



ПРИНЦИП ДОБРОСОВЕСТНОСТИ

Карапетов Артем Георгиевич

*д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос»,
профессор Высшей школы экономики,
главный редактор Вестника экономического правосудия РФ*

ПРИНЦИП ДОБРОСОВЕСТНОСТИ В ГК (ОБЩИЕ НОРМЫ)

Пункт 3 статьи 1 ГК РФ:

«При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно».

Пункт 3 статьи 307 ГК:

«При установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию.»

Пункт 1 статьи 10 ГК РФ

«Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)».

ОТЛИЧИЕ ОТ СУБЪЕКТИВНОЙ ДОБРОСОВЕСТНОСТИ

Принцип добросовестности в ст.1, 10 и 307 ГК понимается в объективном смысле. Поведение лица оценивается с точки зрения принципов честной деловой практики и этических стандартов.

Это понятие следует отличать от добросовестности в субъективном смысле. Добросовестность в субъективном смысле – это извинительное незнание лица о тех или иных значимых с правовой точки зрения обстоятельствах. Например, лицо покупает вещь, но не знает, что приобретает ее у неуправомоченного отчуждателя, тогда оно признается добросовестным приобретателем (ст.302 ГК). Или лицо заключает сделку, но не знает, что для контрагента она совершена с тем или иным корпоративным пороком (крупная сделка, сделка с заинтересованностью, п.1 ст.174 ГК) и не была одобрена.

Когда ГК говорит о субъективной добросовестности, само слово «добросовестность» часто даже не упоминается, а используется формула: «лицо не знало и не должно было знать» (см., например, п. 2 ст. 698, п. 1 ст. 901, ст. 903, п. 2 ст. 1019, п. 2 ст. 1022, п. 3 ст. 1044 ГК РФ).

Далее нас будет интересовать прежде всего добросовестность в объективном смысле.

ПРИМЕРЫ

Функции принципа добросовестности в контексте договорных отношений (перечень неисчерпывающий):

1. **Восполнение пробелов в законе и договоре (ст.6 ГК).** Если не нет обычая и нет подходящей для применения аналогии закона и условий для применения аналогии права, суд разрешает спор на основе принципов разумности, справедливости и добросовестности.

На практике суды очень редко ссылаются на эту норму ст.6 ГК: пробелов в законах и договоре море, но суды чаще восполняют их притворяясь, что выводят из решения из толкования закона, либо в последние годы просто ссылаются на п.3 ст.1, п.1 ст.10 или п.3 ст.307 ГК для обоснования решения, которое, как им кажется, могло бы справедливо урегулировать тот или иной оставленный нерешенным в законе или договоре пробел (см. п.2).

ПРИМЕРЫ

2. Расширение пределов договорного обязательства (п.3 ст.1 и п.3 ст.307 ГК).

Создание судами при разрешении споров ex post новых подразумеваемых договорных обязанностей, правил поведения и требований к исполнению (напр., нельзя привозить товар в ночное время, необходимо уведомлять о наступлении форс-мажора или о своих планах отказаться от договора в связи с предвидимым нарушением и т.п.), за нарушение которых наступает договорная ответственность, включая убытки по ст.393 ГК.

По сути в свете данных норм можно говорить, что сторона обязана делать не только то, что предписано законом, договором или обычаями, но и то, что ей следует делать в силу принципа добросовестности. Что же это конкретно, решают суды при разрешении конкретного спора.

ПРИМЕРЫ

3. Обоснование ответственности за некорректные методы ведения переговоров (преддоговорная ответственность по ст.434.1 ГК)

Еще до заключения договора потенциальные контрагенты обязаны вести себя добросовестно при вступлении в переговоры, проведении их и прекращении переговоров. Недобросовестность на этой стадии карается взысканием убытков (в частности, недобросовестный выход из переговоров, сообщение недостоверной или неполной информации, непредоставление информации, которую добросовестность требует представить, ведение или продолжение переговоров лишь для вида и т.п.).

Первые дела уже начали рассматриваться судами (например, дело Ашан).

ВС РФ вслед за французами и вопреки немецкому подходу в Постановлении Пленума №7 от 24 марта 2016 года признал недобросовестность на стадии переговоров деликтом, то есть легализует точно в этом отношении взыскание чистых экономических убытков деликтным иском. Но много вопросов еще предстоит решить.

