом договорных обязательств с возмещением виновной стороной другой стороне убытков, возникших у нее в связи с расторжением договора. Основанием для расторжения договора является и признание заказчика в установленном порядке несостоятельным (банкротом).

В ГК содержатся указания об ответственности лишь подрядчика по данному договору. Он несет ответственность за ненадлежащее составление технической документации и выполнение изыскательских работ, включая недостатки, обнаруженные впоследствии в ходе строительства, а также в процессе эксплуатации объекта, созданного на основе технической документации или данных изыскательских работ. При обнаружении недостатков в технической документации или в изыскательских работах подрядчик по требованию заказчика обязан безвозмездно устранить эти недостатки, а также возместить заказчику причиненные убытки, если законом или договором не установлено иное (ст. 761 ГК).

Поскольку в Законе об инвестиционной деятельности, как и в других законодательных

актах, специальных указаний об ответственности заказчика по договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ не содержится, заказчик за нарушение условий этого договора должен нести ответственность в полном объеме в соответствии с положениями ст. 15, 393 ГК. Как отмечалось выше, ответственность заказчика в полном объеме в случае одностороннего расторжения им договора предусмотрена п. 1 ст. 17 Закона об инвестиционной деятельности.

1. 4. Государственный контракт на выполнение подрядных работ для государственных нужд

1. Понятие государственного контракта на выполнение подрядных работ для государственных нужд

По государственному контракту на выполнение подрядных работ для государственных нужд (далее - государственный контракт) подрядчик обязуется выполнить строительные, проектные и другие связанные со строительством и ремонтом объектов производственного и непроизводственного характера работы и передать их государственному заказчику, а государственный заказчик обязуется принять выполненные работы и оплатить их или обеспечить их оплату (п. 2 ст. 763 ГК).

В соответствии с государственным контрактом выполняются подрядные, строительные, проектные и изыскательские работы, необходимые для удовлетворения потребностей Российской Федерации или субъекта Российской Федерации. Финансируются эти работы за счет средств соответствующих бюджетов и внебюджетных источников.

Государственные контракты предназначены для:

- реализации федеральных и межгосударственных целевых программ;
- развития и создания производственного потенциала в соответствии с целями структурной политики Правительства РФ;
- развития общегосударственной сети транспорта, энергетики, связи и экологического мониторинга;
- строительства отдельных наиболее крупных и важных объектов социальной и экологической сферы общегосударственного значения;
- развития фундаментальных и прикладных научных исследований;
- поддержания необходимого уровня обороноспособности и безопасности страны (п. 20 Порядка закупки и поставки продукции для федеральных государственных нужд, утвержденного постановлением Правительства РФ от 26 июня 1995 г. № 5941).

Основополагающие нормы о государственном контракте содержатся в § 5 гл. 37 ГК "Подрядные работы для государственных нужд". Предполагается принятие специального закона о подрядах для государственных нужд. Основными подзаконными нормативными актами, регулирующими отношения по выполнению подрядных работ для государственных нужд в настоящее время, являются:

1 СЗ РФ. 1995. № 28. Ст. 2669; 1998. № 8. Ст. 961.

- Федеральный закон от 6 мая 1999 г. "О конкурсах на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд"¹;
- Основные положения порядка заключения и исполнения государственных контрактов (договоров подряда) на строительство объектов для федеральных государственных нужд в Российской Федерации, утвержденные постановлением Совета Министров - Правительства РФ от 14 августа 1993 г. № 8122 (далее - Основные положения).

Сторонами государственного контракта являются государственный заказчик и подрядчик. В качестве государственного заказчика выступает государственный орган, обладающий необходимыми инвестиционными ресурсами, или организация, наделенная соответствующим государственным органом такими ресурсами. В качестве подрядчика могут выступать юридические лица и граждане, занимающиеся предпринимательской деятельностью (ст. 764 ГК).

1. Основания и порядок заключения государственного контракта

В соответствии со ст. 765 ГК основания и порядок заключения государственного контракта на выполнение подрядных работ для государственных нужд определяется в соответствии с положениями ст. 527 и 528 ГК, устанавливающими основания и порядок заключения государственного контракта на поставку товаров для государственных нужд.

Государственный контракт заключается на основе заказа государственного заказчика на выполнение работ для государственных нужд, принятого подрядчиком (п. 1 ст. 527 ГК), причем заказы на закупку работ для государственных нужд размещаются на торгах (конкурсах), если иное прямо не предусмотрено федеральными законами и указами Президента РФ (п. 1 упомянутого выше Указа Президента РФ от 8 апреля 1997 г.).

Порядок организации и проведения таких конкурсов определен упомянутым выше Федеральным законом о конкурсах на размещение заказов для государственных нужд, Положением о подрядных торгах в Российской Федерации, утвержденным распоряжением Государственного комитета Российской Федерации по управлению государственным имуществом и Государственного комитета Российской Федерации по вопросам архитектуры и стро-

'СЗ РФ. 1999. №29. Ст. 2302. 2 САПП РФ. 1993. № 34. Ст. 3189.

ительства от 13 апреля 1993 г. № 66О-р/18-71 и Основными положениями порядка организации и проведения подрядных торгов (конкурсов) на строительство объектов (выполнение строительно-монтажных и проектных работ) для государственных нужд, утвержденными Госстроем России 6 мая 1997 г. 2 Поскольку государственный контракт на выполнение работ для государственных нужд заключается на конкурсной основе, заключение его с победителем конкурса обязательно (п. 4 ст. 527 ГК). Что касается победителя конкурса, то заключение государственного контракта является для него обязательным лишь в случаях, установленных законом, и при условии, что государственным заказчиком будут возмещены все убытки, которые могут быть причинены подрядчику в связи с выполнением государственного контракта. Однако условие о возмещении таких убытков не применяется в отношении казенного предприятия (п. 2, 3 ст. 527 ГК).

Порядок заключения государственного контракта следующий. Проект государственного контракта разрабатывается государственным заказчиком (по соглашению сторон такой проект может разработать и подрядчик). Подрядчик (или государственный заказчик), получивший проект государственного контракта, в случае отсутствия у него возражений по условиям государственного контракта не позднее тридцатидневного срока подписывает его и возвращает один экземпляр государственного контракта другой стороне.

При наличии у стороны, получившей проект государственного контракта, возражений по его условиям она в тридцатидневный срок составляет протокол разногласий и направляет его вместе с подписанным государственным контрактом другой стороне или уведомляет ее об отказе от заключения государственного контракта.

Сторона, получившая государственный контракт с протоколом разногласий, должна в течение тридцати дней рассмотреть разногласия, принять меры по их согласованию с другой стороной и известить другую сторону о принятии государственного контракта в ее редакции либо об отклонении протокола разногласий. При отклонении протокола разногласий или истечении указанного срока неурегулированные разногласия по государственному контракту, заключение которого является обязательным для одной из сторон, могут быть переданы другой стороной не позднее тридцати дней на рассмотрение арбитражного суда. Если сторона, для

1 Бюллетень строительной техники. 1993. № 7. С. 8-13.

2 Бюллетень строительной техники. 1997. № 8. С. 17-18.

которой заключение государственного контракта является обязательным, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в арбитражный суд с требованием о понуждении этой стороной заключить государственный контракт.

Поскольку государственный контракт на выполнение подрядных работ для государственных нужд заключается на конкурсной основе, он в соответствии с п. 4 ст. 528 ГК должен быть заключен не позднее двадцати дней со дня проведения конкурса.

3. Содержание и исполнение государственного контракта

Обязательными (существенными) условиями государственного контракта являются условия:

- об объеме и о стоимости подлежащей к выполнению работы;
- о сроках ее начала и окончания;

- о размере и порядке финансирования и оплаты работ;
- о способах обеспечения исполнения обязательств (п. 1 ст. 766 ГК).

Поскольку государственный контракт заключается на конкурсной основе, эти условия, в силу п. 2 ст. 766 ГК, должны быть отражены в условиях конкурса.

В случае уменьшения государственными органами средств соответствующего бюджета, выделенных для финансирования подрядных работ, стороны согласовывают новые сроки, а при необходимости и другие условия выполнения работ. При этом подрядчик вправе требовать от государственного заказчика возмещения убытков, причиненных изменением сроков (п. 1 ст. 767 ГК).

При необеспечении установленных государственным контрактом сроков ввода в действие предприятий, зданий, сооружений, пусковых комплексов и очередей, а также отдельных объектов бюджетное финансирование и льготное государственное кредитование их строительства приостанавливаются органом, выделившим эти средства. Решение о завершении строительства принимается в установленном порядке по предложению государственного заказчика, согласованному с Министерством экономики Российской Федерации, Министерством финансов Российской Федерации, Государственным комитетом Российской Федерации по строительству и жилищно-коммунальному комплексу и другими заинтересованными министерствами и ведомствами (п. 8 Основных положений).

Порядок оплаты выполненных работ определен п. 5 Основных положений.

Государственный заказчик выделяет подрядчику аванс, обеспечивает своевременное и непрерывное финансирование строительства. Размер, сроки перечисления аванса, порядок его погашения, а также условия промежуточных расчетов за выполненные работы в пределах 95 процентов их стоимости устанавливаются при заключении государственного контракта.

При невыполнении по вине подрядчика объемов работ, предусмотренных графиком их производства, сумма предъявленного промежуточного платежа за фактически выполненные работы уменьшается на стоимость невыполненных работ или платежи задерживаются до устранения допущенного отставания.

Окончательный расчет производится в месячный срок после принятия объекта в эксплуатацию в целом или его очереди, пусковых комплексов, а также отдельных зданий и сооружений, если иной срок расчетов не предусмотрен в государственном контракте.

В случае задержки установленных государственным контрактом сроков перечислений аванса, оплаты выполненных работ и окончательных расчетов государственный заказчик возмещает подрядчику причиненные в результате этого убытки, включая затраты по уплате процентной ставки за кредит.

Государственный заказчик несет ответственность за своевременную передачу оборудования для монтажа, если это обязательство по государственному контракту возложено на него. Размер санкций за несвоевременную передачу оборудования для монтажа устанавливается при заключении договора (п. 7 Основных положений).

Подрядчик в случае нарушения по его вине установленных государственным контрактом сроков ввода в действие предприятий, зданий, сооружений, пусковых комплексов и очередей, а также отдельных объектов уплачивает штраф в размере одной тысячной части стоимости работ, предусмотренных государственным контрактом, за каждый день просрочки до фактического завершения строительства (п. 9 Основных положений).

Дополнительная литература

Басин Ю.Г. Проект. Строительство. Закон. М., 1978; Брагинский М.И. Подряд, выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, возмездное оказание услуг//Хозяйство и право. 1996. № 4, 5; Подряд и подрядоподобные договоры//Вестник ВАС РФ. 1996. № 7;
Брауде И.Л. Договоры по капитальному строительству в СССР. М., 1952 (гл. 1,5);
Коваленко Н.И. Законодательство о капитальном строительстве при переходе к рынку // Гражданское право России при переходе к рынку. М., 1995; Сиротина И.А, Подряд. М., 1997.

1. Раздел XI. Обязательства по использованию исключительных прав и ноу-хау

2. 38. Правоотношения по использованию исключительных прав и ноу-хау

1. 1. Гражданско-правовые формы использования исключительных прав

1. Понятие использования исключительных прав (интеллектуальной собственности)

Обязательственные и другие гражданско-правовые формы коммерческого использования исключительных прав (интеллектуальной собственности) и конфиденциальной информации (ноу-хау) во всем мире ежегодно опосредствуют оборот в сотни миллиардов долларов. Темпы торговли патентами, лицензиями, авторскими, смежными правами, правами на товарные знаки и информацией типа ноу-хау постоянно растут. Усиливается борьба с интеллектуальным пиратством. Большое внимание реализации прав на результаты интеллектуальной деятельности и торговле ноу-хау, борьбе с аудиовидеопиратством, развитию научных исследований и образования в интеллектуальной сфере уделяют промышленно развитые страны и международные организации, в частности Всемирная организация интеллектуальной собственности (WIPO) и Международная ассоциация по развитию обучения и исследований в сфере интеллектуальной собственности (ATRIP)¹.

Происходящие в Российской Федерации рыночные реформы пока заметно не затронули ни сферу охраны результатов умственного труда, ни тем более область использования исключительных прав и ноу-хау. Один из новейших нормативных правовых актов - Указ Президента РФ от 22 июля 1998 г. № 863 "О государственной политике по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности и объектов интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий" - пока не идет дальше определения "приоритетных направлений" и поручений Правительству РФ "внести в 1998 г. на рассмотрение Государственной 1 См.: Intellectual Property Reading Material. World Intellectual Property Organization. Cluwer Law International. Geneva, 1995. P 659.

Думы Федерального Собрания Российской Федерации проекты законодательных актов, предусматривающих совершенствование правоотношений в области создания, правовой охраны и использования результатов научно-технической деятельности и объектов интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий".

Интересы эффективного использования большого интеллектуального потенциала нашей страны требуют более определенных и решительных мер. Это необходимо в связи со стремлением России сотрудничать в рассматриваемой сфере с другими странами в рамках Международного соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ), Всемирной торговой организации (ВТО) и Соглашения о коммерческом использовании интеллектуальной собственности (ТРИПС). Таким образом, повышается значение гражданских правоотношений по использованию как исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, так и неохраняемой конфиденциальной информации (ноу-хау). Анализ этих правоотношений свидетельствует о нерегламентированности многих важных сторон использования исключительных прав и ноу-хау, неоднозначном понимании применяемых в данной сфере категорий и даже функций институтов интеллектуальной собственности и ноу-хау в деле использования результатов умственного труда.

Одной из функций института исключительных прав (интеллектуальной собственности) служит установление режима использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации товаров и их производителей (ст. 138 ГК). Эта функция реализуется путем закрепления за правообладателями исключительных прав на использование результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации товаров и их производителей (п. 1 ст. 16 Закона "Об авторском праве и смежных правах" (далее - ЗоАП); абз. 1 п. 1 ст. 10 Патентного закона).

Право интеллектуальной собственности в целом и отдельные его институты не регулируют процесс практического применения отдельных результатов умственного

труда. Дело в том, что использование, к примеру, изобретений сводится к их конструкторской и технологической (а нередко и научно-прикладной) разработке, изготовлению технической документации и опытных образцов, оснастки и специального инструмента, переналадке оборудования, организации и материально-техническому обеспечению производства, подготовке новых кадров, финансированию затрат на все эти нужды и экономическому стимулированию работников. В этом нет ничего, что служило бы специфическим предметом и функцией патентного (изобретательского) права¹.

В интересах общества закон предусматривает достаточно широкие ограничения исключительных прав. Допускается на определенных условиях свободное использование произведений без согласия автора и без выплаты (или с выплатой) авторского вознаграждения (ст. 17-26 ЗоАП). Установлена возможность свободного использования объектов смежных (ст. 42 ЗоАП), патентных (ст. 11, 12 Патентного закона) прав и прав на товарные знаки. В частности, регистрация товарного знака не дает права его владельцу запретить использование этого знака другим лицам в отношении товаров, которые были введены в хозяйственный оборот непосредственно владельцем товарного знака или с его согласия (ст. 23 Закона РФ "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров"). Тем не менее возможность использования результатов интеллектуальной деятельности своими собственными силами и средствами, в том числе в предпринимательских целях, прежде всего и главным образом принадлежит обладателям исключительных (имущественных) прав на эти результаты.

Закон дает также легальную трактовку признаков использования отдельных объектов исключительных прав. Например, в соответствии с п. 2 ст. 10 Патентного закона продукт (изделие) признается изготовленным с использованием запатентованного изобретения, полезной модели, а способ, охраняемый патентом на изобретение, примененным, если в нем использован каждый признак изобретения или полезной модели, включенный в независимый пункт формулы, либо эквивалентный ему признак. Изделие признается изготовленным с использованием запатентованного промышленного образца, если оно содержит все его существенные признаки. Предоставлением правообладателям возможности монопольного использования объектов своих исключительных прав далеко не исчерпывается содержание данных прав. В этом находит выражение различие содержания правомочий субъектов исключительных и вещных прав как разных категорий абсолютных прав.

В отличие от использования объектов, скажем, вещного права собственности, под использованием исключительных прав понимается не только применение самими правообладателями объек-

¹ См.: Зенин И.А. Изобретательское право: природа, функции, развитие // СГиП. 1980. №2. С. 51.

тов данных прав, но и дача разрешения на осуществление действий по их применению третьим лицам. Например, согласно п. 2 ст. 16 ЗоАП исключительные права автора на использование произведения означают право осуществлять или разрешать такие действия, как, в частности, воспроизведение произведения, распространение экземпляров произведения, его перевод, переделка, аранжировка. Поскольку все указанные разрешения обычно оформляются договором, можно сказать, что использование исключительных авторских прав есть одновременно и распоряжение ими.

Строго говоря, авторское, патентное право, смежные права и право на товарные обозначения вообще не знают собирательной категории "распоряжения" исключительными правами. Например, права патентообладателя на уступку патента и на предоставление любому третьему лицу права использования охраняемого объекта промышленной собственности (по лицензионному договору) излагаются в п. 6 ст. 10 и п. 1 ст. 13 Патентного закона, в разд. IV, именуемом "Исключительное право на использование изобретения, полезной модели, промышленного образца". Иначе говоря, применительно к исключительным правам все имущественные права сводятся к праву на использование их объектов. Дифференцируются только формы дачи разрешения на

использование исключительных прав третьим лицам или, точнее, способы и формы их приобретения.

Существует мнение, что передачу имущественных авторских прав следует отличать от перехода этих прав к другому лицу. Переход - более широкое понятие: сюда включаются и те случаи, когда авторские права переходят к другому лицу помимо воли автора (наследование, переход прав на служебные произведения, переход прав на аудиовизуальные произведения и др.)¹. Это мнение, помимо его явной тавтологичности ("переход - это когда права переходят"), страдает неполнотой форм производного приобретения исключительных прав.

2. Способы приобретения исключительных прав

В сфере исключительных прав, по аналогии с правами вещными, следует оперировать наиболее широкой категорией "приобретения прав" и различать его первоначальный и производный способы. К первоначальным способам относятся: • самостоятельное создание и выражение в объективной форме произведений науки, литературы и искусства;

1 См.: Гавршов Э.П. Комментарий Закона об авторском праве и смежных правах. М, 1996 С. 134.

1. получение патентов и свидетельств на объекты промышленной собственности;

2. создание указанных произведений и объектов в служебном порядке, влекущее возникновение в силу закона или факта получения патента первоначальных исключительных прав у работодателей;

• уступка права на получение патента.

Право на получение патента на объект промышленной собственности, т. е. не исключительное право, а лишь потенциальная возможность его приобретения, может быть уступлено автором на стадии оформления исключительных прав. В силу п. 1 ст. 8 Патентного закона патент может быть выдан не только автору изобретения или иного объекта промышленной собственности, но и другим физическим лицам и (или) юридическим лицам (с их согласия), которые указаны автором или его правопреемником в заявке на выдачу патента либо в заявлении, поданном в Патентное ведомство¹ до момента регистрации изобретения, полезной модели либо промышленного образца.

Такие же правоотношения возникают между третьими лицами и работодателем или наследником автора, пожелавшими уступить свое право патентования объекта промышленной собственности на стадии подачи или рассмотрения заявки. В частности, работодатель лица, создавшего патентоспособный объект, обладающий первоначальным правом на его патентование, может уступить данное право по договору своему работнику (абз. 1 п. 2 ст. 8 Патентного закона). Однако в силу абз. 2 п. 2 ст. 8 того же Закона работодатель может передать это право и любому другому лицу. Право патентования объектов промышленной собственности (в случае их создания) может быть уступлено также исполнителем заказчику по договору на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ. Однако в случае оформления заказчиком исключительных патентных прав на свое имя и при отсутствии иной договоренности за исполнителем сохраняется право использования полученного им результата работ лишь "для собственных нужд" (п. 2 ст. 772 ГК), т. е. фактически на условиях неисключительной безвозмездной лицензии.

В рамках производного приобретения исключительных прав можно выделить такие относительно самостоятельные формы, как:

• уступка;

• передача;

¹ Функции Патентного ведомства осуществляет Министерство юстиции Российской Федерации (РГ. 1999.5 авг.).

• предоставление;

• переход.

Например, допускается: уступка патента (п. 6 ст. 10 Патентного закона); передача имущественных авторских прав (ст. 30 ЗоАП), в том числе в доверительное управление (п. 1 ст. 1012, п. 1 ст. 1013 ГК); предоставление патентообладателем (лицензиаром) лицензиату по лицензионному договору права на использование охраняемого объекта

промышленной собственности (п. 1 ст. 13 Патентного закона) или правообладателем (франчайзером) пользователю (франчайзи) - комплекса исключительных прав (п. 1 ст. 1027 ГК); переход авторского права по наследству (ст. 29 ЗоАП) или любых исключительных прав по передаточному акту либо разделительному балансу при реорганизации юридического лица (п. 1 ст. 59 ГК).

Установление однозначных критериев разграничения уступки, передачи (внесения), предоставления и перехода исключительных прав затрудняется не только их различным пониманием в доктрине и на практике, но и неодинаковой трактовкой в самом законе. Этим обуславливается относительная самостоятельность некоторых из данных форм производного приобретения исключительных прав. Конкретные формы различаются прежде всего основаниями приобретения (договор, закон), объемом прав (целиком, частично) и сроками их приобретения (навсегда, на время).

Уступка исключительных прав обычно происходит по договору в полном объеме прав и навсегда. Передача осуществляется также, как правило, по договору (авторскому, патентно-лицензионному, договору доверительного управления и др.), но частично и на время. Вместе с тем такая разновидность передачи, как "внесение", может происходить и на основе учредительных документов по закону.

В основе предоставления прав может лежать как договор (например, договор франчайзинга), так и закон (предоставление прав создателю аудиовизуального произведения по ст. 13 ЗоАП или преждепользователю - по ст. 12 Патентного закона). При этом классическая передача прав по лицензионному договору в п. 1 ст. 13 Патентного закона именуется их предоставлением. Так что в каждом конкретном случае надо выявлять суть предмета договора, а не его словесную форму. Права могут предоставляться и без ограничения срока, и на время.

Переход исключительных прав, как правило, осуществляется в силу закона (наследование, реорганизация юридического лица, вклад в уставный капитал). Переход обычно не ограничивается никакими сроками.

Итак, среди различных форм производного приобретения исключительных прав следует различать как обязательственные, так и другие формы, лежащие вне русла классических обязательств, такие как предоставление исключительных прав по закону, их передача (внесение) в общее имущество товарищей или в уставный (складочный) капитал, а также переход в порядке универсального либо сингулярного правопреемства.

3. Предоставление исключительных прав по закону

Право использования охраняемого объекта в собственном производстве предоставлено по закону работодателю в случае, если он не воспользуется имеющимися у него правами, прежде всего правом получения патента на свое имя, и патент получит работник (абз. 3 п. 2 ст. 8 Патентного закона). В данном случае, однако, работодатель обязан выплатить работнику компенсацию, определяемую на договорной основе.

Исключительные права на воспроизведение, распространение, публичное исполнение, сообщение по кабелю, передачу в эфир или другое публичное сообщение аудиовизуального произведения, а также на субтитрирование и дублирование его текста по общему правилу предоставлено изготовителю данного произведения (киностудии, продюсеру). Предоставление исключительных прав изготовителю влечет заключение им договоров на создание произведения с его авторами - режиссером-постановщиком, сценаристом и композитором (п. 1, 2 ст. 13 ЗоАП).

В случае осуществления исполнения коллективом исполнителей исключительные смежные права на исполнение в соответствии с п. 4 ст. 37 ЗоАП предоставлены руководителю такого коллектива. В этом качестве он вправе выдавать разрешения на использование исключительных исполнительских прав посредством заключения письменного договора с пользователем. В рамках договора пользователю разрешаются: передача исполнения в эфир или по кабелю, запись исполнения, передача записи в эфир или по кабелю и сдача в прокат опубликованной в коммерческих целях фонограммы с записью исполнения (п. 2 ст. 37 ЗоАП).

Право безвозмездного использования охраняемого объекта промышленной собственности (без расширения его объема) предоставлено законом любому физическому или юридическому лицу, которое до даты приоритета данного объекта

добросовестно использовало на территории Российской Федерации созданное независимо от его автора тождественное решение или сделало необходимые к этому приготовления. Это право, установленное ст. 12 Патентного закона, именуется правом преждепользования.

4. Передача исключительных прав в общее имущество товарищей и в уставный (складочный) капитал хозяйственного общества (товарищества)

Передача исключительных прав может происходить в рамках совместной деятельности субъектов имущественных правоотношений как с образованием, так и без образования юридического лица (простое товарищество). Наряду с деньгами, ценными бумагами, другими имущественными правами исключительные права, имеющие денежную оценку, могут быть формой вклада в имущество хозяйственного товарищества или общества (п. 6 ст. 66 ГК) либо в общее имущество товарищей по договору о совместной деятельности (ст. 1041-1054 ГК).

Поскольку внесение исключительных прав в качестве вклада в имущество хозяйственного товарищества или общества получило широкое распространение и вызвало на практике и в доктрине противоречивые суждения, Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в своем постановлении от 1 июля 1996 г. № 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации"¹ разъяснили, что "таким вкладом не может быть объект интеллектуальной собственности (патент, объект авторского права, включая программу для ЭВМ, и т. п.) или ноу-хау. Однако в качестве вклада может быть признано право пользования таким объектом, передаваемое обществу или товариществу в соответствии с лицензионным договором, который должен быть зарегистрирован в порядке, предусмотренном законодательством" (абз. 2 п. 17).

Данное разъяснение сняло сохранившееся у некоторых авторов сомнения относительно самой возможности внесения исключительных прав в уставный капитал хозяйственных товариществ и обществ. Вместе с тем в нём необоснованно патент назван одним из объектов интеллектуальной собственности (наряду с программой для ЭВМ) и ограничена возможность его внесения (путем уступки) в уставный капитал.

Между тем патент как документ, удостоверяющий исключительное право на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца (п. 2 ст. 3 Патентного закона), а не как вещь (по смыслу ст. 128 ГК) вполне может быть внесен путем его зарегистрированной в Патентном ведомстве уступки (п. 6 ст. 10 Патентного закона) в качестве вклада в уставный (складочный) капитал. Что касается ноу-хау, то, посколь-

1 РГ 1996 13 авг

ку на него у обладателя не существует исключительных прав, строго следуя норме п. 6 ст. 66 ГК, нет и возможности внесения ноу-хау в качестве вклада в уставный капитал. Ноу-хау может быть лишь вкладом в общее имущество товарищей по договору простого товарищества, куда вносятся, наряду с другими видами имущества, знания, навыки и умения товарищей (п. 1 ст. 1042 ГК).

5. Переход исключительных прав в порядке правопреемства

Своеобразными гражданско-правовыми формами приобретения исключительных прав на использование результатов интеллектуальной деятельности служат универсальное (наследование) и сингулярное (реорганизация юридического лица) правопреемство. По наследству переходят имущественные авторские права. Личные неимущественные права (право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора произведения) не наследуются. Наследники вправе только осуществлять защиту указанных прав (ст. 29 ЗоАП).

К наследникам исполнителя или производителя фонограммы - физического лица переходит право разрешать использование исполнения, постановки либо фонограммы и право на получение вознаграждения в пределах оставшейся части сроков действия смежных прав, установленных в п. 1-4 ст. 43 ЗоАП.

Особенностью наследования исключительных патентных прав является то, что наследники приобретают по наследству как оформленное исключительное право, так и право самим подать заявку и оформить данное право (п. 1 ст. 8 Патентного закона).

При реорганизации юридического лица на базе передаточного акта или

разделительного баланса происходит правопреемство по всем его обязательствам в отношении всех его кредиторов и должников. Наряду с другими правами объектами данных обязательств могут служить исключительные права на использование результатов интеллектуальной деятельности.

6. Исключительные права и приватизация

государственного и муниципального имущества

Одно время в качестве гражданско-правовой формы приобретения исключительных имущественных прав называли приватизацию имущества. Однако в отличие от ранее действовавшего Закона "О приватизации государственных и муниципальных предприятий", который прямо предусматривал возможность приобретения гражданами и акционерными обществами (товариществами) у государства в частную собственность (наряду с предприятиями и цехами) лицензий, патентов и других нематериальных

активов ликвидированных предприятий, действующий Закон РФ от 21 июля 1997 г. "О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации"¹ такого прямого указания не содержит. И это обоснованно. Исключительные права вообще не приватизируются. Они могут приобретаться лишь в рамках договоров об уступке патентов на объекты промышленной собственности либо авторских прав договоров или договоров о приобретении смежных и иных прав.

В связи с этим вполне объяснимо фактическое бездействие Положения о приватизации объектов научно-технической сферы, утвержденного постановлением Правительства РФ от 26 июля 1994 г. № 8702, в соответствии с п. 4.4 которого "объекты интеллектуальной собственности в сфере производства (патенты на изобретения и промышленные образцы, свидетельства на полезные модели, товарные знаки и права владения и пользования наименованиями мест происхождения товаров, а также лицензии на объекты промышленной собственности и товарные знаки) и иные нематериальные активы, используемые в хозяйственной деятельности и приносящие доход, включаются в состав стоимости приватизируемого имущества". Не было выполнено и поручение Правительства РФ тогдашнему Министерству науки и технической политики и Комитету РФ по патентам и товарным знакам разработать и утвердить порядок включения объектов интеллектуальной собственности в состав нематериальных активов.

1. Обязательственно-правовые формы использования исключительных прав

В рамках обязательств используются только реальные (возникшие, оформленные, приобретенные) исключительные права. Они реализуются как один из видов имущества путем уступки ("перехода") или передачи ("предоставления") по договору. Правообладатель может уступить все свои права или их часть. Например, патентообладатель может уступить полученный патент любому физическому или юридическому лицу, зарегистрировав договор об уступке под страхом его недействительности в Патентном ведомстве (п. 6 ст. 10 Патентного закона). Отдельные законы жестко регламентируют формы передачи исключительных прав. Например, п. 1 ст. 13 Патентного закона допускает использование изобретения, полезной модели или про-

мышленного образца любым лицом, не являющимся патентообладателем, не только "лишь с разрешения патентообладателя", но и "на основе лицензионного договора".

Различные виды лицензионных договоров действительно служат основными формами реализации исключительных патентных прав. Однако эти права, как и имущественные авторские, смежные права и права на средства индивидуализации, передаются (с соблюдением требования государственной регистрации) также в рамках многих других гражданско-правовых договоров.

Право использования объектов исключительных прав предоставляется правообладателем пользователю по договору коммерческой концессии (договору франчайзинга) в соответствии со ст. 1027-1040 ГК, а доверительному управляющему - передается по договору доверительного управления имуществом (ст. 1012-1026 ГК). Исключительные права являются одним из объектов доверительного управления по

прямоу указанию п. 1 ст. 1013 ГК1.

Исключительные права могут переходить, в частности, по договору купли-продажи предприятия как имущественного комплекса, включающего права на фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и другие средства индивидуализации продавца и его товаров, работ или услуг, а также принадлежащие ему на основании лицензий права использования таких средств (п. 2 ст. 559 ГК). Они могут быть предоставлены по договору аренды предприятия с передачей арендатору права арендодателя на обозначения, индивидуализирующие его деятельность, и других исключительных (например, патентно-лицензионных) прав (п. 1 ст. 656 ГК).

Исключительные права могут быть подарены (п. 1 ст. 572 ГК), реализованы при их продаже с публичных торгов в качестве предмета залога (п. 1 ст. 336, ст. 349, 350 ГК) либо при продаже предприятия (бизнеса) должника при внешнем управлении или конкурсном производстве (ст. 86, 137 Федерального закона от 8 января 1998 г. "О несостоятельности (банкротстве)"²). Эти права могут быть также предметом брачного договора. К совместной собственности супругов, согласно законному режиму их имущества, относятся лишь доходы каждого из супругов от использования результатов интеллектуальной деятельности (п. 2 ст. 34 СК). В брач-

10 коллективном управлении имущественными авторскими и смежными правами см. § 3 гл. 39 разд. XI настоящего учебника. 2 РГ. 1998. 20,21 янв.

ном же договоре супруги вправе установить любой режим собственности (совместной, долевой или раздельной) на все имущество, включая исключительные права каждого из них (абз. 1 п. 1 ст. 42).

§ 2. Гражданско-правовые формы использования ноу-хау

1. Понятие ноу-хау

Помимо функции установления режима использования объектов интеллектуальной собственности гражданское право выполняет внешне сходную функцию в отношении объектов необщедоступной (конфиденциальной) информации (ноу-хау), охраняемой только от незаконного получения ее третьими лицами.

Информация составляет служебную или коммерческую тайну в случае, когда она имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности (п. 1 ст. 139 ГК).

Лица, незаконными методами получившие подобную информацию, обязаны возместить причиненные убытки. Такая же обязанность возлагается на работников, разгласивших служебную или коммерческую тайну вопреки трудовому договору (контракту), и на контрагентов, сделавших это вопреки гражданско-правовому договору.

Таким образом, функция использования ноу-хау реализуется путем закрепления за разработчиками ноу-хау (обладателями служебной или коммерческой тайны) не исключительного права на ноу-хау, а права на неразглашение их конфиденциальной информации с запретом ее получения третьими лицами незаконными методами под угрозой возмещения убытков.

Статья 139 ГК, определяющая правовой режим конфиденциальной информации в виде служебной и коммерческой тайны, не употребляет (в отличие от аналогичной по содержанию ст. 151 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.) термин "ноу-хау" и прямо не говорит о праве самого обладателя на использование необщедоступных сведений. Однако подобные сведения во всем мире обычно именуется ноу-хау (от английского "know-how" - "знать как", т. е. "знать, как что-то сделать"). Исключительного права у обладателя ноу-хау действительно не возникает, но возможность фактического использования им самим такой информации презюмируется.

В этом плане с институтом ноу-хау нет особых проблем. Понятны и способы защиты интересов обладателей ноу-хау от криминальных вторжений в сферу их конфиденциальной информации. Незаконное получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую тайну, преследуется в уголовном порядке. Собираение подобных сведений путем похищения документов, подкупа или угроз, а равно иным

способом в целях разглашения либо незаконного использования этих сведений наказывается штрафом в размере от ста до двухсот минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного до двух месяцев либо лишением свободы на срок до двух лет. Аналогичные, но более строгие меры влекут незаконное разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую тайну, без согласия их владельца, совершенные из корыстной или иной личной заинтересованности и причинившие крупный ущерб (ст. 183 ГК). Подобные уголовно наказуемые деяния традиционно называют промышленным шпионажем.

Гораздо сложнее, в том числе в теоретическом аспекте, проблемы легальной передачи ноу-хау и защиты имущественных интересов его обладателя в гражданско-правовом порядке. Необходимо уточнить, что служит правовой предпосылкой передачи ноу-хау и могут ли существовать первоначальные и производные способы его приобретения. Это тем более важно, что коммерческий оборот ноу-хау превосходит по объему оборот патентных лицензий.

Во всем мире в последние годы объем ноу-хау в коммерческом обороте постоянно растет. По статистике "чистые" патентные лицензии составляют двадцать процентов, объем "смешанных лицензий" (патентная лицензия плюс передача ноу-хау) - пятьдесят процентов, а доля договоров о передаче ноу-хау - тридцать процентов. В режиме ноу-хау обычно функционирует прежде всего техническая информация. Более того, в настоящее время в разряд ноу-хау нередко переходят патентоспособные изобретения, причем одни из наиболее ценных из числа таких изобретений.

Постоянное увеличение подобных технических достижений в массиве ноу-хау объясняется, во-первых, усложнением современных изобретений, что не позволяет иногда описать их в патентных заявках с полнотой, необходимой для их практического использования; во-вторых, известным кризисом патентного права, тем, что в нарушение действующих законов заявители умышленно не излагают в заявках всех данных, необходимых для применения изобретений. В-третьих, в разряд ноу-хау попадают также некоторые изобретения, возможность патентования которых упущена вследствие их преждевременного разглашения, а также технические решения, непатентоспособные по законодательству, или, наконец, изобретения, патентование которых нецелесообразно ввиду высокого риска раскрытия их сущности при отсутствии реальной возможности проконтролировать их неправомерное использование (изобретения, применяемые в различного рода экспедициях, экспериментальных работах и т. п.). Разумеется, к ноу-хау относится также в принципе непатентоспособная информация административного, коммерческого, финансового, правового и тому подобного характера. Изложенное обуславливает необходимость более четкой регламентации правового режима ноу-хау и договоров о его передаче. Важны и другие обстоятельства. Для коммерческой реализации ноу-хау его разработчики обычно рекламируют эффект от применения ноу-хау. Для этого они организуют демонстрацию применения ноу-хау, привлекая для подтверждения производимого эффекта отечественных и зарубежных экспертов. При этом демонстрация ноу-хау создает риск утраты его конфиденциальности разработчиком. С другой стороны, приобретая ноу-хау, покупатель, уплатив вознаграждение, рискует недополучить в полном объеме все сведения, составляющие ноу-хау. Эти чрезвычайно важные проблемы также нельзя решать, не разобравшись в теоретических аспектах правового режима ноу-хау.

2. Правовой режим ноу-хау

и правовые основы его приобретения

По смыслу п. 1 ст. 139 ГК закон пресекает посягательства на имущественные и личные интересы обладателя ноу-хау со стороны третьих лиц при наличии, как минимум, четырех условий:

1. техническая, финансовая или иная информация представляет реальную или гипотетическую коммерческую ценность;
2. эта информация не известна третьим лицам, т. е. является конфиденциальной;
- к ней у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании;
1. обладатель информации принимает необходимые меры по охране ее

конфиденциальности.

Иными словами, ноу-хау как правовая категория существует, а законные интересы его обладателя защищаются до тех пор, пока сохраняются все эти условия.

Пункт 2 ст. 139 ГК говорит о "защите" информации, составляющей служебную или коммерческую тайну, способами, предусмотренными ГК и другими законами. Эта формулировка порождает противоречивые взгляды на правовое регулирование отношений, связанных с ноу-хау. Говорят об охране ноу-хау, о праве на ноу-хау, об исключительных и неисключительных лицензиях на ноу-хау¹. Не всегда одинаково трактуется и содержание ноу-хау. Порой к ноу-хау относят только технические достижения. Другие авторы понимают ноу-хау как любую информацию как технического, так и нетехнического характера (организационного, финансового, коммерческого, правового и иного).

Между тем, в отличие от охраняемого патентом изобретения, на ноу-хау не существует исключительного права, а есть лишь фактическая монополия.

Ноу-хау - это неохраняемая конфиденциальная научно-техническая, коммерческая, финансовая и иная информация, обладающая коммерческой ценностью, а также различные производственные навыки и опыт их применения.

Ноу-хау, в отличие от запатентованного изобретения, нельзя использовать, не получив его от разработчика (создателя) или иного его обладателя, например от лица, получившего какое-то ноу-хау от разработчика по договору о передаче ноу-хау с правом его дальнейшей передачи третьим лицам. Разработчик ноу-хау имеет только право на его неразглашение незаконными методами, т. е. помимо его воли. А это, разумеется, совсем другое, нежели исключительное право на использование результата интеллектуальной деятельности, защищаемое от всех третьих лиц и передаваемое на договорной или иной легальной основе.

Таким образом, концепция правового режима ноу-хау заключается не в его охране, а в правовом обеспечении средствами различных отраслей права имущественных интересов обладателя (разработчика, приобретателя) ноу-хау². Авторы, стоящие на позиции правовой охраны ноу-хау, нередко, по существу, сами себя опровергают, подтверждая, что ноу-хау не является объектом исклю-

¹ См.: Международная передача технологии: правовое регулирование / Отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1985. С. 16-17, 164, 170.