ПРИМЕРЫ

4. Добросовестность на стадии после прекращения договора (п.3 ст.307 ГК).

За нечестное поведение после прекращения договорных обязательств возможно взыскание убытков.

Напр., обязанность банка предоставлять выписку по закрытому недавно счету после расторжения договора, обязанность арендодателя согласиться с разумной просьбой выехавшего из помещения арендатора на время повесить у входа в прежний офис объявления о новом адресе бывшего арендатора и т.п.). Пока практики почти нет.

Здесь опять же встанет вопрос о том, носит ли такая обязанность договорную природу (теория фантомных обязанностей сторон прекратившегося договора) или ВС опять вспомнит о деликтной ответственности.

ПРИМЕРЫ

5. Злоупотребление правом, то есть недобросовестное его осуществление (п.1 ст.10 ГК, п.4 ст.450, п.4 ст.450.1 ГК и др.). Примеры:

5.1. Ограничение свободы осуществления права на отказ от договора или на изменение процентной ставки, арендной платы, тарифов или иных условий договора (п.3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. N 147, п.22 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. N 73)

Проблемный вопрос – последствия применения п.1 ст.10 ГК к изменению договора (применима ли здесь ст.180 ГК?)

5.2. Обход закона (например, кейс с обходом правил о госзакупках, см.: ППВАС №18045/12, уточненное КЭС ВС РФ в Определении ВС РФ № 308-ЭС14-2538, а также Определении № 309-ЭС15-26)

5.3. Эстоппель:

- по ничтожным сделкам п.5 ст.166 ГК (см. ППВАС №1649/13, определения КЭС ВС №307-ЭС15-1642 и №306-ЭС16-606, определения КГД ВС РФ №18-КГ17-83 и №80-КГ17-5). Очень спорная линия практики, де-факто приводящая к непредсказуемой конвалидации ничтожных сделок.

- по незаключенным договорам (ППВАС №13970/10, п.7 ИП ВАС №165, Определение КГД ВС РФ от 18.07.2017 года № 5-КГ17-94, см. п.3 ст.432 ГК)

ПРИМЕРЫ

- утрата прав на отказ от договора в случае, если после возникновения оснований для такого отказа лицо принимает исполнение или из его поведения следует, что оно подтверждает действие договора (п.5 ст.450.1 ГК в редакции вступ. в силу с 01.06.15). Применительно утраты права на расторжение договора из-за нереализации этого права в разумный срок после получения ненадлежащего исполнения см. Постановление Пленума ВАС 2011 года № 73 по аренде
- утрата права на сепаратное взыскание процентов при подписании мирового соглашения по основному долгу (ППВАС №13903/10; недавно этот же подход подтвердил и ВС РФ в Определении КЭС ВС РФ от 01.12.2015 N 305-ЭС15-9906)
- утрата права на оспаривание подсудности, если лицо вошло в процесс и не заявило сразу о неподсудности (см.: ППВАС №1649/13)
- утрата права возражать против подведомственности дела арбитражному суду (Определение КЭС ВС 306-ЭС15-14024)
- утрата права оспаривать решение третейского суда по причине его аффилированности в случае, если об этом сторона не заявляла в ходе рассмотрения дела в третейском суде (Определение КЭС ВС №304-ЭС14-495)

ПРИМЕРЫ

- утрата права на возражение о ненадлежащем ответчике, если такое возражение не было заявлено сразу же при первом рассмотрении дела (Определение ЭК ВС РФ №303-ЭС14-31)
- утрата права на списание акций с лиц. счета продавца на основании ранее подписанного им и переданного покупателю передаточного распоряжения при нереализации этого права в течение нескольких лет (ППВАС 12913/12)
- утрата права ссылаться на неполучение денег по займу, если заемщик впоследствии подтверждал долг (Определение КГД ВС РФ 5-КГ17-94)

Случаи применения эстоппеля только множатся, но многие вопросы не разрешены (соотношение эстоппеля и доктрин отказа от права, подтверждения оспоримой сделки, соотношение эстоппеля и конвалидации ничтожной сделки, роль фактора detrimental reliance при применении эстоппеля и мн. др.)

ПРИМЕРЫ

6. Обоснование признания сделки недействительной в ситуации, когда она формально не подводится ни под одно известное закону основание недействительности (п.1 ст.10 + ст.168 ГК).