² Подробнее об этом см.: Зенин И. А. Правовой режим ноу-хау // Основы гражданского права России (конспект лекций для специалистов по праву интеллектуальной собственности). М., 1993. С. 208-215; Зенин И.А., Князев О.К. Правовые проблемы использования и передачи ноу-хау (на примере Франции и ФРГ) // Теория и практика изобретательства, рационализации и патентно-лицензионной работы. М., 1986. С. 110-115.

чительного права: любое физическое или юридическое лицо признается правомочным обладателем ноу-хау, если самостоятельно, своими силами и средствами его разработало либо добросовестно приобрело у другого владельца.

Не случайно и в зарубежных странах, и в России отсутствует специальное законодательство об охране ноу-хау, подобное тому, которое есть в отношении изобретений, промышленных образцов и ряда других объектов промышленной собственности. Так называемая защита ноу-хау (по терминологии ст. 139 ГК) фактически сводится к обеспечению на основе норм гражданского, трудового и даже уголовного права имущественных интересов обладателя ноу-хау. Речь идет, в частности, о законодательстве, направленном на борьбу с недобросовестной конкуренцией, о законодательстве по договорному или деликтному праву.

Именно об этом законодательстве нередко и пишут авторы, когда анализируют так называемую охрану ноу-хау. В данном законодательстве предусматривается имущественная и иная ответственность: за незаконные действия по приобретению промышленной и коммерческой информации, например за кражу документов, подкуп служащих и т. п.; за нарушение работниками правил внутреннего трудового распорядка фирм и норм, устанавливающих ответственность рабочих и служащих за разглашение сведений, способных составить тайну нанимателя. Имеется в виду тайна, относящаяся к разработанным в фирме техническим решениям, коммерческим

сведениям и секретам производства в буквальном смысле слова.

Поэтому смысл правового обеспечения имущественных интересов обладателя ноу-хау состоит не в создании специальной охраны ноу-хау, а в разработке эффективных правовых средств недопущения или пресечения посягательств на имущественные интересы фактического обладателя ноу-хау в виде его недозволенного заимствования либо использования в нарушение условий договора о передаче ноу-хау либо иного гражданско-правового договора. Иначе говоря, под правовым обеспечением имущественных интересов обладателя ноу-хау следует понимать комплекс правовых средств, способствующих ограждению имущественной сферы фактического обладателя ноу-хау от третьих лиц, включая контрагента по договору.

В настоящее время в число указанных правовых средств входят:

- уголовно-правовые санкции за промышленный шпионаж;
 1. имущественная (гражданско-правовая) ответственность в форме возмещения убытков;
 2. санкции, применяемые по законодательству о недобросовестной конкуренции (преимущественно также в виде возмещения убытков);
- ответственность работников по трудовому законодательству.

Одним из эффективных частноправовых средств служит договор о передаче ноу-хау, приводящий в движение весь механизм обязательно-правовой защиты имущественных интересов обоих участников договора, и прежде всего обладателя ноу-хау. Главной правовой предпосылкой этого договора служит фактическая монополия на ноу-хау его разработчика. По аналогии с авторскими договорами и патентными лицензиями ноу-хау может передаваться по договору на исключительных и неисключительных условиях.

3. Формы приобретения (присвоения) ноу-хау

При установлении на результаты интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации товаров и их производителей исключительных прав круг гражданско-правовых форм их первоначального и производного приобретения значительно шире, нежели в случае, когда на эти результаты, сохраняемые в режиме ноу-хау, таких прав в принципе не может возникнуть.

Поскольку на ноу-хау нет исключительного права и приобретается само ноу-хау, то можно говорить о первоначальных и производных формах приобретения (присвоения) самого ноу-хау. Во-первых, как отмечалось, сам разработчик, бесспорно, вправе фактически использовать свое ноу-хау, т. е. он приобретает (присваивает в силу факта разработки) возможность применения ноу-хау в своей собственной (в том числе предпринимательской) сфере.

Во-вторых, закон допускает еще одну форму первоначального приобретения ноу-хау лицом, не являющимся его разработчиком. Речь идет о работодателе, который, имея первоначальное право на патентование служебного объекта промышленной собственности, созданного его работником, принял решение не патентовать этот объект, а сохранять его в тайне (абз. 2 п. 2 ст. 8 Патентного закона), т. е., по существу, в режиме ноу-хау.

Из производных форм приобретения исключительных прав большинство неприменимо к приобретению ноу-хау. Ноу-хау нельзя (согласно п. 6 ст. 66 ГК) передавать в качестве вклада в уставный (складочный) капитал. Это объясняется назначением данного капитала и необходимостью минимального гарантирования с его помощью интересов кредиторов юридического лица (в том числе на случай ликвидации и банкротства). Однако это отнюдь не исключает возможности передачи ноу-хау по договору любому

другому субъекту, в том числе тому юридическому лицу, одним из учредителей (участников) которого является обладатель ноу-хау.

Немногочисленность гражданско-правовых форм передачи ноу-хау не означает его маловажности. Она коренится в самой природе ноу-хау как неохраямой конфиденциальной информации. В силу специфики ноу-хау (прежде всего непатентоспособности большинства его объектов) на него не могут быть установлены исключительные права. Если и можно употреблять слово "охрана" применительно к ноу-хау, то только в смысле его охраны от неразглашения. Однако это совсем не то,

что, скажем, патентная и тому подобная охрана, порождающая у субъекта исключительные права.

Ноу-хау не переходит ни по наследству, ни в связи с реорганизацией юридического лица, ни по договорам доверительного управления имуществом, продажи (аренды) предприятия, ни по брачному договору. По закону ноу-хау можно передать (внести), пожалуй, лишь в качестве вклада в общее имущество товарищей по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности), поскольку таким вкладом признаются любые знания, навыки и умения (п. 1 ст. 1042 ГК). Так что единственной производной (обязательно-правовой) формой приобретения ноу-хау является договор о его передаче. Конечно, ноу-хау можно и продать, и передать в доверительное управление, и распорядиться им иным образом, в том числе передать любому физическому или юридическому лицу безвозмездно или за плату по соглашению. Однако во всех случаях это должно быть оформлено лишь при наличии всех необходимых предпосылок и по правилам, предъявляемым к договору о передаче ноу-хау.

§ 3. Договоры об использовании исключительных прав и ноу-хау

1. Виды договоров об использовании исключительных прав и ноу-хау

Различные договоры, в рамках которых возникают и реализуются обязательства по использованию исключительных прав и ноу-хау, имеют существенные различия. Прежде всего, одни из договоров, оперирующих исключительными правами, целиком посвящены их передаче или созданию объектов и передаче прав на их использование, а другие - только частично. К первым принадлежат авторские договоры, договоры о передаче смежных прав, патентно-лицензионные договоры и договоры об использовании прав на средства индивидуализации товаров и их производителей. В значительной мере к этой группе примыкают договор коммерческой концессии (договор франчайзинга) и договор доверительного управления исключительными правами, в том числе договор управления этими правами на коллективной основе. Другие договоры - это договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (НИР и ОКР); на передачу научно-технической продукции; договоры на продажу или аренду предприятия; брачный договор; договор дарения исключительных прав, их отчуждения при продаже с публичных торгов в качестве предмета залога либо при продаже предприятия (бизнеса) должника при внешнем управлении или конкурсном производстве. Перечисленные договоры пока распространены не так широко, и исключительные права занимают в содержании некоторых из них второстепенное место. Тем не менее и этим договорам присущи в части, касающейся исключительных прав, общие особенности правовой природы, предмета и формы как самих договоров, так и возникающих на их базе обязательств сторон.

Самостоятельное место занимают договоры о передаче ноу-хау.

1. Правовая природа и предмет договоров об использовании исключительных прав и ноу-хау

Договоры об использовании исключительных прав и ноу-хау, взятые вместе, внешне напоминают договоры и купли-продажи, и найма (аренды), и подряда. Нередко они и именуются таковыми, а также договорами доверительного управления, коммерческой концессии и т. д. Иногда их квалифицируют и как договоры особого рода (*sui generis*). На самом деле эти договоры разделяются на ряд самостоятельных типов и видов, образуя сформировавшийся в последние десятилетия во всем мире особый класс договоров об использовании исключительных прав и ноу-хау. Его отдельные типы и виды имеют черты сходства с другими договорами традиционных классов, таких как *dare*, *facere* и *praestare*, основными типами которых являются купля-продажа, аренда и возмездные услуги.

Например, к договорам патентной лицензии вполне применима ставшая традиционной формула "продажа и покупка лицензий". В то же время здесь по договору продается не вещь, а лицензия, т. е. право временного возмездного использования изобретения. Значит ли это, что одно исключает другое и лицензионные отношения должны

трактоваться только как отношения найма? Конечно нет, поскольку наем и купля-продажа относятся к одному классу договоров о возмездной передаче имущества и их признаки могут частично совпадать.

К договору найма вполне можно применить формулу "продажа (на время) права пользования имуществом". Договоры имущественного найма можно рассматривать как товарные сделки, совершаемые согласно экономическим законам, регулирующим продажу товаров. По договору найма потребительная стоимость продается по частям каждый раз на определенный срок. Однако, коль скоро под "продажей" в течение тысячелетий понимается отчуждение вещей в постоянное пользование, для обозначения отношений, возникающих из данного договора, был применен термин "наем имущества" с разновидностями "аренда" и "прокат". Точно так же лицензионный договор может трактоваться и как наем (аренда) имущества (точнее, имущественного права), и как временная купля-продажа. Но существенные его отличия и от купли-продажи, и от найма телесного имущества породили специальное наименование "лицензионный договор".

Договор патентной лицензии как купля-продажа (на время) права использования изобретения имеет два отличия и от купли-продажи, и от аренды вещей.

Во-первых, договор купли-продажи (аренды) базируется на праве собственности продавца (наймодателя). Напротив, в основе лицензионного договора лежит исключительное право патентообладателя.

Во-вторых, по договору купли-продажи (найма) передаются вещи, двойное владение и пользование которыми исключены. Объект же исключительного права вообще не нуждается в передаче: описание изобретения публикуется и доступно каждому. Он может одновременно использоваться самим лицензиаром и, с разрешения последнего, неопределенным числом третьих лиц.

Вследствие названных особенностей к договору патентной лицензии неприменимы правила законодательства о купле-продаже (касающиеся обязанности продавца сохранять проданную вещь, передавать ее, оговаривать ее недостатки), а также об имущественном найме (например, правила о проверке исправности сдаваемого внаем имущества).

Договор о передаче ноу-хау отличается от патентной лицензии и по своей правовой основе, и по предмету. В основе передачи ноу-хау лежит не исключительное право, а фактическая монополия на ноу-хау. Ноу-хау, в отличие от запатентованного изобретения, нельзя использовать, не получив его от обладателя. Следствием этого является необходимость не предоставления по договору права использования, а передачи самого ноу-хау в полном объеме. Не менее важна и другая особенность ноу-хау. Коль скоро в его состав входят различные навыки, методы и способы, передаваемые в форме выполнения определенных действий, есть основания говорить о наличии у договора о передаче ноу-хау свойств подрядного договора. Разумеется, как и договор патентной лицензии, договор о передаче ноу-хау существенно отличается и от купли-продажи, и от найма, и от подряда в традиционном их понимании. Наконец, наиболее распространенный договор "смешанной" лицензии соединяет в себе черты и патентной лицензии, и договора о передаче ноу-хау. Все это позволяет квалифицировать договоры патентной, "смешанной" лицензии и договор о передаче ноу-хау как различные типы самостоятельного класса договоров об использовании исключительных прав и ноу-хау.

1. Договоры об использовании исключительных прав и ноу-хау как особый класс гражданско-правовых договоров

В данный класс прежде всего входят в качестве самостоятельных типов договор об уступке патента, патентно-лицензионные договоры, а также договор о передаче ноу-хау. Учитывая принципиальные различия в предмете данных типов договоров, в современных условиях уже не корректно называть этот класс "договорами о праве использования нематериальных благ" и именовать лицензионными как договоры об использовании исключительных прав, так и договоры о передаче ноу-хау¹. Поскольку на ноу-хау у его разработчика (обладателя) нет исключительного права, то в названии нового класса договоров опущено слово "право". Таким образом, это название охватывает и договоры, в рамках которых не передаются исключительные права.

Термин "лицензия" применим к договору о передаче ноу-хау только в одном смысле: передавая материалы, содержащие ноу-хау, его обладатель разрешает приобретателю ознакомиться с содержанием ноу-хау, т. е. предоставляет своеобразную лицензию на ознакомление. Однако такая "лицензия" никак не служит формой передачи исключительного права, поскольку такового не существует.

В состав рассматриваемого класса входят в качестве самостоятельных типов авторские договоры. Применяемый на практике договор на передачу научно-технической продукции по своему предмету отличается от лицензионных договоров. По договору на передачу право использования не уступается и не оплачивается. Передаются лишь знания, овеществленные в технической документации и образцах техники, а также производственный опыт. По-

1 См: Зенин И.А. Лицензионный договор на изобретения и ноу-хау // СГиП. 1983. № 6. С. 54,56.

этому данный договор относится к классу договоров о возмездном оказании услуг. Этот договор может быть включен в класс договоров об использовании исключительных прав и ноу-хау, если в его предмете имеется конфиденциальная информация, передаваемая на условиях ноу-хау.

Существует мнение, что договор патентной лицензии - договор класса *date*, основным типом которого является купля-продажа. Договор же о передаче ноу-хау - договор класса *facere*. Основной тип этого класса - договор подряда. Отсюда делается вывод, будто договор патентной лицензии и договор о передаче ноу-хау принадлежат к разным классам¹. Спорность этого вывода определяется тем, что в данном случае за предмет договора о передаче ноу-хау принимается прежде всего передача навыков и опыта обладателя ноу-хау. В противоположность Ц. Каменовой К. Кнап считает, что между лицензией на изобретение и договором о передаче ноу-хау много общего и это позволяет объединить их в рамках одного договорного типа². Здесь спорный вывод обусловлен недооценкой существенных различий в объекте предоставляемого по лицензии права (т. е. запатентованного изобретения) и неохраниваемой информации, передаваемой как ноу-хау.

М. М. Богуславский полагает, что "в качестве предмета патентной лицензии следует рассматривать не патент, а само изобретение (т. е. не исключительное право, вытекающее из патента, а право использования изобретения, вытекающее из договора)"³. Этот вывод также не бесспорен. Во-первых, договор об уступке патента - самостоятельный тип договора и нет необходимости вообще ставить его в прямую связь с договором патентной лицензии. Во-вторых, "само изобретение" - не предмет договора, а объект предоставляемого по договору права использования. В-третьих, патент не может отождествляться с основанным на нем исключительным правом, как не может форма явления одновременно быть его содержанием. В-четвертых, нельзя ставить знак равенства между "самим изобретением" и вытекающим из договора правом его использования.

1 См.: Каменева Ц. Лицензионные договоры между хозяйственными организациями стран - членов СЭВ (Правовая природа, регулирование, коллизионные проблемы). Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1979. С. 7-8.

2 См.: Кнап К. Der Lizenzvertrag als ein besonderer Vertragstypus//Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil. 1973. № 6/7. S. 229.

3 Богуславский М.М. Правовые вопросы технической помощи СССР иностранным государствам и лицензионные договоры. М., 1963. С. 171; Богуславский М.М. Продажа и покупка лицензий в СССР//СГиП. 1968. № 5. С. 54.

В доказательство того, что предметом патентной лицензии является "само изобретение", иногда ссылаются на распространенные в практике случаи, когда патент по заявке вообще не выдается или аннулируется из-за неуплаты пошлин (т. е. исключительное право на изобретение не возникает либо прекращается), а ранее заключенный лицензионный договор продолжает действовать. В этих случаях в него лишь вносятся изменения, касающиеся обычно цены лицензии¹. Представляется, что в отмеченных случаях, как правило, речь идет о так называемых смешанных лицензиях, когда лицензиат стремится получить не только право на использование охраняемого изобретения, но и дополнительную информацию (ноу-хау), необходимую для его

успешного освоения. Это типичный "смешанный договор" (по формулировке п. 3 ст. 421 ГК).

Ясное представление о предмете отдельных договоров и их месте в общей классификации позволяет избежать ошибок и ненужных конфликтов на стадии заключения договоров. Если под предметом патентно-лицензионного договора как его существенным условием понимать "само изобретение", то он должен считаться заключенным лишь при условии передачи лицензиату всей информации о нем без передачи исключительного права, т. е. разрешения на его использование. Точно так же ошибочным будет указание в договоре о передаче ноу-хау на уступку права на него без подробного раскрытия самого ноу-хау. Поскольку предметом патентной лицензии является право на использование изобретения, а не само изобретение, наибольшее внимание в договоре должно быть обращено на реальное предоставление лицензиату этого права, на его поддержание в силе и защиту от возможных нарушений. В договоре же о передаче ноу-хау, напротив, решающее значение приобретают передача неизвестной покупателю информации о сущности ноу-хау и соблюдение конфиденциальности передаваемых сведений.

В класс договоров об использовании исключительных прав и ноу-хау входят и другие договоры или их части, такие как, например, договоры на выполнение НИР и ОКР и на передачу научно-технической продукции. При их заключении и исполнении важно учитывать общие особенности как всего этого класса в целом (идеальный характер объектов исключительных прав и ноу-хау), так и предмета его отдельных типов и видов. В связи с этим справедливо мнение о том, что договоры, которые предусматривают передачу авторских прав, следует относить к авторским, даже если они

1 См.: Городисский М.Л. Лицензии во внешней торговле СССР. М., 1972. С. 30. не названы таковыми. Поэтому во многих случаях, когда нормы о передаче авторских прав включаются в гражданские договоры купли-продажи, аренды, простого товарищества и др., эта догово-ры (в соответствующей части) должны отвечать требованиям, предъявляемым к авторским договорам. Одно из них состоит в том, что предметом любого авторского договора является передача имущественных авторских прав.

Напротив, договоры, которые не предусматривают передачу авторских прав, не могут считаться авторскими, даже если они названы таковыми, например договор об издании произведения за счет автора. Это типичный подрядный договор: автор оплачивает издательству тиражирование своего произведения (в виде книги) и получает весь тираж книги в свою собственность¹.

Точно так же любое разрешение патентообладателя на передачу (предоставление) третьему лицу исключительного права использования охраняемого объекта промышленной собственности должно трактоваться как лицензионный договор. Поэтому независимо от того, в рамках каких договоров происходит передача (или "предоставление", "уступка") патентных прав, к соответствующим статьям этих договоров должны применяться нормы о патентно-лицензионных договорах. То же самое относится к договорам о передаче смежных прав и прав на товарные знаки.

Дополнительная литература

Белов В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М. Интеллектуальная собственность. Законодательство и практика. М., 1997;

Дозорцев В.А. Исключительные права и их развитие. Вступительная статья // Права на результаты интеллектуальной деятельности. Авторское право. Патентное право. Другие исключительные права. Сборник нормативных актов. М., 1994;

Зенин ИЛ. Основы гражданского права России (конспект лекций для специалистов по праву интеллектуальной собственности). М., 1993 (гл. 17);

Интеллектуальная собственность: сборник типовых договоров / Сост. Н.В. Лынный, А.Г. Кукушкин. М., 1995.

1 См.: Гавршов Э.П. Указ. соч. С. 136.

1. 39. Авторские договоры и договоры о передаче смежных прав

§ 1. Авторские договоры 1. Понятие и виды авторских договоров

Под авторским договором понимается соглашение между автором произведения науки, литературы и искусства, или его работодателем, либо иным обладателем имущественных авторских прав, с одной стороны, и пользователем произведения, по которому автор обязуется передать пользователю за вознаграждение право использования произведения обусловленным способом и в установленный срок, а пользователь обязуется использовать произведение в соответствии с предоставленным ему правом и уплатить вознаграждение.

По авторскому договору по названию и буквальному смыслу ст. 30 ЗоАП исключительные права передаются, т. е. лишь предоставляются пользователю на время, а не уступаются ему. Этим авторский договор отличается от таких способов отчуждения или закрепления имущественных авторских прав, как их дарение, наследование, предоставление по закону работодателю либо внесение в качестве вклада в уставный (складочный) капитал хозяйственного общества или товарищества, при которых данные права переходят к другим лицам либо возникают у других лиц в качестве первоначальных исключительных прав.

К авторским договорам, как к разновидностям сделок по передаче имущественных прав, применяются общие положения §. 1 гл. 30 ГК о купле-продаже, если иное не вытекает из содержания или характера исключительных авторских прав. В общем плане можно распространить на авторские договоры правила, скажем, п. 1 ст. 460 ГК, обязывающее продавца товара передать покупателю товар свободным от любых прав третьих лиц. Пользователь также заинтересован в получении имущественных прав, не обремененных правами других пользователей этих же прав. Однако большинство общих норм ГК о купле-продаже телесных объектов неприменимо к передаче ни авторских, ни других имущественных прав. Это касается норм об ассортименте товара, его качестве, сроке годности, скрытых недостатках, комплектности, о таре и упаковке товара. Поэтому регулирование авторских договоров, как и всех вообще договоров об использовании исключительных прав, нуждается в самостоятельной правовой регламентации. ЗоАП различает три вида авторских договоров:

- 1) авторский договор о передаче исключительных прав;
- 2) авторский договор о передаче неисключительных прав;
- 3) авторский договор заказа (ст. 30,33).

Поскольку имущественные авторские права всегда являются исключительными, первые два вида авторских прав логичнее было бы назвать (и это подтверждается трактовкой данных видов прав в п. 2 ст. 30 ЗоАП) авторскими договорами о передаче исключительных прав на исключительных и неисключительных условиях. По смыслу п. 2 ст. 30 авторский договор о передаче исключительных прав на исключительных условиях разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются. Пользователь по данному договору вправе запретить подобное использование произведения всем другим лицам, включая сторону, передающую права. Право запрета может быть применено помимо пользователя только создателем произведения. Если пользователь не осуществляет защиту данного права, право запрещать использование произведения другим лицам может осуществляться его автором (абз. 2 п. 2 ст. 30 ЗоАП).

Пользователь по авторскому договору о передаче исключительных прав на исключительных условиях фактически может на срок действия договора приобрести абсолютное право использования произведения, включая передачу полученных прав другим лицам. Однако передача полностью или частично другим лицам прав, переданных по авторскому договору, допускается лишь в случае, если это прямо предусмотрено договором (п. 4 ст. 31 ЗоАП).

Авторский договор о передаче исключительных прав на неисключительных условиях разрешает пользователю использование произведения наравне с обладателем исключительных прав, передавшим такие права, и (или) другим лицам, получившим

разрешение на использование произведения таким же способом (п. 3 ст. 30). Подобный договор создает пользователю менее сильные позиции в коммерческой реализации полученных прав, нежели договор о передаче авторских прав на исключительных условиях. Поэтому цена такого договора обычно бывает ниже.

Существует презумпция неисключительности использования передаваемых авторских прав. Права, передаваемые по авторскому договору, считаются переданными на неисключительных условиях,

если в договоре прямо не предусмотрено иное (п. 4 ст. 30 ЗоАП).

По объектам исключительных прав авторские договоры классифицируются на: издательские, сценарные, постановочные и др.

2. Условия авторского договора

Как любой гражданско-правовой договор, авторский договор подчиняется закрепленным в ГК общим положениям о договоре (ст. 420-453). Это в равной мере касается свободы договора во всех ее проявлениях (ст. 421), соотношения договора и закона (ст. 422), цены договора (ст. 424), сущностного и формального моментов заключения договора. Авторский договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой форме достигнуто соглашение по всем его существенным условиям (абз. 1 п. 1 ст. 432 ГК). Формальный момент заключения авторского договора как момент получения лицом, направившим оферту (т. е. пользователем), ее акцепта (т. е. согласия правообладателя) базируется на норме п. 1 ст. 433 ГК.

Вместе с тем авторское законодательство как часть гражданского законодательства (согласно ст. 2 ЗоАП) конкретизирует существенные условия авторского договора. В силу абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК существенными являются условия о предмете договора, условия, названные в законе или иных правовых актах как необходимые для договоров данного вида, а также все другие условия, предлагаемые для согласования одной из сторон. Закон об авторском праве и смежных правах называет в числе необходимых такие условия авторского договора, как:

- способы использования произведения;
- срок и территорию, на которые передается право;
- размер вознаграждения и (или) порядок его определения за каждый способ использования;
- порядок и сроки выплаты вознаграждения (абз. 1 п. 1 ст. 31).

Под способами использования произведения понимаются конкретные права, передаваемые по договору, например право воспроизводить и распространять литературные произведения на русском языке. Все права на использование произведения, прямо не переданные по авторскому договору, например право переводить произведение на иностранные языки, считаются переданными.

Весьма важными являются условия о сроке пользования правами, территории их применения, размере вознаграждения и способах его определения. Принцип свободы договора позволяет сто-

ронам по соглашению установить любые оптимальные для них условия. Однако при отсутствии в авторском договоре условий о сроке, на который передается право, или о его территории применяются правила диспозитивных норм абз. 2 и 3 п. 1 ст. 31 ЗоАП. Так, если стороны не укажут в договоре срок, то договор может быть расторгнут автором, во-первых, лишь по истечении 5 лет с даты его заключения и, во-вторых, если пользователь будет письменно уведомлен об этом за 6 месяцев до расторжения договора. При отсутствии в договоре указания на территорию, на которую передается право, действие передаваемого права ограничивается территорией Российской Федерации. Правило о сроке расторжения договора направлено на обеспечение интересов пользователя (при очевидной незаинтересованности автора-правообладателя в ограниченном сроке передачи права). Правило о территории, напротив, в большей мере стоит на страже интересов правообладателя.

Действующее авторское законодательство не предусматривает применявшейся ранее жесткой регламентации определения размера вознаграждения в виде фиксированных денежных ставок за каждый авторский лист. В настоящее время вознаграждение определяется в авторском договоре в виде процента от дохода за соответствующий способ использования произведения (продажу книги, прокат кинофильма и т. п.) или,

если это невозможно осуществить в связи с характером произведения или особенностями его использования, в виде зафиксированной в договоре суммы либо иным способом (абз. 1 п. 3 ст. 31 ЗоАП). При установлении вознаграждения в форме фиксированной (паушальной) суммы в договоре должен быть установлен максимальный тираж произведения (книг, компакт-дисков, журналов и т. п.).

Превышение тиража (т. е. числа копий) будет рассматриваться как последующее издание или иное воспроизведение произведения, влекущее необходимость заключения нового договора и вознаграждения по нему.

Допускаемые абз. 2 п. 3 ст. 31 ЗоАП минимальные ставки вознаграждения установлены постановлением Правительства РФ от 21 марта 1994 г. № 218 "О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства"¹. Данным постановлением установлены минимальные ставки вознаграждения за публичное исполнение произведений, их воспроизведение в форме звукозаписи, за сдачу в прокат экземпляров звукозаписей (фонограмм) и видеофильмов, воспроизведение произведений изобразительного искусства и тиражирование в промышленности произведений декоративно-при-

кладного искусства. Минимальные размеры вознаграждения индексируются одновременно с индексацией минимальных размеров заработной платы. Практически данное правило применимо лишь к случаям определения минимальной ставки вознаграждения в твердой денежной сумме (а не в виде процента дохода от использования произведения).

В целях обеспечения прав и законных интересов творческих работников кинематографии, упорядочения расчетов между пра-вообладателями (киностудиями, продюсерами) и авторами кинематографических произведений постановлением Правительства РФ от 29 мая 1998 г. № 5241 утверждены минимальные ставки вознаграждения авторам кинематографических произведений, производство которых осуществлено до 3 августа 1992 г., за использование этих произведений путем передачи в эфир и по кабелю, воспроизведения (тиражирования) на всех видах материальных носителей и распространения (продажи, сдачи в прокат), а также путем их публичного показа. Минимальные ставки вознаграждения установлены в размере от 0,5 до 7 процентов от дохода, полученного правообладателем кинематографического произведения за каждый вид использования.

Ставка вознаграждения в размере 5,5 процентов установлена, в частности, для авторов художественного фильма, т. е. сценариста, режиссера-постановщика и автора музыкального произведения, специально созданного для данного фильма. 7 процентов выплачивается режиссеру документального или научно-популярного, а также режиссеру-постановщику мультипликационного фильма. Ставки в размере 0,5 процента предусмотрены для авторов других произведений, вошедших составной частью в художественный, мультипликационный, документальный или научно-популярный фильм.

Сбор и распределение вознаграждения осуществляются обладателем авторских прав либо организациями, управляющими имущественными правами авторов на коллективной основе в пределах полномочий, переданных этим организациям правообладателями, если иное не определено договором.

3. Форма авторского договора

Своеобразием отличается также форма авторского договора.

Во-первых, любой авторский договор независимо от его цены и порядка использования произведения должен заключаться в письменной форме. Исключение сделано лишь для авторских до-

1 РГ. 1998. 16 июля.

говоров об использовании произведений в периодической печати (п. 1 ст. 32 ЗоАП). Несоблюдение простой письменной формы договора лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение договора и его условий на свидетельские показания, хотя и не препятствует им приводить письменные и другие доказательства (п. 1 ст. 162 ГК). Такими доказательствами могут, в частности, служить протоколы переговоров о заключении договора, платежные ведомости о выплате авторского вознаграждения и

переписка с правообладателем по поводу получения экземпляра его произведения. Специальный порядок оформления договора допускается п. 2 ст. 32 ЗоАП для продажи экземпляров программ для ЭВМ и баз данных и предоставления массовым пользователям доступа к ним. Согласно п. 3 ст. 14 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" при продаже и предоставлении массовым пользователям доступа к программам для ЭВМ и базам данных "допускается применение особого порядка заключения договоров, например путем изложения типовых условий договора на передаваемых экземплярах программ для ЭВМ и баз данных".

На практике такие договоры называют оберточными лицензиями¹. Их условия печатаются на упаковке материального носителя программного продукта. Покупателя предупреждают, что, вскрыв упаковку, он вступает в договорные отношения с правообладателем на изложенных на упаковке условиях. Одним из этих условий является обязательство пользователя не воспроизводить и не распространять программный продукт без согласия правообладателя. Однако проконтролировать соблюдение пользователем данного обязательства практически весьма трудно, вследствие чего проблема договорного регулирования отношений по использованию авторских прав на программы для ЭВМ и базы данных из правовой трансформируется в сугубо этическую.

4. Авторский договор заказа

Самостоятельным видом договора, давно применяемым в сфере интеллектуальной деятельности, является авторский договор заказа.

1

По авторскому договору заказа автор обязуется создать I
произведение в соответствии с условиями договора и пе- I
редать его заказчику (п. 1 ст. 33 ЗоАП).

1 Подробнее об этом см.: Белое В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М. Интеллектуальная собственность. Законодательство и практика его применения. М, 1997. С. 281-282.

Авторский договор заказа является исключением из общего правила п. 5 ст. 31 ЗоАП, согласно которому "предметом авторского договора не могут быть права на использование произведений, которые автор может создать в будущем". Это единственное исключение, поскольку во многих других случаях исключительные права, хотя ими и пользуются другие лица (работодатели), изначально (в силу п. 2 ст. 14 ЗоАП) принадлежат работодателям. Речь идет о принадлежности работодателям в силу закона исключительных прав на все будущие произведения, которые лица, состоящие в трудовых отношениях, создадут в порядке выполнения своих служебных обязанностей или служебного задания работодателя.

Автор может приобрести исключительное право на свое служебное произведение, лишь если это будет предусмотрено в договоре между ним и работодателем, а также если в служебном порядке им будет создана энциклопедия, энциклопедический словарь, периодический или продолжающийся сборник научных трудов, газета, журнал и другое периодическое издание. Исключительные права на использование таких изданий принадлежат работодателю. Однако авторы включенных в них произведений сохраняют исключительные права на использование своих произведений независимо от издания в целом (п. 4 ст. 14, п. 2 ст. 11 ЗоАП).

Предметом авторского договора заказа является обязательство автора создать произведение - написать пьесу, сценарий кинофильма, учебное пособие и т. п. (литературный заказ), нарисовать портрет (художественный заказ) и т. д., а также передать исключительные права на него заказчику. По договору литературного заказа автор обычно подготавливает и согласовывает с заказчиком творческую заявку (краткое описание содержания будущего произведения), служащую неотъемлемой частью договора и базой оценки законченного произведения. Как в любом договоре, в авторском договоре заказа предусматриваются сроки создания произведения и передачи его заказчику, порядок принятия и одобрения произведения, а также размер авторского вознаграждения. Хотя в целом к авторскому договору заказа применимы общие условия авторского договора, совокупность этих условий не может не обладать спецификой. В авторском договоре заказа необходимо подробно описать вид, жанр,

форму, объем, структуру и другие свойства заказываемого произведения, порядок и способы будущего использования заказчиком как произведения в целом, так и его самостоятельных частей. Во избежание конфликтов необходимо указать характер условий передачи прав (исключительные - неисключительные).

Содержание договора образуют права и обязанности сторон. Автор обязуется создать произведение, отвечающее согласованным в договоре условиям, и передать его в установленный срок заказчику комплектно и в надлежащей форме, в том числе электронной, на магнитном носителе (дискете) в оговоренных текстовых редакторах. Кроме того, автор обязан в согласованный с заказчиком срок исправлять и дорабатывать произведение с учетом обоснованных замечаний и пожеланий заказчика, не нарушать его исключительных прав на использование произведения. Со своей стороны, заказчик обязан соблюдать личные неимущественные права автора (на имя, на защиту авторской репутации), не вносить без письменного согласия автора никаких изменений в произведение.

Основным правом заказчика служит право на использование созданного произведения, в том числе его воспроизведение, распространение, импорт, перевод и иную переработку на обусловленной договором территории. Главным правом автора является право на вознаграждение. Оно может определяться в фиксированной (паушальной) сумме, в виде процента дохода от продажи экземпляров будущего произведения (роялти) или в форме комбинации того и другого вида вознаграждения. Вознаграждение устанавливается в рублях или в рублевом эквиваленте условных единиц, например долларов США.

Заказчик обязан в счет обусловленного договором вознаграждения выплатить автору аванс в размере, порядке и сроки, согласованные сторонами (п. 2 ст. 33 ЗоАП). Аванс также может выплачиваться единовременно или по частям. Важно лишь, чтобы он был выплачен до начала использования произведения и выплаты вознаграждения с учетом полученного заказчиком дохода¹.

5. Ответственность по авторскому договору

Важные особенности присущи ответственности сторон по авторским договорам.

Поскольку данные договоры являются видами гражданско-правовых договоров, их участники отвечают за нарушение принятых обязательств по общим нормам ст. 393-406 ГК, а также ст. 15 ГК о возмещении убытков, если иное не диктуется особенностями предмета этих договоров. Поэтому специальная норма п. 1 ст. 34 ЗоАП обязывает сторону, не исполнившую или ненадлежащим образом исполнившую обязательства по автор-

1 Образец договора на получение авторских прав на создаваемую по заказу программу для ПЭВМ см.: Белов ВБ., Виталиев Г Б., Денисов Г.М. Указ. соч. С 271-280.

скому договору, возместить все убытки, причиненные другой стороне, включая упущенную выгоду. Вместе с тем п. 2 ст. 34 ЗоАП предусматривает ограниченную ответственность автора за непредставление заказного произведения в соответствии с условиями договора. Поскольку в сфере интеллектуальной деятельности нередко случается такое явление, как "творческая неудача", при непредставлении произведения на автора возлагается обязанность возместить только реальный ущерб, причиненный заказчику. Обычно это выражается в возврате автором заказчику полученного аванса. Разумеется, ограниченная ответственность не применяется, если автор умышленно не передает заказчику надлежащее созданное произведение или передает его другому лицу. Подобные действия автора могут повлечь расторжение договора и возмещение убытков заказчика в полном объеме.

1. Договор на использование произведения, удостоенного награды на публичном конкурсе

Своеобразный порядок договорного использования установлен для произведения, созданного в рамках публичного конкурса. Если предметом такого конкурса являлось создание произведения науки, литературы или искусства и условиями конкурса не было предусмотрено иное, организатор конкурса приобретает имущественное право на заключение с автором произведения, удостоенного обусловленной награды, договора об использовании произведения с выплатой ему за это соответствующего вознаграждения (ст. 1060 ГК). Это правило является исключением из общего принципа

свободы договора (абз. 1 п. 1 ст. 421 ГК), вызванным специфическими условиями создания предмета договора и допускаемым абз. 2 п. 1 ст. 421 ГК.

1. 2. Договоры о передаче смежных прав 1. Общие положения

Закрепляемые за исполнителями, производителями фонограмм, организациями эфирного и кабельного вещания смежные права передаются пользователям объектов их прав на договорной основе. В отличие от авторских правоотношений договорные отношения в сфере смежных прав носят более сложный характер. Они органически связаны друг с другом и с авторскими правоотношениями. В данной сфере одновременно должны уступаться по договорам разрешения на использование как постановок, исполнений и передач, так и охраняемых авторским правом исполняемых (записываемых, передаваемых) произведений. Производитель фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания осуществляют свои смежные права лишь в пределах прав, полученных по договору с исполнителем и автором произведения, записанного на фонограмме или передаваемого в эфир либо по кабелю. Точно так же передача по договору разрешения на использование постановки не отменяет необходимости получения договорного разрешения у других участвующих в ней исполнителей, а также у автора исполняемого произведения (п. 2 ст. 36 ЗоАП).

2. Договоры о передаче исключительных исполнительских прав

Передачу по договорам другим лицам (пользователям) исключительных прав исполнителя предусматривают п. 4 и 7 ст. 37 ЗоАП. Предметом договора служит разрешение пользователю:

1. осуществлять передачу исполнения или постановки в эфир и сообщение его для всеобщего сведения по кабелю;

- записывать ранее не записанные исполнение или постановку;
- воспроизводить их запись;

1. передавать сделанную первоначально в некоммерческих целях запись в эфир или по кабелю;

2. сдавать в прокат опубликованную в коммерческих целях фонограмму с участием исполнителя.

Все разрешения выдаются самим исполнителем, а при исполнении коллективом исполнителей - руководителем такого коллектива. Договор заключается в письменной форме.

Своеобразный порядок осуществления прав исполнителя применяется при заключении договора на запись исполнения или постановки на фонограмму в случае последующей передачи исполнения или постановки или проведения записи в этих целях организациями эфирного или кабельного вещания, а также при создании аудиовизуального произведения. Так, при заключении договора на запись исполнения или постановки право сдавать в прокат опубликованную в коммерческих целях фонограмму переходит к производителю фонограммы, а исполнитель сохраняет право на вознаграждение за сдачу в прокат экземпляров такой фонограммы (п. 2 ст. 37, ст. 39 ЗоАП).

Если в договоре исполнителя с вещательной организацией прямо предусмотрены необходимые разрешения на последующие передачи исполнения или постановки, осуществление записи для передачи и воспроизведение такой записи данной организацией (пп. 1-3 п. 2 ст. 37 ЗоАП), то дополнительных разрешений на эти действия вообще не требуется (п. 5 ст. 37 ЗоАП). Наконец, если исполнитель участвует в создании аудиовизуального произведения,

то, заключая договор с изготовителем этого произведения на его создание, он предоставляет изготовителю свое исключительное право на использование аудиовизуального произведения, закрепленное в пп. 1-4 п. 2 ст. 37 ЗоАП. При этом права на отдельное использование изготовителем звука или изображения, зафиксированных в аудиовизуальном произведении, исполнитель не передает.

По договору о передаче исполнительских прав стороны приобретают взаимные права и обязанности. Взамен права на использование исполнения или постановки в обусловленной форме пользователь уплачивает исполнителю вознаграждение за каждый вид использования (абз. 3 п. 1 ст. 37 ЗоАП). Размер вознаграждения определяется по соглашению сторон. Если размер вознаграждения не установлен

соглашением сторон, то он в случае спора может быть установлен по правилам п. 3 ст. 424 ГК - как вознаграждение, которое при сравнимых обстоятельствах обычно уплачивается за передачу аналогичных прав. В случае же сдачи фонограммы исполнения в прокат (пп. 5 п. 5 ст. 37 ЗоАП) вознаграждение в виде сумм за прокат распределяется между ее производителем и исполнителем поровну (п. 2 ст. 39 ЗоАП). Закон не устанавливает максимального размера исполнительского вознаграждения. Он определяет лишь минимальные размеры. Постановлением Правительства РФ от 17 мая 1996 г. № 614 "О ставках вознаграждения исполнителям за некоторые виды использования исполнения (постановки)"¹ утверждены подобные ставки рекомендательного характера.

1. Договоры о передаче исключительных прав производителя фонограммы
Как и в договорах о передаче исполнительских прав, в данных договорах предметом является разрешение пользователю воспроизводить фонограмму (т. е. изготовлять ее экземпляры); переделывать или любым иным способом перерабатывать ее; распространять экземпляры фонограммы (продавать, сдавать в прокат и т. д.; импортировать экземпляры фонограммы в целях распространения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения производителя этой фонограммы). Право на распространение экземпляров фонограммы путем сдачи их в прокат может быть передано пользователю только по его договору с производителем фонограммы независимо от того, кому принадлежит право собственности на эти экземпляры (абз. 2 п. 3 ст. 38 ЗоАП).

¹СЗ РФ. 1996. №21. Ст. 2529.

По договору о передаче фонограммных прав производитель имеет право на вознаграждение за каждый вид использования фонограммы. Это право имеют также производители фонограмм, опубликованных в коммерческих целях и используемых в силу п. 1 ст. 39 ЗоАП без согласия как ее производителя, так и исполнителя. Однако порядок определения размера вознаграждения и его выплаты различаются. Обычно вознаграждение определяется соглашением сторон с учетом (при необходимости) минимальных размеров, установленных рекомендательными нормами постановления Правительства РФ от 17 мая 1996 г. № 614 "О ставках вознаграждения исполнителям за некоторые виды использования исполнения (постановки)". Вознаграждение же за использование опубликованной коммерческой фонограммы путем ее публичного исполнения (с эстрады, на дискотеке, в ресторане, баре, кинотеатре и т. д.), передачи в эфир или по кабелю собирается, распределяется и выплачивается одной из организаций, управляющих правами производителей фонограмм и исполнителей на коллективной основе (ст. 44 ЗоАП) в соответствии с соглашением между этими организациями¹. При отсутствии иной договоренности указанное вознаграждение распределяется между производителем фонограммы и исполнителем поровну. Размер вознаграждения и условия его выплаты определяются соглашением между пользователем фонограммы или объединениями (ассоциациями) таких пользователей, с одной стороны, и организациями, управляющими правами производителей фонограмм и исполнителей, с другой стороны, а в случае, если стороны не достигнут соглашения, - специально уполномоченным органом Российской Федерации. Пользователи фонограмм должны представлять организации, выплачивающей вознаграждение, программы с точными сведениями о количестве использований фонограммы, а также иные сведения и документы, необходимые для сбора и распределения вознаграждения (п. 3, 4 ст. 39 ЗоАП).

1. Договоры о передаче прав организаций эфирного и кабельного вещания
Обладая исключительным правом на передачу, организация эфирного вещания вправе разрешать другой организации одновременно ретранслировать свою передачу в эфир, сообщать ее по кабелю, записывать и воспроизводить запись передачи, а также в коллективном, управлении имущественными авторскими и смежными правами см. § 3 гл. 39 разд. XI настоящего учебника.

сообщать передачу для всеобщего сведения в местах с платным входом. Хотя в ст. 40 ЗоАП, в отличие от ст. 37 и 38, не упоминается слово "договор", все эти разрешения оформляются договорами организации эфирного вещания с пользователями. Предметом этих договоров обычно служит параллельная трансляция другой

вещательной организацией передачи либо аналогичное сообщение ее передачи для всеобщего сведения по кабелю. Помимо эфирной или кабельной ретрансляции предметом договоров может выступать запись передачи или ее воспроизведение. Самостоятельный предмет договора - публичное платное прослушивание или просмотр передачи.

Предметом договоров на использование передач организации кабельного вещания в силу п. 2 ст. 41 ЗоАП может являться разрешение другой организации на одновременное сообщение передачи по кабелю, передачу ее в эфир, на запись передачи, ее воспроизведение либо на сообщение передачи для всеобщего сведения в местах с платным входом, т. е. для публичного прослушивания или просмотра. Как права организаций кабельного вещания, так и их предоставление пользователям по договору идентичны правам и договорной форме их передачи организацией эфирного вещания. При этом договорное использование смежных прав на передачи тех и других вещательных организаций осуществляется за вознаграждение.

1. 3. Коллективное управление имущественными авторскими и смежными правами

1. Понятие коллективного управления авторскими и смежными правами

Поскольку практическое осуществление каждым обладателем своих имущественных авторских или смежных прав в индивидуальном порядке может представлять значительные трудности, закон предусматривает возможность создания в этих целях организаций, управляющих данными правами на коллективной основе (далее - управляющих организаций). Главной целью такого гражданско-правового управления является обеспечение имущественных прав авторов, исполнителей, производителей фонограмм и иных правообладателей при публичном исполнении произведений, в том числе на радио и телевидении, воспроизведении их путем механической, магнитной и иной записи, репродуцировании и в других случаях. Управляющие организации создаются непосредственно обладателями авторских и смежных прав и действуют в пределах

полученных от них полномочий на основе устава, утвержденного в установленном законодательством порядке.

Необходимость в коллективном управлении особенно велика применительно к таким видам произведений, как песни, эстрадные, цирковые и тому подобные номера и фонограммы, проследить широкое использование которых в масштабах территории всей России отдельным правообладателям не под силу. Это касается любых форм использования произведений - их публичного исполнения, показа, записи и репродуцирования, включая ксерокопирование. В некоторых случаях реализация отдельных авторских и смежных прав вообще допускается только в рамках коллективного управления. Так, обладатели исключительных авторских и смежных прав, будучи лишены исключительных прав на воспроизведение авторского произведения в личных целях (ст. 26 ЗоАП) и на использование коммерческой фонограммы (ст. 39 ЗоАП), имеют право на вознаграждение за такое использование. Это вознаграждение может быть получено ими лишь через систему коллективного управления имущественными правами.

Создателями управляющих организаций могут быть только субъекты авторских и смежных прав - как первоначальных (авторы, их работодатели, исполнители и др.), так и производных (наследники авторов и другие правопреемники обладателей первоначальных прав в силу закона или договора). Допускается создание либо отдельных организаций по различным правам и различным категориям обладателей прав, либо организаций, управляющих разными правами в интересах различных категорий правообладателей, либо одной организации, одновременно управляющей авторскими и смежными правами.

2. Управляющие организации

Организации, управляющие имущественными правами на коллективной основе, в силу п. 1 ст. 45 ЗоАП "не вправе заниматься коммерческой деятельностью". По целям своей деятельности они в соответствии с п. 1 ст. 50 ГК относятся к некоммерческим организациям. Однако согласно абз. 2 п. 3 ст. 50 ГК и абз. 1 п. 2 ст. 24 Закона РФ от 12 января 1996 г. "О некоммерческих организациях"¹ некоммерческие организации могут осуществлять предпринимательскую деятельность при двух условиях: если это служит

достижению целей, ради которых они созданы, и соответствует этим целям. Таким образом, управляющие организации в порядке

1 РГ. 1996.12 янв.

исключения могут извлекать прибыль, но они не вправе распределять ее между участниками.

Другая особенность правового статуса управляющих организаций заключается в том, что по отношению к их деятельности согласно абз. 2 п. 1 ст. 45 ЗоАП не применяются антимонопольные ограничения, предусмотренные, в частности, абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК и Законом РСФСР от 22 марта 1991 г. "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (в редакции Законов РФ от 25 мая 1995 г. и 6 мая 1998 г.)¹. Число членов и сфера деятельности управляющих организаций законом не ограничивается.

В настоящее время созданы такие управляющие организации, как Российское авторское общество (РАО), чей устав зарегистрирован в Министерстве юстиции РФ 30 сентября 1993 г. (№ 1932), Российское общество по смежным правам (РОСП), Российская фонографическая ассоциация (РФА), Российское общество по управлению правами исполнителей (РОУПИ) и Российское общество правообладателей в аудиовизуальной сфере (РОПАС). Согласно п. 1 Устава РАО это общество является общественным объединением авторов или их правопреемников. Оно действует на принципах индивидуального членства. Основными целями РАО являются реализация и защита авторских прав.

В функции управляющей организации входит:

1. согласование с пользователями размера вознаграждения, других лицензионных условий и предоставление лицензий пользователям;
2. согласование с пользователями размера вознаграждения в случаях, когда организация занимается его сбором без выдачи лицензий (в силу п. 2 ст. 26, п. 2 и 3 ст. 39 ЗоАП);

• сбор вознаграждения;

1. распределение и выплата собранного вознаграждения обладателям авторских и смежных прав;
2. совершение любых юридических действий по защите управляемых прав.

Поскольку управляющие организации являются представителями субъектов авторских и смежных прав, они обязаны одновременно с выплатами вознаграждения представлять правообладателям отчеты со сведениями об использовании их прав. При этом управляющая организация вправе вычитать из собранного вознаграждения суммы на покрытие своих фактических расходов по сбору, распределению и выплате вознаграждения.

¹ ВВС РФ. 1991. № 16. Ст. 499; СЗ РФ. 1995. № 22. Ст. 1977; РГ. 1998.12 мая.

3. Осуществление коллективного управления правами

Обладатели авторских и смежных прав добровольно на основе письменных договоров передают управляющим организациям полномочия на коллективное управление имущественными правами. На управление исключительными правами иностранных субъектов полномочия передаются по соответствующим договорам с иностранными управляющими организациями. Договоры на коллективное управление не являются авторскими, и на них не распространяются положения ст. 30-34 ЗоАП. По своей правовой природе они ближе к договорам доверительного управления имуществом (ст. 1012-1026 ГК), коммерческой концессии ("франчайзинга") (ст. 1027-1040 ГК), поручения (ст. 971-979 ГК) или агентскому договору представительского характера (ст. 1005-1011 ГК).

Любой автор, его наследник или иной обладатель авторских и смежных прав может передать по договору осуществление своих имущественных прав управляющей организации, а организация обязана принять на себя осуществление этих прав, если управление ими относится к ее уставной деятельности. При этом организация не вправе осуществлять использование полученных для управления объектов авторских и смежных прав.

На основе договорных полномочий управляющая организация предоставляет лицензии пользователям на соответствующие способы применения произведений и объектов

смежных прав. Условия таких лицензий должны быть одинаковыми для всех пользователей одной категории, и организация не вправе отказать пользователю в выдаче лицензии без достаточных на то оснований. Вместе с тем правообладатели не могут напрямую улаживать свои споры с пользователями объектов их прав. Все их имущественные претензии к пользователям должны быть урегулированы организацией, предоставляющей такие лицензии.

Дополнительная литература

Гаврилов Э.П. Комментарий Закона об авторском праве и смежных правах. М., 1996. С. 134-153, 165-217;

Дозорцев В.А. Авторский договор и его типы // СГиП. 1977. № 2; Зенин И.А. Гражданское право Российской Федерации. Учебно-практическое пособие. М., 1999 (разд. 1.5);

Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1996 (гл. 6, 7);

Чернышева С.А. Авторский договор в гражданском праве России. М., 1996;

Юрченко А.К. Издательский договор. Л., 1998.

Глава 40. Патентно-лицензионные договоры

§ 1. Договор об уступке патента

1. Понятие и содержание договора об уступке патента

Исключительные патентные права на объекты промышленной собственности могут быть переданы полностью или частично. Правовой формой передачи исключительных прав является договор об уступке патента. Патентообладатель может уступить полученный патент любому физическому или юридическому лицу. Договор об уступке патента подлежит регистрации в Патентном ведомстве. Без регистрации договор считается недействительным (п. 6 ст. 10 Патентного закона). Патент уступается по договору на оставшийся срок его действия. Продолжительность срока зависит от времени заключения договора: чем позже заключается договор после выдачи патента, тем короче этот срок.

Целью заключения договора об уступке патента может служить желание приобретателя иметь в своих руках как можно больше прав на использование определенных технических и иных достижений. Мощные промышленные, строительные и другие фирмы, скупая патенты на отдельные достижения, добиваются высокого качества и привлекательности выпускаемых ими товаров, строящихся объектов и надежности технологии их производства. С другой стороны, некоторые патентообладатели, например научно-исследовательские, конструкторские и тому подобные организации, не занимающиеся промышленным использованием результатов своих разработок, приобретают патенты с намерением их последующей выгодной уступки производственным структурам.

Существенными условиями договора об уступке патента на объект промышленной собственности являются его предмет, т. е. передача патента как документа, удостоверяющего приоритет, авторство на объект и исключительное право на его использование, а также условие о вознаграждении патентообладателя за уступку патента. Поскольку по договору об уступке патента передается патент не как вещь, а как юридический документ, удостоверяющий совокупность исключительных прав патентообладателя, в договоре об уступке патента не описываются размеры патентной грамоты и плотность бумаги, на которой она изображена, а указываются фамилия имя и отчество или наименование патентообладателя, название объекта прав, номер патента и дата приоритета объекта.

Если патентообладателем и (или) покупателем патента являются юридические лица, отмечаются имена (наименования) представляющих их лиц и документы, на основании которых выступают представители (устав, доверенность и т. п.). Так как целью договора служит передача всех исключительных прав, удостоверяемых патентом, в договоре должно быть четко выражено согласие патентообладателя

уступить покупателю за вознаграждение патент и согласие покупателя приобрести данный патент на условиях договора.

Целью регистрации договора об уступке патента является пресечение возможных злоупотреблений патентообладателя в форме многократной продажи одного и того же патента. Условие договора об определении размера и порядке выплаты вознаграждения за уступку патента не нуждается в такой регистрации и поэтому может быть предусмотрено сторонами в отдельном соглашении. Такой порядок позволяет сторонам соблюсти в случае необходимости допускаемую законом коммерческую тайну одного из существенных условий своей сделки.

2. Вознаграждение за уступку патента

Вознаграждение за уступку патента может выплачиваться в форме либо единовременной твердой (паушальной) суммы, либо текущих платежей в виде части прибыли, получаемой покупателем от использования объекта патентных прав (роялти), либо сочетания паушальной суммы и роялти. Паушальная сумма обычно выплачивается в установленный срок после регистрации договора в Патентном ведомстве путем перевода вознаграждения на счет патентообладателя. Роялти уплачивается за каждый последующий (после первого года) год использования объекта промышленной собственности.

За неперечисление паушального вознаграждения договором может быть установлена неустойка в виде определенного процента от его суммы. При длительной просрочке патентообладатель вправе потребовать расторжения договора и возмещения убытков в полном объеме, включая реальный ущерб и упущенную выгоду. В состав реального ущерба можно включить и все расходы, связанные с юридическим обслуживанием работ по подготовке проектов договоров об уступке патента и об определении размера и порядке выплаты вознаграждения за уступку патента.

Если договором предусматривается уплата роялти, в договор по желанию патентообладателя может быть включена обязанность покупателя по поддержанию в силе уступленного патента. В целях стимулирования покупателя к активному использованию па-

тента в договоре в этом случае целесообразно также предусмотреть ответственность покупателя по возмещению убытков патентообладателя, возникших вследствие как неперечисления роялти, так и неподдержания в силе уступленного патента.

1. 2. Лицензионные договоры о передаче исключительных прав на объекты промышленной собственности

1. Понятие лицензионного договора

В отличие от договора об уступке патента, в рамках лицензионных договоров происходит частичная передача исключительных патентных прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы. Отдельные типы данных договоров делятся на виды и разновидности по содержанию объектов передаваемых прав. К примеру, в лицензиях на изобретения можно выделить лицензионные договоры на устройства, способы, вещества, штампы и т. д.

Важным критерием разделения договоров патентной лицензии на виды является объем передаваемых прав. По этому критерию различают лицензии исключительные и неисключительные. Существуют и другие основания классификации патентно-лицензионных договоров.

Договор патентной лицензии - это соглашение о предоставлении лицензии. Под лицензией понимается передача обладателем исключительного права третьим лицам в установленном порядке и на определенных условиях принадлежащего ему права на использование охраняемого объекта (изобретения, полезной модели, промышленного образца).

По лицензионному договору обладатель исключительного права (лицензиар) передает право на использование охраняемого объекта другому лицу (лицензиату), а последний принимает на себя обязанность вносить лицензиару обусловленные договором платежи и осуществлять другие действия, предусмотренные договором.

Лицензионный договор имеет черты сходства с традиционными договорами купли-продажи и найма. Вместе с тем договор патентной лицензии как купля-продажа (на время) права использования охраняемого объекта отличается и от купли-продажи, и

от аренды вещей. К правовой природе и предмету патентно-лицензионного договора применимы специфические характеристики, отмечавшиеся ранее (§ 3 гл. 38 разд. XI настоящего учебника) в отношении всех договоров о передаче исключительных прав.

2. Виды лицензионных договоров

В зависимости от наличия патентно-правовой охраны различаются, в частности, лицензии патентные и беспатентные (когда по заявке патент еще не выдан, но уже имеется решение о его выдаче). Наряду с возмездными существуют лицензии, передаваемые лицензиату бесплатно. По другим основаниям различают обязательные, открытые и принудительные лицензии. Наибольшее практическое значение имеют исключительные (в том числе полные) и неисключительные лицензии.

Обязательная лицензия выдается в случае, если патентообладатель не может использовать объект вследствие того, что в нем используется охраняемое патентом изобретение другого лица. В таком случае патентообладатель вправе требовать от последнего предоставления лицензии на использование его изобретения на договорных условиях.

Открытая лицензия - официально публикуемое Патентным ведомством безотзывное заявление патентообладателя о предоставлении любому лицу права на использование охраняемого объекта. При наличии такого заявления лицо, изъявившее желание использовать объект, заключает с патентообладателем не лицензионный договор (со всеми его реквизитами), а лишь договор о платежах. В целях поощрения патентообладателей к предоставлению открытых лицензий пошлина за поддержание в силе соответствующих патентов снижается на 50%.

При неиспользовании или недостаточном использовании патентообладателем изобретения либо промышленного образца в стране в течение четырех лет, а полезной модели - в течение трех лет с даты публикации сведений о выдаче патента лицо, желающее и готовое использовать охраняемый объект, в случае отказа патентообладателя от заключения лицензионного договора может обратиться в Высшую патентную палату Российской Федерации с ходатайством о предоставлении ему принудительной лицензии с указанием пределов использования объекта, размера, сроков и порядка платежей. Принудительная лицензия предоставляется, если патентообладатель не докажет, что неиспользование или недостаточное использование объекта было обусловлено уважительными причинами.

Исключительная лицензия - один из наиболее распространенных видов патентных лицензий. Предметом данной лицензии является исключительное право на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца в пределах,

огороженных сторонами, с сохранением за лицензиаром права на использование объекта лишь в части, не передаваемой лицензиату. В этой части лицензиар вправе как сам использовать охраняемый объект, так и передавать право использования другим лицензиатам.

Пределы (рамки, ограничения) исключительной лицензии касаются: срока, территории либо способа использования охраняемого объекта. Например, лицензиат может приобрести право использовать изобретение сроком на семь лет всеми способами только на территории Москвы.

Однако лицензиат может получить исключительное право и на территории всей страны, но только на изготовление либо применение, ввоз, предложение к продаже, продажу или иное введение в коммерческий оборот продукта, содержащего запатентованное изобретение, а также на применение способа, охраняемого патентом. Возможна и любая другая комбинация указанных факторов (т. е. срока, территории и способов применения изобретения).

В рамках исключительной лицензии могут устанавливаться также квоты на выпуск запатентованных изделий, предельные цены на произведенную по лицензии продукцию и другие условия, очерчивающие границы исключительных прав как лицензиата, так и лицензиара.

Неисключительная лицензия отличается от исключительной тем, что она никак не связывает лицензиара. Он вправе как сам использовать охраняемый объект в пределах

и способами, на которые он выдал неисключительную лицензию, так и предоставлять аналогичные лицензии любым третьим лицам. Поскольку подобная лицензия не создает лицензиату сильной конкурентной позиции в сфере, к которой относится объект промышленной собственности, ее цена обычно бывает значительно ниже цены исключительной лицензии.

По договору полной лицензии лицензиат получает на определенный срок право монопольного использования охраняемого объекта. Этот договор от уступки патента фактически отличает лишь срок. По истечении обусловленного договором срока все права на объект вновь имеет сам патентообладатель.

Сублицензии вправе выдавать лишь владельцы исключительных, в том числе полных, лицензий. В случае признания недействительной или истечения срока действия основной лицензии сублицензия также автоматически теряет силу¹.

¹См Штумпф Г Лицензионный договор М, 1988 С 141

3. Содержание лицензионного договора

Лицензионный договор составляется в письменной форме. Это двусторонний, консенсуальный и, как правило, возмездный договор. Договор о выдаче лицензии, как и договор об уступке патента, действителен лишь при условии его регистрации в Патентном ведомстве.

В лицензионном договоре основное право лицензиара - право на получение лицензионного вознаграждения, размер которого определяется в виде:

- твердой (паушальной) суммы;
- 1. периодических процентных отчислений от прибыли лицензиата (роялти);
- паушальной суммы и роялти.

Лицензиар обязан обеспечить реальное осуществление передаваемых прав, для чего передать (за дополнительную плату) необходимую документацию, образцы изделий, оказать лицензиату техническую и другую помощь, командировать своих специалистов, поставить специальное оборудование, комплектующие узлы, детали и сырье. Передача технической документации оформляется двусторонним прямо-сдаточным актом.

Поскольку предметом лицензионного договора является предоставление лицензиату только исключительного права использования объекта промышленной собственности, передача по договору технической документации, образцов изделий и опыта лицензиара, по существу, служит формой снабжения лицензиата конфиденциальной информацией, т. е. ноу-хау. Иными словами, лицензионный договор фактически на практике зачастую является смешанным договором, содержащим элементы различных договоров (п. 3 ст. 421 ГК) - договора патентной лицензии и договора о передаче ноу-хау. На практике такие договоры обычно именуют смешанными лицензиями.

Лицензиар должен обеспечить сохранение в силе патента, на основе которого предоставлена лицензия (уплачивать пошлины, защищать патент в случае его оспаривания третьими лицами), и техническую осуществимость производства продукции по лицензии, а также возможность достижения показателей, предусмотренных договором, при условии полного соблюдения лицензиатом технических условий и инструкций лицензиара.

Лицензиат вправе требовать исполнения лицензиаром его обязанностей и сам обязан выплачивать последнему обусловленное договором вознаграждение. Договором может быть предусмотрена обязанность лицензиата обеспечить банковские гарантии выплаты и гарантированные минимальные суммы вознаграждения на случай неиспользования объекта лицензии. Кроме того, лицензиат должен выпускать продукцию не ниже того качества, что у лицензиара, рекламировать объект лицензии, поскольку от этого зависит объем реализации патентованных изделий, а следовательно, и размер роялти, идущих лицензиару в качестве вознаграждения.

В течение срока действия лицензионного договора стороны обязаны незамедлительно информировать друг друга о всех произведенных ими усовершенствованиях и улучшениях, касающихся патентов, продукции, выпускаемой по лицензии, и специальной продукции. Специальной признается продукция, дополнительно разработанная лицензиатом с использованием охраняемых патентами объектов. Обычно указанные усовершенствования и улучшения в первую очередь предлагаются

сторонами друг другу на дополнительно согласованных ими условиях (возмездно или безвозмездно).

Обеспечение конфиденциальности. Конфиденциальность - соблюдение лицензиаром и лицензиатом мер по предотвращению случайного или умышленного разглашения сведений, касающихся патентов, третьим лицам. Обычно стороны обязуются сохранять конфиденциальность технической документации и информации, относящихся к производству продукции по лицензии и специальной продукции, а также принимают все необходимые меры для предотвращения их разглашения. В случае нарушения данного обязательства стороны возмещают друг другу причиненные этим убытки.

1. 3. Договоры о передаче прав на средства индивидуализации товаров

1. Договор об уступке товарного знака

Товарный знак (кроме коллективного) может быть уступлен его владельцем по договору юридическому или физическому лицу (зарегистрированному в качестве предпринимателя) в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован. Уступка товарного знака не допускается, если она может явиться причиной введения в заблуждение потребителя относительно товара или его изготовителя.

2. Лицензионный договор на использование товарного знака

Право на использование товарного знака может быть предоставлено его владельцем (лицензиаром) другому лицу (лицензиату) также по лицензионному договору. Этот договор может содержать условие о том, что качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия. Данная оговорка преследует цель защиты как деловой репутации лицензиара, так и его имущественных интересов и интересов потребителей, ориентирующихся при выборе товара на хорошо зарекомендовавший себя товарный знак.

Договор об уступке товарного знака и лицензионный договор подлежат регистрации в Патентном ведомстве. Без этой регистрации они считаются недействительными.

3. Передача исключительных прав

по договору продажи (аренды) предприятия

Право использования товарного знака, как и другие исключительные права, могут быть переданы также в рамках договора коммерческой концессии (договор франчайзинга) и договора продажи (аренды) предприятия.

Передачу исключительных прав по договору продажи предприятия как имущественного комплекса предусматривает ст. 559 ГК. В силу п. 2 данной статьи права на фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и другие средства индивидуализации продавца и его товаров, работ или услуг, а также принадлежащих ему на основании лицензий права использования таких средств индивидуализации переходят к покупателю предприятия, если иное не предусмотрено договором. Хотя об этом не говорится в п. 2 ст. 559 ГК, передача исключительных прав на товарные знаки и объекты патентных прав подлежит регистрации в Патентном ведомстве. Передачу прав на обозначения, индивидуализирующие деятельность предприятия, и другие исключительные права по договору аренды предприятия предусматривает п. 1 ст. 656 ГК.

Дополнительная литература

Вельфромут. Образец патентно-лицензионного договора. М., 1967; Зенин И.А.

Товарно-денежная форма научно-технической продукции// Вопросы изобретательства. 1989. № 7;

Иванов И.Д., Сергеев Ю.А. Патенты и лицензии в международных экономических отношениях. М., 1966;

Как защитить интеллектуальную собственность в России. Правовое и экономическое регулирование: справочное пособие / Под ред. А.Д. Корчагина. М., 1995 (разд. IX, приложение 1);

Международная передача технологии: правовое регулирование / Отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1985;

Правовая охрана интеллектуальной собственности. Учебное пособие / Под ред. В.Н.

Дементьева. М., 1995 (гл. 9); СвядосцЮ.И. Лицензионный договор. М., 1979; Штумпф Г. Лицензионный договор. М., 1988.

Глава 41. Договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, на передачу научно-технической продукции и ноу-хау

§ 1. Договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (НИР и ОКР)

1. Понятие договоров на выполнение НИР и ОКР

Договоры на выполнение НИР и ОКР являются важными гражданско-правовыми формами организации процессов как использования, так и создания многих научно-технических результатов. По договору на выполнение научно-исследовательских работ (НИР) исполнитель обязуется провести обусловленные техническим заданием заказчика научные исследования, а по договору на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ (ОКР) - разработать образец нового изделия, конструкторскую документацию на него или новую технологию, а заказчик обязуется принять работу и оплатить ее.

Стороны договора на выполнение НИР и ОКР именуется, подобно сторонам в подрядных договорах, исполнителем и заказчиком. Сходство проявляется и в структуре договорных связей. При выполнении ОКР исполнитель вправе самостоятельно, если иное не предусмотрено договором, привлекать к его исполнению третьих лиц. К таким отношениям применяются правила о генеральном подрядчике и субподрядчике (ст. 706 ГК). Что касается научных исследований, то их специфика требует, чтобы исполнитель проводил их лично. Он вправе привлекать соисполнителей НИР только с согласия заказчика (п. 1 ст. 770 ГК).

Предметом договора на выполнение НИР является проведение научных изысканий, а договора на выполнение ОКР - разработка конструктивного решения изделия, создание образца изделия, воплощающего это решение, либо новых приемов, операций и методов работы, т. е. новой технологии.

В рамках договоров на выполнение НИР ведутся фундаментальные и поисковые теоретические исследования, выявляется принципиальная возможность постановки и решения практических задач. Прикладные НИР вплотную примыкают к работам конструкторского и технологического характера, но не совпадают с ними. ОКР, в отличие от НИР, преследуют цель решения сугубо утилитарных задач¹. Особенностью предмета договоров на выполнение НИР и ОКР является его обусловленность техническим заданием заказчика, которое, однако, нередко разрабатывается самим исполнителем. Техническое задание является документом, определяющим направление научно-исследовательской или конструкторской разработки. Нечеткость или необоснованность этого задания может привести к отрицательным последствиям для работы в целом либо к выполнению бесполезной работы. Поэтому заказчик обычно поручает разработку технического задания более сведущему в соответствующей области исполнителю, а затем согласовывает его в качестве основы проведения НИР и ОКР. Поскольку заказчик нередко заинтересован в конечном результате целого комплекса работ, договор с исполнителем может охватывать весь их цикл - от проведения исследований до опытно-конструкторских разработок и изготовления образца изделия.

Другие существенные условия договоров на выполнение НИР и ОКР являются либо традиционными, свойственными и другим договорам (наименование и место нахождения сторон, срок действия и т. п.), либо присущими только данному типу договоров (определение уровня будущих исследований и разработок, цены договоров, порядка сдачи и приемки результатов работ, расчетов за них в целом или по этапам). Формулирование каждого из этих условий требует согласованной работы многих служб исполнителя и заказчика. Необходимо учитывать технологический режим конкретной разработки, климатические факторы работы будущих изделий, сроки приобретения

научного оборудования, приборов и реактивов, создания специальных испытательных установок и стендов.

Важным условием любого договора является уровень будущего исследования или разработки. Он решается путем согласования сторонами технического задания, научных и экономических требований заказчика. Поскольку показатели уровня результатов будущих НИР и ОКР в силу самой их природы не могут не носить элемента неопределенности, стороны при их согласовании руководствуются не столько ГОСТами, ТУ или образцами, как, например, в договоре поставки товаров, сколько достигнутыми в той или иной области техники параметрами изделий - КПД машин, их

1 Подробнее об этом см.: Зенин И.А. Наука и техника в гражданском праве. М., 1977. С. 98-99.

мощностью, надежностью или скоростью либо запасом соответствующих научных знаний.

Высокая вероятность получения в ходе выполнения НИР и ОКР новых и коммерчески ценных знаний предопределяет включение в договор условия об обеспечении конфиденциальности сведений, касающихся как предмета договора и хода его исполнения, так и полученных результатов. В договоре должен быть определен объем сведений, признаваемых конфиденциальными. Правовой режим таких сведений в дальнейшем будет определяться нормами ст. 139 ГК о служебной и коммерческой тайне, т. е. ноу-хау.

К традиционным условиям договоров на выполнение НИР и ОКР, таким как сроки выполнения работ и их цена, а также к последствиям неявки заказчика за получением результатов работ применяются соответственно правила ст. 708, 709, 738 ГК, а к государственным контрактам на выполнение НИР и ОКР для государственных нужд - ст. 763-768 ГК.

1. Содержание и исполнение договоров на выполнение НИР и ОКР

Содержание договора на выполнение НИР и ОКР образуют права и обязанности исполнителя и заказчика. Исполнитель обязан:

1. выполнить работы в соответствии с согласованным с заказчиком техническим заданием и передать заказчику их результаты в предусмотренный договором срок;
2. своими силами и за свой счет устранять допущенные по его вине в выполненных работах недостатки, которые могут повлечь отступления от технико-экономических параметров, предусмотренных в техническом задании или в договоре;
3. немедленно информировать заказчика об обнаруженной невозможности получения ожидаемых результатов или нецелесообразности продолжения работы.

Заказчик обязан передавать исполнителю необходимую ему информацию, принять результаты работ и оплатить их. Договором может быть также предусмотрена обязанность заказчика согласовать с исполнителем программу (технико-экономические параметры) или тематику работ.

Вместе с тем на ряд существенных условий рассматриваемых договоров, их исполнение, права, обязанности и ответственность сторон накладывает заметный отпечаток специфика работ, непредсказуемость их результатов, идеальная природа последних и возможность установления на них исключительных прав.

В силу п. 4 ст. 769 ГК условия договоров должны соответствовать законам и иным правовым актам об исключительных правах (интеллектуальной собственности).

Исполнитель обязан согласовывать с заказчиком необходимость использования охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, принадлежащих третьим лицам, и приобретения прав на их использование. Он обязан также гарантировать заказчику передачу полученных по договору результатов, не нарушающих исключительные права других лиц (ч. 2, 5 ст. 773 ГК).

Выражением непредсказуемости НИР и ОКР служит возложение на заказчика риска случайной невозможности их исполнения (п. 3 ст. 769 ГК). Кроме того, если в ходе научно-исследовательских работ обнаружится невозможность достижения результатов по независящим от исполнителя обстоятельствам, на заказчика возлагается обязанность оплаты стоимости ранее проведенных работ в пределах соответствующей части их договорной цены.

Процесс продолжения ОКР может быть остановлен возникшей не по вине исполнителя

невозможностью или нецелесообразностью продолжения работ. И в этом случае заказчик обязан оплатить понесенные исполнителем затраты на опытно-конструкторские или технологические работы.

Одной из наиболее острых на практике является проблема прав сторон на охраноспособные результаты работ, в частности на изобретения. До введения в действие части второй ГК заказчики иногда претендовали на автоматический переход к ним исключительных прав на все охраноспособные результаты НИР и ОКР. Это противоречило авторскому и патентному праву. Поэтому ст. 772 ГК устанавливает право сторон использовать охраноспособные результаты НИР и ОКР в пределах и на условиях, предусмотренных договором. Лишь если иное не установлено договором, право использования подобных результатов переходит к заказчику, а исполнитель сохраняет право применять их только для собственных нужд.

Учитывая непредсказуемость результатов многих НИР и ОКР, п. 1 ст. 777 ГК устанавливает ответственность исполнителя только за вину (п. 1 ст. 401 ГК). Объем ответственности ограничен. По общему правилу исполнитель возмещает причиненные заказчику убытки лишь в пределах стоимости работ, в которых выявлены недостатки (если договором предусмотрено их возмещение в пределах общей стоимости работ по договору). Упущенная выгода возмещается, только если это предусмотрено договором.

§ 2. Договор на передачу научно-технической продукции

1. Понятие договора на передачу научно-технической продукции

С конца 80-х годов широкое распространение на практике получили договоры на создание (передачу) научно-технической продукции. Это было обусловлено проведением экономических реформ, необходимостью включения научно-технической сферы в свободные рыночные отношения.

Развитие рыночных отношений в сфере науки и техники привело к возрастанию роли договоров, в рамках которых не только производятся, но и распространяются и применяются новые научно-технические достижения. Эти достижения в практике и нормативных правовых актах стали именовать научно-технической продукцией и признавать товаром. К научно-технической продукции относятся законченные научно-исследовательские, проектные, конструкторские, технологические работы и услуги, изготовленные опытные образцы или опытные партии изделий, выполненные в соответствии с требованиями договора и принятые заказчиком.

Предметом договора на создание научно-технической продукции могут быть научно-исследовательские, проектные, конструкторские и технологические работы, работы по изготовлению, испытанию и поставке опытных образцов и партий изделий (продукции), другие работы по профилю деятельности научной организации. Иначе говоря, если предметом договора является создание научно-технической продукции, то он в значительной мере совпадает с рассмотренными в

§ 1 договорами на выполнение НИР и ОКР. Существенные отличия присущи договору, регулирующему отношения по передаче либо одновременно по созданию, передаче, освоению и использованию научно-технической продукции, а также по ее дальнейшему обслуживанию.

Поскольку договоры на выполнение НИР и ОКР в настоящее время урегулированы нормами ст. 769-778 ГК, интерес представляет лишь сформировавшаяся на базе ранее действовавших нормативных правовых актов практика применения договора на передачу научно-технической продукции. По данному договору само использование научно-технической продукции (в отличие, например, от исключительного права использования охраняемого патентом изобретения, передаваемого по лицензионному договору) не уступается и не оплачивается. Передаются лишь знания, овеществленные в технической документации и образцах техники, а также производственный опыт.

В качестве сторон по договору могут выступать любые субъекты гражданского права.

Чаще всего в этом качестве выступают коммерческие организации, а также учреждения, осуществляющие научную и научно-техническую деятельность и занимающиеся предпринимательской деятельностью.

В договоре на передачу научно-исследовательской продукции должны быть согласованы условия о его предмете (наименование научно-технической продукции); о

сроке действия договора; о сроке и порядке приемки научно-технической продукции; о цене; о конфиденциальности, а также об ответственности сторон за нарушение принятых обязательств.

Нематериальный характер объекта договора делает необходимым согласование в нем условий, ограничивающих использование заказчиком научно-технической продукции, в частности, путем указания, на каком именно предприятии, каким образом, с какой целью и в течение какого времени она будет использована. При этом решаются и вопросы о том, вправе ли заказчик передавать полученную им продукцию третьим лицам и может ли это делать без его согласия разработчик, может ли последний использовать переданную разработку для собственных нужд.

Проект договора на передачу научно-технической продукции может быть разработан любой из договаривающихся сторон и после подписания направлен ею другой стороне. Направление контрагенту проекта договора служит предложением заключить договор. При отсутствии возражений по условиям договора сторона, получившая проект договора, направляет другой стороне подписанный договор. При наличии разногласий по проекту договора стороны принимают меры по их урегулированию. Обычно договор оформляется в соответствии с примерным образцом¹.

Одним из важнейших условий договора является цена передаваемой научно-технической продукции. Поскольку на многие виды такой продукции отсутствуют общественно необходимые затраты, размер цены определяется эффективностью продукции для потребителя, соотношением спроса и предложения на нее, а не фактическими затратами на ее разработку.

Обычно договорная цена на научно-техническую продукцию устанавливается на стадии заключения договора и не подлежит изменению, кроме случаев, когда заключается дополнительное соглашение. В качестве базы для достижения соглашения о дого-

БНА СССР. 1988. С. 8.

верной цене принимается предварительная цена, рассчитанная заказчиком (исполнителем) с учетом научно-технического уровня, конкурентоспособности, эффективности, периода эффективного использования и других факторов применения научно-технической продукции. Соглашение сторон о договорной цене на научно-техническую информацию оформляется протоколом, являющимся составной частью договора.

1. Исполнение договора на передачу научно-технической продукции

Расчеты за научно-техническую продукцию осуществляются на основе договорной цены с учетом выполнения исполнителем и заказчиком договорных обязательств в соответствии со сроками платежей, предусмотренными условиями договора. Стороны могут предусмотреть в договоре единовременную оплату научно-технической продукции в установленный ими срок со дня подписания акта сдачи-приемки или оплату научно-технической продукции в виде платежей по согласованным срокам. В случае, когда в состав реализуемой научно-технической продукции входят различные ее виды (комплект технической документации на новую продукцию, услуги по освоению производства и др.), в договоре могут устанавливаться цены для каждого вида научно-технической продукции. Условия авансирования работ и их оплаты предусматриваются в договоре по соглашению сторон.

Источниками финансирования затрат предприятий и организаций по приобретению у разработчиков конкретной научно-технической продукции должны быть в основном собственные средства, средства централизованных фондов и кредиты банков, а в отдельных случаях и бюджетные ассигнования.

Сдача-приемка научно-технической продукции составляет особый этап исполнения данного договора. Она оформляется специальным актом. По соглашению сторон акт сдачи-приемки может входить в состав договора на передачу научно-технической продукции.

За неисполнение обязательств, предусмотренных в договоре, стороны несут ответственность на условиях и в размере, которые они сами себе определили в договоре. Это касается прежде всего ответственности исполнителя за неустранение недостатков и дефектов, отмеченных в акте приемки научно-технической продукции, и

ответственности заказчика за просрочку в ее оплате или за отказ от оплаты.

§ 3. Договор о передаче ноу-хау

1. Понятие договора о передаче ноу-хау

Договор о передаче ноу-хау может заключаться по инициативе как обладателя ноу-хау, так и его покупателя. Поскольку законом условия, необходимые для договора о передаче ноу-хау, практически не регламентированы, как существенные для этого договора выступают прежде всего условия о предмете договора, порядке и сроке передачи ноу-хау, о вознаграждении за передаваемое ноу-хау, о территории и сроке действия договора.

Передавая ноу-хау, его обладатель может сохранить за собой право использования данного ноу-хау и передачи его третьим лицам. Напротив, в договоре может быть предусмотрено, что ноу-хау вправе использовать и даже передавать по договору третьим лицам только покупатель ноу-хау. В зависимости от вида договора устанавливается и его цена, т. е. форма и размер вознаграждения, уплачиваемого покупателем за ноу-хау. Обычно в связи с этим говорят о передаче ноу-хау на исключительной и неисключительной основе, а также о "сублицензиях" (по аналогии с патентно-лицензионными и авторскими договорами)¹. Наиболее популярным является договор о передаче ноу-хау на исключительных условиях.

Предметом договора служит передача не права использования, поскольку такового нет, а самого ноу-хау как совокупности разнородной неохранимой информации. Конечно, можно допустить применение терминов "лицензия" ("лицензионный договор") и к договору о передаче ноу-хау, но только в том смысле, что, передавая само ноу-хау как неохранимую конфиденциальную информацию, обладатель ноу-хау, прежде всего его разработчик, разрешает получателю ознакомиться с этой информацией. Коль скоро слово "разрешение" обычно трактуется как "лицензия", то в этом смысле можно употребить термин "лицензия" и в договоре о передаче ноу-хау. В остальном же термины "лицензия" и "лицензионный договор" адекватны лишь договору патентной лицензии, по которому лицензиату передается исключительное право, принадлежащее лицензиару.

В преамбуле договора обычно отмечается, что обладатель ноу-хау, имея на него фактическую монополию и являясь его единственным разработчиком, согласен передать ноу-хау покупателю за вознаграждение. Поскольку по договору передается не право, нет нужды говорить об уступке права использования. Передается сама

¹ См.: Штумпф Г. Договор о передаче ноу-хау. М, 1976. С. 81.

информация, и в договоре необходимо дать ее исчерпывающую характеристику.

Ноу-хау передается в форме его описания обладателем. Если содержание ноу-хау велико, можно дать его описание (в том числе на машиночитаемом носителе) в приложении, являющемся неотъемлемой частью договора. Описание должно содержать все сведения, которыми располагает передающая сторона и которые необходимы и достаточны для использования ноу-хау покупателем. Передача ноу-хау служит одновременно разрешением на ознакомление с ним покупателя в целях использования на условиях договора. Передача ноу-хау осуществляется путем вручения его описания по акту, подписываемому сторонами. Обычно это происходит после выплаты покупателем вознаграждения (либо его паушальной части).

Вознаграждение за передачу ноу-хау, подобно лицензионному вознаграждению по патентно-лицензионным договорам, может определяться в форме паушальной суммы, роялти или их сочетания. Паушальное вознаграждение выплачивается обладателю (переводится на его счет) в установленный срок после подписания договора. Оно может по усмотрению покупателя переводиться на счет в банке, указанный обладателем ноу-хау, или на счет, открытый покупателем на имя обладателя в банке, выбранном обладателем. Паушальное вознаграждение обычно считается выплаченным после вручения обладателю под расписку надлежаще оформленного документа о переводе платежа.

Текущие платежи (роялти) определяются в процентах от прибыли (дохода) покупателя, полученной от использования ноу-хау. Их выплата производится в течение установленного срока по окончании очередного финансового года. В целях

стимулирования покупателя к своевременному и широкому применению ноу-хау в договоре может быть предусмотрена его обязанность уплаты владельцу минимальных гарантированных платежей по годам действия договора независимо от объема использования ноу-хау. Если покупатель пользуется правом передачи ноу-хау третьим лицам, то владелец может получить по дополнительному соглашению вознаграждение и за этот вид использования. В случае определения вознаграждения как сочетания паушальной суммы и роялти размер паушального платежа обычно бывает ниже - в сравнении со случаями, когда паушальной суммой исчерпывается вознаграждение за передачу ноу-хау.

Ноу-хау передается для использования на территории, указанной в договоре. Договор действует в течение согласованного срока, исчисляемого с даты вступления договора в действие. Эта дата, как правило, определяется по дню выплаты покупателем вознаграждения (или его паушальной части).

2. Содержание и исполнение договора о передаче ноу-хау

Владелец ноу-хау обязан передать покупателю ноу-хау путем вручения ему по акту описания ноу-хау в определенный день после получения (поступления на счет владельца) вознаграждения (либо его паушальной части). Владелец должен раскрыть ноу-хау с полнотой, идентичной той, которая обеспечила получение эффекта от демонстрации ноу-хау, подтвержденного заключениями отечественных и (или) зарубежных экспертов (если такая демонстрация имела место). Владелец обязуется без дополнительной оплаты оказать покупателю помощь в уяснении содержания ноу-хау путем дачи необходимых консультаций. Владелец обязан в течение срока действия договора не передавать ноу-хау третьим лицам без согласия покупателя.

Основное право владельца - право на получение вознаграждения.

Покупатель обязан принять от владельца по акту передаваемое ноу-хау и уплатить ему вознаграждение. Основными правами покупателя являются использование ноу-хау любыми способами и в любых коммерческих целях, а также передача его за вознаграждение третьим лицам.

К числу существенных условий, обычно согласовываемых сторонами и порождающих ряд их дополнительных прав и обязанностей, относятся конфиденциальность договора, отчетность и контроль, налоги, усовершенствования ноу-хау и качество продукции, производимой с его использованием.

Покупатель ноу-хау в течение срока действия договора, а также после его окончания или досрочного расторжения обязуется принимать все необходимые меры по сохранению конфиденциальности ноу-хау, не передавать третьим лицам (или передавать с условием соблюдения конфиденциальности) любые материалы или их копии, полученные от владельца. После окончания срока действия или досрочного расторжения договора покупатель обязуется вернуть владельцу все полученные от него материалы и документы, включая их копии. В аналогичном порядке допускается передача ноу-хау покупателем своим филиалам, представительствам или другим организациям с предварительным письменным уведомлением владельца. Со своей стороны, владелец также обязан принимать все необходимые меры к обеспечению конфиденциального характера ноу-хау в течение срока действия договора или до его досрочного расторжения.

Покупатель один раз в отчетный период (квартал, год) обязуется направлять владельцу выписки их бухгалтерских книг с информацией об объемах производства и ценах на продукцию, выпускаемую покупателем, его филиалами и представительствами с использованием ноу-хау по договору с владельцем и всем другим договорам с третьими лицами, включая дочерние организации. Владелец вправе один раз в квартал знакомиться (лично или через представителя) с бухгалтерской отчетностью покупателя в целях проверки регулярности и обоснованности отчетности в части, касающейся использования переданного ноу-хау. По соглашению стороны могут возложить обязанность по уплате налогов с платежей по договору на владельца или на покупателя (за счет владельца).

Владелец и покупатель в течение срока действия договора обязуются информировать друг друга об усовершенствованиях ноу-хау и передавать их друг другу (по желанию

партнера) с соблюдением конфиденциальности и за отдельное вознаграждение, устанавливаемое соглашением сторон. Качество продукции, производимой с использованием ноу-хау, должно быть не ниже уровня качества, установленного для изделий, изготавливаемых с его использованием.

Досрочное изменение и расторжение договора возможно по соглашению сторон, либо по требованию одной из сторон при существенном нарушении договора другой стороной, либо в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 450-453 ГК). Это возможно, в частности, при неиспользовании или недостаточном объеме коммерческой реализации ноу-хау. Стороны вправе досрочно изменить или расторгнуть договор с соблюдением взаимных обязательств и возмещением убытков, если подобное расторжение не обусловлено форс-мажорными обстоятельствами. О предполагаемом расторжении договора стороны обязуются информировать друг друга в срок, установленный договором.

Важное значение имеет ответственность сторон за нарушение договорных обязательств, определяемая их соглашением.

Ответственность покупателя ноу-хау состоит в том, что за невыплату в срок паушального вознаграждения покупатель уплачивает обладателю договорную неустойку в определенном проценте от суммы платежа. Возможно взыскание неустойки в форме пени за каждый день просрочки платежа. По истечении установленного (например, месячного) срока обладатель может потребовать от покупателя полного возмещения убытков (с зачетом или без зачета неустойки). За неосновательный отказ от принятия ноу-хау по

акту на покупателя также может быть возложена ответственность в форме однократной неустойки в процентном исчислении от суммы паушального вознаграждения.

Договорные неустойки и обязательства по возмещению убытков могут быть предусмотрены также за неуплату роялти по годам использования ноу-хау.

Ответственность обладателя ноу-хау может наступить в соответствии с договором за непередачу ноу-хау в форме неустойки (пени), исчисляемой в определенном проценте от суммы паушального вознаграждения, а также возмещения убытков покупателя при просрочке свыше определенного (например, месячного) срока. При этом обладатель ноу-хау обязан вернуть покупателю паушальное вознаграждение с процентами (согласно ст. 395 ГК).

В случае недобросовестности обладателя, неидентичности содержания переданного ноу-хау той информации, эффект от использования которой был продемонстрирован покупателю и подтвержден двусторонним актом и (или) заключением отечественных и (или) зарубежных экспертов, обладатель обязуется вернуть паушальное вознаграждение и уплатить договорную неустойку. При этом обладатель презюмируется добросовестным (в смысле п. 3 ст. 10 ГК). Для применения к обладателю указанных санкций покупатель должен опровергнуть эту презумпцию, доказать недобросовестность обладателя, представив, в частности, надлежаще заверенные бесспорные заключения экспертов того же уровня.

Обладатель ноу-хау и его покупатель несут взаимную ответственность за несоблюдение обязательств по сохранению конфиденциальности передаваемой информации. Ответственность выражается в форме возмещения убытков в полном объеме, включая реальный ущерб и упущенную выгоду.

Дополнительная литература

Азимов Ч.Н. Договорные отношения в области научно-технического прогресса. Харьков, 1981;

Дозорцев В.А. Законодательство и научно-технический прогресс. М., 1978 (гл. 4);

Зенин И.А. Наука и техника в гражданском праве. М., 1977 (гл. 4, 7);

Ринг М.П. Договоры на научно-исследовательские и конструкторские работы. М., 1967;

Штумпф Г. Договор о передаче ноу-хау. М., 1976.

Глава 42. Договор коммерческой концессии

1. 1. Понятие договора коммерческой концессии (франчайзинга)

1. Понятие франчайзинга

Договор коммерческой концессии (франчайзинга) - новый для нашего гражданского права¹. Достаточно широкое распространение этого договора как в зарубежной, так и в отечественной предпринимательской практике привело к необходимости его прямого законодательного закрепления (которое пока отсутствует даже в некоторых развитых правовых порядках). Речь идет о возмездном приобретении одним предпринимателем (пользователем) у другого предпринимателя, обычно - у коммерческой организации со сложившейся, хорошо известной потребителям деловой репутацией (правообладателя), права на использование принадлежащих ему средств индивидуализации производимых товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг, а также охраняемой коммерческой информации (ноу-хау) о технологии соответствующего производства и об оказании консультационной и иной организационной помощи с тем, чтобы товары и услуги пользователя выступали на рынке в таком же виде, как и аналогичные товары и услуги право-обладателя.

Таким образом, предприниматель-пользователь в отношениях со своими контрагентами-потребителями выступает под маской правообладателя, оформляя результаты своей деятельности его атрибутикой, давно зарекомендовавшей себя на рынке соответствующих товаров или услуг. Своим клиентам он старается показать, что они приобретают товар или получают услугу, абсолютно тож-

1 Термином "франчайзинг" ("франшиза") в средневековой Франции обозначалась купленная у короля привилегия (право) осуществления определенной деятельности. В современном понимании франчайзинг, развившийся в прошлом веке в США, - полученное одним предпринимателем у другого разрешение на коммерческое использование комплекса принадлежащих последнему исключительных и иных прав. Для ГК законодателем было принято достаточно условное понятие "коммерческая концессия" (в римском праве *concessio* - специальное разрешение, которое государство давало товариществу) как наиболее соответствующее по смыслу английскому "franchising" (в первоначальных проектах ГК, а также в Модельном ГК для стран СНГ этот институт именовался "комплексной предпринимательской лицензией"). дественную аналогичным результатам деятельности правообладателя, и по возможности даже подчеркнуть, что эту услугу им фактически оказывает сам правообладатель. В действительности же такой пользователь, оставаясь независимым участником оборота, осуществляет самостоятельную предпринимательскую деятельность (хотя и под определенным контролем первоначального право-обладателя).

Именно так, например, у нас и в других странах возникли действующие под вывеской известных компаний некоторые предприятия общественного питания (рестораны "Макдоналдс" и "Пицца-Хат"), гостиничного хозяйства (отели "Шератон", "Хилтон", "Холидей-Инн"), другие предприятия сферы обслуживания, производители многих пользующихся спросом потребительских товаров (обуви, одежды, бытовой техники и т. д.), нередко составляющие теперь объединенные соответствующей "вывеской" огромные международные сети производителей или услугодателей. Все они являются не дочерними компаниями или филиалами правообладателя, а действующими под его вывеской отечественными (национальными) предпринимателями. Франчайзинг касается либо производства и сбыта товаров (*Produkt Distribution Franchising*), либо оказания услуг (*Business Format Franchising*). Обычно выделяют такие его разновидности, как производственный франчайзинг, сбытовой франчайзинг и франчайзинг в сфере обслуживания, а иногда также и торговый франчайзинг¹.

Такие отношения весьма выгодны их участникам. Первоначальный правообладатель расширяет границы своего влияния не только без каких бы то ни было дополнительных затрат (на открытие филиалов, создание совместных или дочерних компаний и т. п.), но и получает прибыль в виде платы от пользователя, а также большие возможности контроля за его производственно-коммерческой деятельностью. Последний же выходит на сложившийся рынок в форме уже известного, зарекомендовавшего себя

потребителям производителя или услугодателя, не неся при этом расходов на рекламу и другие маркетинговые мероприятия, но используя сложившийся стабильный спрос на производимые правообладателем товары или оказываемые услуги. Поэтому франчайзинг характеризуют как "удачный союз умной головы (правообладателя) и при-
1 См.: Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М, 1993. С. 140; Авилов Г.Е. Коммерческая концессия (гл. 54) //Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. ОМ. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. С. 551; Medicos D. Schuldrecht П. Besonderer Teil. 9. Aufl. Munchen, 1999. S. 293.

лежной посредственности". Вместе с тем здесь возникает проблема защиты интересов потребителя (услугополучателя), которому необходимо обеспечить получение товаров или услуг такого же качества, как и производимых или оказываемых первоначальным правообладателем. Потребитель не должен страдать от подмены (замены) одного услугодателя другим, использующим чужую вывеску. Кроме того, соглашения участников франчайзинга могут содержать и некоторые условия, по существу, монополистического характера, прямо или косвенно ограничивающие конкуренцию на рынках сбыта соответствующих товаров или услуг¹. Учет этих обстоятельств составляет основу законодательного регулирования института франчайзинга.

2. Понятие договора коммерческой концессии

По договору коммерческой концессии одна сторона (право-обладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю (п. 1 ст. 1027 ГК). По своей юридической природе данный договор является кон-сенсуальным, возмездным, двусторонним.

Необходимо подчеркнуть, что данный договор может использоваться исключительно в сфере предпринимательской деятельности, в связи с чем его сторонами могут быть лишь коммерческие организации и индивидуальные предприниматели (п. 3 ст. 1027 ГК). Это - один из немногих сугубо предпринимательских договоров. Поэтому к отношениям между его участниками применимы специальные правила ГК об обязательствах при осуществлении предпринимательской деятельности.

Предмет договора коммерческой концессии составляет, во-первых, комплекс исключительных прав, закрепленных за правообладателем и индивидуализирующих либо его (право на фирменное наименование или коммерческое обозначение²), либо также производимые им товары, выполняемые работы или оказываемые
1 См., например: Шмиттгофф К. Указ. соч. С. 140-142.

2 Коммерческое обозначение представляет собой незарегистрированное, но общеизвестное наименование предпринимателя или результатов его деятельности, охраняемое без специальной регистрации именно в силу его общеизвестности (ст. 6-^{bis} Парижской конвенции по охране промышленной собственности), например "Мерседес" или "Кока-кола".

услуги (право на товарный знак или знак обслуживания). Договором может быть предусмотрено предоставление пользователю прав на использование других объектов "интеллектуальной собственности" - изобретений, промышленных образцов, программ для ЭВМ и т. д. Во-вторых, предметом договора является возможность использования принадлежащей правообладателю и охраняемой им коммерческой информации (ноу-хау), не подлежащей какой-либо специальной государственной регистрации (ст. 139 ГК), а также его деловой репутации и коммерческого опыта, в том числе в виде различной документации по организации и ведению предпринимательской деятельности.

В-третьих, франчайзинг предполагает постоянное техническое и консультационное содействие пользователю со стороны право-обладателя с целью обеспечения необходимого качества производимых им по договору (т. е. под маской правообладателя) товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг. Наш закон, однако, не считает это условие обязательным, ставя его в зависимость от усмотрения сторон (п. 2 ст. 1031 ГК). Обязательной составной частью предмета концессионного договора в соответствии с п. 1 ст. 1031 ГК является инструктаж пользователя и его

работников по всем вопросам, связанным с осуществлением переданных ему правообладателем прав.

Таким образом, в концессионном договоре можно обнаружить элементы лицензионного договора (разрешение на использование объектов исключительных прав), договора об оказании возмездных услуг (консультативное и техническое содействие), договора простого товарищества (сотрудничество при исполнении договора для достижения общих предпринимательских целей) и даже договора купли-продажи (приобретение необходимой технической и деловой документации). Вместе с тем такой договор не содержит элементов представительства, комиссии или агентского договора, так как пользователь всегда действует не только от своего имени и за свой счет, но и в своих интересах, осуществляя самостоятельную предпринимательскую деятельность¹. Однако договор коммерческой концессии (франчайзинга) не относится к числу смешанных (комплексных) договоров в смысле п. 3 ст. 421 ГК. Не является он и разновидностью известных гражданскому праву¹ Как справедливо заметил Г.Е. Авилов, если дистрибьютор по агентскому (или комиссионному) договору получает от производителя товаров вознаграждение за их сбыт, то дистрибьютор по договору коммерческой концессии сам платит производителю за возможность работать под его фирмой (Авилов Г.Е. Указ. соч. С. 554).

договоров, на базе которых он развивался¹. В соответствии с ГК договор коммерческой концессии представляет собой вполне самостоятельный вид гражданско-правового договора (что исключает субсидиарное применение к регулируемым им отношениям каких-либо правил о перечисленных договорах).

Концессионный договор должен быть заключен в письменной форме под страхом ничтожности (п. 1 ст. 1028 ГК). Кроме того, он подлежит государственной регистрации в органе, осуществившем регистрацию правообладателя (как юридического лица или в качестве индивидуального предпринимателя). Если же правообладатель зарегистрирован в иностранном государстве, то концессионный договор, предполагаемый к исполнению в России, необходимо зарегистрировать в органе, осуществившем регистрацию пользователя (регистрация договора в органе, осуществившем регистрацию правообладателя, в этом случае не требуется). Необходимость такой регистрации вызывается использованием зарегистрированными ранее средствами индивидуализации предпринимателей или производимых ими товаров и услуг, что затрагивает интересы других участников имущественного оборота, прежде всего потребителей.

При отсутствии такой регистрации заключенный в письменной форме концессионный договор не приобретает силы в отношениях с третьими лицами (абз. 3 п. 2 ст. 1028 ГК), но связывает заключивших его участников (ср. п. 3 ст. 433 ГК). С одной стороны, такое положение в интересах потребителей лишает пользователя возможности начать использование предоставленного ему комплекса исключительных прав, а с другой - позволяет участникам еще до регистрации договора начать проведение необходимой подготовительной работы (передачу документации, инструктаж работников и т. д.) уже на основе признанного заключенным договора.

¹ Договор коммерческой концессии нередко рассматривают как разновидность лицензионного договора (см.: Гражданское право. Часть 2. Обязательственное право /Под ред. В.В. Залесского. М., 1998. С. 578 (автор соответствующей главы - Г.Е. Авилов); Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд. 3-е /Под ред. О.Н. Садикова. М., 1998. С. 616-617 (автор комментария - Л.А. Трахтенгерц). Однако в отличие от последнего франчайзинг дает возможность использовать не один определенный объект "интеллектуальной собственности", а комплекс объектов исключительных, а также иных имущественных прав. Кроме того, в лицензионных отношениях фактический изготовитель или услугодатель (лицензиат) всегда обязан так или иначе информировать о себе клиентов-потребителей и не вправе целиком скрываться под фирмой правообладателя (лицензиара).

Поскольку предметом данного договора может стать разрешение на использование некоторых объектов исключительных прав, подлежащих государственной регистрации

(охраняемых патентным законодательством), т. е., по сути, лицензионные отношения, становится необходимой также государственная регистрация концессионного договора в патентном ведомстве под страхом признания его ничтожным (абз. 4 п. 2 ст. 1028 ГК, п. 2 ст. 13 Патентного закона, ст. 27 Закона о товарных знаках). По смыслу закона речь идет о регистрации договора лишь в части использования соответствующих объектов исключительных прав, т. е. о выдаче и оформлении соответствующих лицензий, включая их регистрацию и уплату установленных пошлин и сборов¹.

§ 2. Содержание договора коммерческой концессии

1. Основные права и обязанности сторон договора коммерческой концессии

Концессионный договор как предпринимательский всегда является возмездным. При этом он должен содержать конкретные условия определения и выплаты вознаграждения правообладателю. Закон допускает различные формы такого вознаграждения; разовые (паушальные) или периодические (роялти) платежи, отчисления (проценты) от выручки на оптовую цену товаров и т. п. (ст. 1030 ГК). Возможно и сочетание этих способов, обычно состоящее в единовременной выплате после заключения договора и в периодических выплатах оговоренной части прибыли (отчислений от выручки). Вместе с тем вознаграждение в рассматриваемом договоре не может устанавливаться в соответствии с общим правилом п. 3 ст. 424 ГК, а является его существенным условием, которое стороны обязаны согласовать.

Существенными условиями концессионного договора являются императивно сформулированные законом обязанности право-обладателя (п. 1 ст. 1031 ГК). К ним относятся: • обязанность передать пользователю документацию и иную информацию, необходимую для осуществления предоставленных ему прав;

1 Поскольку в отсутствие регистрации договора в патентном ведомстве он считается ничтожным, следует согласиться с мнением о том, что при необходимости такой регистрации ее следует осуществлять до регистрации договора в органе регистрации юридических лиц (см. Авилов Г.Е. Указ. соч. С. 579). В противном случае данный договор как ничтожный не приобретет юридической силы не только для третьих лиц, но и для его участников.

1. обязанность проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав;

2. обязанность обеспечить оформление необходимых лицензий (т. е. регистрацию договора в патентном ведомстве) и передачу их пользователю.

На правообладателя возлагаются и другие обязанности, если, однако, иное прямо не предусмотрено соглашением сторон (п. 2 ст. 1031 ГК). В их число включены:

1. обязанность обеспечить регистрацию договора (в органе, осуществляющем регистрацию юридических лиц);

2. обязанность оказывать постоянное техническое и консультативное содействие пользователю;

3. обязанность контролировать качество товаров и услуг, производимых или оказываемых пользователем на основании договора.

Перечисленные обязанности сформулированы диспозитивным правилом закона и не относятся к числу существенных условий договора. Они, следовательно, могут и отсутствовать в конкретном договоре, а регистрация договора (например, с иностранным право-обладателем) может даже стать обязанностью пользователя¹.

Императивно сформулированные законом обязанности пользователя также являются существенными условиями концессионного договора. В соответствии со ст. 1032 ГК к ним относятся:

1. обязанность использования фирменного наименования и коммерческого обозначения правообладателя лишь строго определенным в договоре способом;

2. обязанность неразглашения конфиденциальной коммерческой информации, полученной от правообладателя;

3. обязанность обеспечить соответствие качества производимых товаров или оказываемых услуг качеству аналогичных товаров или услуг, производимых или оказываемых правообладателем;

4. обязанность соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на

обеспечение такого соответствия;

5. обязанность оказания потребителям дополнительных услуг, которые предоставляет своим потребителям правообладатель;

6. обязанность информировать потребителей очевидным для них способом об использовании средств индивидуализации правообладателя в силу концессионного договора.

1 Исключение составляет обязанность контроля правообладателя за качеством товаров пользователя в случае передачи ему права использования товарного знака, которая в соответствии с ч. 2 ст. 26 Закона о товарных знаках всегда составляет существенное условие соответствующего договора

Кроме того, пользователь обязан уплачивать правообладателю обусловленное договором вознаграждение. По соглашению сторон на пользователя могут быть возложены и иные обязанности.

Концессионный договор может предусматривать определенный срок использования полученных от правообладателя прав либо заключаться без указания срока.

Следовательно, срок не относится к числу его существенных условий.

2. Коммерческая субконцессия

По концессионному договору возможно установление обязанности пользователя по предоставлению оговоренному числу других предпринимателей разрешения на использование на определенных условиях полученного от правообладателя комплекса прав или его определенной части (субконцессия).

По условиям конкретного договора предоставление субконцессии может быть как обязанностью пользователя, так и его правом (п. 1 ст. 1029 ГК).

С помощью субконцессий правообладатель еще более расширяет свою сферу влияния на соответствующем рынке, создавая целые сети своих сбытовых или торговых организаций и управляя ими. Поэтому он может быть заинтересован в выдаче субконцессий. Первичный же пользователь в этом случае берет на себя дополнительные организационно-управленческие функции в отношении субконцессионеров и еще теснее связывается с первоначальным правообладателем.

К субконцессионному договору по общему правилу применяются нормы о договоре коммерческой концессии (п. 5 ст. 1029). Это касается прежде всего содержания (обязательных условий), оформления и регистрации такого договора. Договор субконцессии зависит от основного концессионного договора. Поэтому срок субконцессии не может превышать срока действия основного концессионного договора, а недействительность последнего влечет безусловную недействительность субконцессионного соглашения (абз. 2 п. 1 и 2 ст. 1029 ГК).

Вместе с тем традиционные правила о заключении субдоговоров в отношениях коммерческой концессии подвергаются некоторым изменениям. Во-первых, в случае досрочного прекращения концессионного договора (заключенного на срок) либо расторжения такого договора (заключенного без указания срока), в заключенном на его основе субконцессионном договоре возможна замена вторичного правообладателя (пользователя по основному концессионному договору) основным правообладателем (п. 3 ст. 1029 ГК). Ведь последний обычно заинтересован в сохранении концессионных отношений. Иначе говоря, здесь допускается замена участника (кредитора) по субдоговору участником (кредитором) по основному договору. Замена, разумеется, исключается в случае отказа самого правообладателя от принятия на себя прав и обязанностей стороны по такому договору либо в случае запрета такой замены основным концессионным договором.

Во-вторых, за вред, причиненный правообладателю действиями вторичных пользователей (по субконцессионным договорам), его контрагент-пользователь (по основному концессионному договору) по общему правилу отвечает субсидиарно с субконцессионерами (п. 4 ст. 1029 ГК), если только иное прямо не предусмотрено концессионным договором. В обычных субдоговорах (субаренды, субподряда и т. п.) первоначальный должник остается полностью ответственным перед кредитором за действия "субдолжников" - третьих лиц.

Это объясняется тем, что предметом концессионных договоров являются исключительные права, содержащие в себе как имущественные, так и

неимущественные правомочия. Их ненадлежащее осуществление во многих случаях причиняет вред непосредственно первоначальному правообладателю, остающемуся неизменным субъектом этих прав. Речь, в частности, идет о ситуациях, когда в результате деятельности указанных пользователей причиняется вред деловой репутации правообладателя, сокращается спрос на его товары или услуги и т. п. Поэтому и пользователь, переуступивший право на использование исключительных прав, не исключается вовсе из общей цепочки правоотношений, о чем свидетельствует субсидиарный характер его ответственности.

1. Ограничения прав сторон по договору коммерческой концессии

Концессионный договор может предусматривать конкретный объем использования полученных пользователем от правообладателя исключительных прав и коммерческой информации (например, по стоимости или количеству произведенных товаров или оказанных услуг, использованию их на одном предприятии или на определенном их количестве и т. п.), причем с указанием или без указания территории использования (например, торговля определенным видом товаров или оказание соответствующих услуг только в данном регионе). Такого рода ограничения предпринимательской деятельности, вытекающие из договорных условий, будучи по сути ограничениями конкуренции на соответствующем рынке, не могут нарушать запреты антимонопольного законодательства¹ и должны исключать цели монополизации определенного рынка или ограничения доступа определенных потребителей к товарам и услугам.

Вместе с тем по условиям концессионного договора допускаются известные ограничения (самоограничения) прав сторон (п. 1 ст. 1033 ГК). Правообладатель может взять на себя обязательство не предоставлять аналогичные комплексы исключительных прав для использования третьим лицам либо также самому воздерживаться от аналогичной деятельности на данной территории. В этом случае пользователь приобретает, по сути, монопольные возможности на соответствующем рынке, поскольку на нем уже не могут выступать с аналогичными товарами или услугами ни другие пользователи, ни даже сам Правообладатель.

Со своей стороны, пользователь может принять на себя обязательства об отказе от конкуренции с правообладателем на территории, где действует концессионный договор, либо об отказе от получения аналогичных прав у конкурентов правообладателя (включая, например, отказ от приобретения значительных долей участия в их уставном капитале). Это гарантирует правообладателю возможность самостоятельного выступления на определенном рынке. К числу возможностей добровольного ограничения прав пользователя закон относит также его обязательство согласовывать с правообладателем место расположения и оформление коммерческих помещений, используемых при реализации предоставленных правообладателем исключительных прав.

Любые из перечисленных условий также не должны нарушать установленных законом антимонопольных запретов (под страхом признания их недействительными). Более того, два вида возможных ограничительных условий договора заранее объявлены ничтожными (п. 2 ст. 1033 ГК). К ним отнесены условия, по которым либо Правообладатель получает право определять цену реализуемых пользователем товаров или услуг (как в виде конкретной цены, так и путем установления ее верхнего или нижнего предела), либо пользователь вправе каким-либо образом ограничивать круг своих потребителей-заказчиков (оказывая услуги лишь определенным

¹ См ст 6 Закона о конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках (в редакции от 21 апреля 1995 г) //СЗ РФ 1995 № 22 Ст 1977 их категориям либо лицам, имеющим место нахождения или жительства на данной территории).

В ином случае речь могла бы идти о попытке раздела рынка (путем фактического прикрепления потребителей к строго определенному изготовителю или услугодателю), условия сбыта на котором, по сути, диктовал бы не участвующий в нем правообладатель. Исключение территориальных ограничений для услугополучателей дает возможность выступать в этом качестве более широкому кругу потребителей, которым пользователь по концессионному договору не сможет отказать в

предоставлении соответствующих товаров или услуг.

1. 3. Исполнение и прекращение договора коммерческой концессии

1. Исполнение договора коммерческой концессии

Правообладатель заинтересован в надлежащем исполнении пользователем его обязанностей по договору, прежде всего обязанностей по обеспечению качества предоставляемых потребителям товаров и услуг. Ведь последний выступает под его фирмой, поэтому недостатки в деятельности пользователя непосредственно сказываются на деловой репутации правообладателя. С другой стороны, потребители во многих случаях уверены, что приобретают товар или услугу у самого правообладателя.

Поэтому в соответствии с ч. 1 ст. 1034 ГК правообладатель несет субсидиарную с пользователем ответственность по требованиям, предъявляемым заказчиком (потребителем) к пользователю в связи с ненадлежащим качеством реализуемых им товаров или услуг. Если же пользователь выступает в роли изготовителя товаров правообладателя, используя его товарные знаки и другие фирменные обозначения (производственный франчайзинг), правообладатель отвечает за качество этих товаров солидарно с пользователем (ч. 2 ст. 1034 ГК). Ведь потребитель в этом случае не знает фактического изготовителя товара и правообладатель не может сослаться на то, что товары изготовлены не им, а пользователем.

Во время действия договора правообладатель, остающийся субъектом комплекса исключительных прав, используемых пользователем, вправе передать эти права, их часть или отдельное право другому лицу. В такой ситуации концессионный договор сохраняется, однако его участником становится новый правообладатель (в части прав и обязанностей, относящихся к перешедшим к нему исключительным правам) (п. 1 ст. 1038 ГК). При этом возможно появление множественности лиц на стороне правообладателя (при частичном отчуждении принадлежавших первоначальному право-обладателю исключительных прав).

Аналогичное положение складывается в случае смерти право-обладателя - физического лица, на место которого по общему правилу встает его наследник (наследники) (либо реорганизации юридического лица, место которого в договоре занимает его правопреемник). При этом необходима регистрация наследника в качестве индивидуального предпринимателя в течение срока для принятия наследства (а правопреемник юридического лица должен быть коммерческой организацией). До этого момента или до принятия наследником наследства осуществление прав и обязанностей правообладателя возлагается на назначенного нотариусом управляющего (абз. 2 п. 2 ст. 1038 ГК), который действует по правилам о договоре доверительного управления. При отказе наследников или отсутствии их регистрации в качестве индивидуальных предпринимателей в установленный срок договор франчайзинга прекращается.

При прекращении использовавшегося по договору франчайзинга исключительного права, в том числе в связи с истечением установленного соответствующим законом срока его действия, договор сохраняет силу в отношении оставшихся прав, т. е. действует за исключением положений, относящихся к прекратившемуся праву (ч. 1 ст. 1040 ГК) (если только речь не идет о праве пользования фирменным наименованием или коммерческим обозначением). Однако пользователь вправе в этом случае потребовать от правообладателя соразмерного уменьшения вознаграждения (если только иное прямо не предусмотрено договором).

Поскольку договор коммерческой концессии является предпринимательским, взаимная ответственность сторон за его нарушение наступает независимо от их вины, если только иное прямо не установлено их договором (п. 3 ст. 401 ГК).

2. Изменение и прекращение договора коммерческой концессии

Концессионный договор может быть изменен сторонами в течение срока его действия по общим правилам об изменении гражданско-правовых договоров. Однако любые изменения этого договора подлежат обязательной государственной регистрации в том же порядке, что и его заключение. Лишь с момента такой регистрации соответствующие изменения приобретают силу для третьих лиц, в том числе для

потребителей (контрагентов) пользователя (если, конечно, указанные лица ранее не знали и не должны были знать о таких изменениях).

При изменении или замене правообладателем своего фирменного наименования или коммерческого обозначения, используемых пользователем по концессионному договору (например, в случаях преобразования, изменения основного профиля деятельности и т. д.), договор сохраняет силу в отношении нового наименования (обозначения), но лишь при условии согласия на это пользователя (который в соответствии со ст. 1039 ГК вправе в этом случае потребовать расторжения договора и возмещения причиненных ему убытков). При этом договор должен быть соответствующим образом изменен и перерегистрирован (как и право пользования новым фирменным наименованием или обозначением) за счет правообладателя.

Пользователь, кроме того, вправе требовать соразмерного уменьшения вознаграждения, причитающегося правообладателю, поскольку новое наименование последнего обычно не пользуется такой же коммерческой репутацией, как и прежнее.

Концессионный договор, заключенный без указания срока его действия, прекращается по заявлению одной из сторон при условии уведомления об этом контрагента не менее чем за шесть месяцев (договором может предусматриваться и более продолжительный срок). Концессионный договор, заключенный на срок, прекращается по общим основаниям прекращения договорных обязательств. При этом досрочное прекращение такого договора, как и расторжение договора, заключенного без указания срока, подлежит обязательной государственной регистрации.

Кроме того, договор коммерческой концессии прекращается:

1. при прекращении принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование или коммерческое обозначение без замены их новыми аналогичными правами (в том числе в случаях ликвидации или реорганизации юридического лица либо неиспользования коммерческого обозначения в течение длительного срока) (п. 3 ст. 1037 ГК);
2. при изменении правообладателем своего фирменного наименования или коммерческого обозначения и отсутствии согласия пользователя на продолжение действия договора в измененном виде (ст. 1039 ГК);
3. при объявлении одного из участников договора банкротом (поскольку при этом такой участник лишается статуса предпринимателя) (п. 4 ст. 1037 ГК);
4. в случае смерти правообладателя - физического лица при отказе его наследников от наследства или неполучении ими регистрации в качестве предпринимателя в течение срока для принятия наследства (абз. 1 п. 2 ст. 1038 ГК). Добросовестный пользователь вправе добиваться заключения договора франчайзинга на новый срок на тех же условиях (п. 1 ст. 1035 ГК). Это правило защищает интересы пользователя как более слабой стороны договора, оказывающейся после его расторжения в весьма невыгодном положении: ему необходимо продолжать предпринимательскую деятельность, не имея более возможности пользоваться фирмой и коммерческим опытом право-обладателя. Между тем место пользователя в коммерческой системе правообладателя сможет занять новый предприниматель, который получит необоснованные выгоды от созданного прежним пользователем положения, не говоря уже о том, что, по существу, за счет последнего и сам правообладатель расширил сферу своей деятельности. Кроме того, возобновление договора франчайзинга может служить интересам потребителей на устоявшемся рынке товаров или услуг.

С другой стороны, такое право пользователя не может быть безусловным, ибо это вредило бы законным интересам правообладателя, который, например, может утратить интерес к рынку, где работал пользователь. Поэтому возможность понуждения право-обладателя к возобновлению договорных отношений с пользователем ограничивается законом. Разумеется, правообладатель может отказать в возобновлении договора пользователю, ненадлежащим образом исполнявшему свои обязанности по ранее действовавшему договору (п. 1 ст. 1035 ГК). Добросовестному пользователю правообладатель может отказать в заключении договора и без объяснения причин, если в течение трех лет он не будет заключать аналогичные договоры с другими пользователями (или соглашаться на заключение аналогичных договоров

субконцессии) на территории, где действовал прежний договор (п. 2 ст. 1035 ГК). В ином случае правообладатель обязан либо заключить такой договор с прежним пользователем (причем на не менее благоприятных для пользователя условиях, чем содержал прекратившийся договор), либо возместить ему все убытки, включая упущенную выгоду.

Дополнительная литература

Авилов Г.Е. Коммерческая концессия (гл. 54) //Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавит-но-предметный указатель /Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 550-560;
Авилов Г.Е. Коммерческая концессия //Гражданское право. Часть 2. Обязательственное право / Под ред. В.В. Залесского. М., 1998. С. 567-586; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд. 3-е/Под ред. О.Н. Садикова. М., 1998. С. 616-629; Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли М., 1993. С. 139-143.

КОНЕЦ