Примеры:

- сделка на абсолютно аномальных условиях с признаками мошенничества (п.9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 N 127, Определение КГД ВС РФ № 83-КГ16-2, Определение КЭС ВС РФ № 309-ЭС14-923, постановления Президиума ВАС РФ № 15756/07 и № 13846/13). Вопрос о соотношении с п.2 ст.174 ГК стоит остро
- внеконкурсное аннулирование сделок по выводу активов в ущерб кредиторы (определения КГД ВС РФ N 77-КГ17-7, N 32-КГ16-30, N 49-КГ16-18, N 21-КГ16-6; N 5-КГ16-28, N 52-КГ16-4, N 4-КГ15-54, Определение КЭС ВС РФ № 301-ЭС16-20128)
- конкурсное аннулирование сделок, совершенных во вред кредиторам при наличии пороков, выходящих за рамки банкротных основания оспаривания (Определение СКЭС ВС РФ от 19.03.2018 г. № 302-ЭС17-17018)

ПРИМЕРЫ

- аннулирование сделки с недобросовестным интервентом (п.17 Постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 N 54, Определение СКГД ВС РФ N 50-КГ17-27, определения СКЭС ВС РФ № 308-ЭС17-14180 (1,2), N 305-ЭС17-14389, N 307-ЭС17-11311, № 305-ЭС16-10864 (5))

Альтернатива – ничтожность по ст.169 ГК - не прижилась.

Этот механизм (10+168) не может использоваться для обхода специальных оснований для оспаривания (ППВАС №10044/11, Определение КЭС ВС РФ N 305-ЭС17-4886(1))

7. Запрет на извлечение выгоды или преимуществ в результате своего недобросовестного или неправомерного поведения (п.4 ст.1 ГК).

Например, взыскание с должника, нарушившего свое денежное обязательство, выгоды в виде экономии на процентах в виде разницы между ключевой ставкой по ст.395 ГК и средними ставками по кредитам в экономике (пока практики ВС РФ нет). Другой пример: недопущение ситуации выигрыша нарушителя договора от курсовых колебаний в период его просрочки (Определение КГД ВС РФ от 08.08.2017 года N 5-КГ17-117). Частный случай – п.3 ст.157 ГК.

И МНОГОЕ ДРУГОЕ

КАК ОПРЕДЕЛИТЬ ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ?

Позиция ВС РФ

Пункт 1 Постановления Пленума ВС РФ №25 от 23 июня 2015 гласит: «Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации».

Субъективный или объективный подход? Субъективизм априорно здесь присутствует, так как а) суду, как правило, неизвестно о сложившейся практике, б) сложившейся практики часто вовсе нет, в) практика есть, но она этически порочна (как известно, из сущего должное не выводится), г) имеется проблема замкнутого круга (суды влияют на практику, а практика на суды)

Итого: добросовестность – это соответствие поведения этическим стандартам поведения, которые кажутся суду адекватными; а недобросовестность – нарушение таких стандартов. По сути, это стандарт поведения, не предписанный в конкретных законодательных предписаниях, а определяемый ретроспективно судом. Я бы назвал этот стандарт просто справедливостью. Лучше иметь один трудно определяемый термин, чем два.... Что же такое справедливость? Это т.н. «сущностно оспариваемое понятие», о котором спорят со времени Аристотеля.

КАК ОПРЕДЕЛИТЬ ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ?

Но как понимать процесс применения стандарта добросовестности?

Есть два взгляда.

Первый: добросовестность – это инструмент легализации судебного правотворчества, которое дополняет, ограничивает, а также при необходимости корректирует формальные элементы права (законы и условия сделок и права и обязанности, из них вытекающие).

Иначе говоря, это не столько норма, непосредственно регулирующая общественные отношения, сколько инструмент легализации судебного правотворения, которое суды должны осуществлять при разрешении конкретных споров. Мне близок такой подход. Он ближе к истинной, позитивной реальности.

Второй: применение добросовестности - это правоприменение, так как сам стандарт честного поведения, пусть и не прописан в позитивных источниках, но существует в некой правовой ноосфере в заданном виде со времен Адама и Евы и универсален для всех обществ и культур (радикальный юснатурализм), и судья лишь провозглашает это априорно существующее и «висящее в небесах» (как шутил О.У. Холмс) правовое решение, но не создает его сам. Мне такой подход не близок, так как я не люблю мифотворчество и лицемерие в праве и предпочитаю называть вещи тем, чем они являются.

КАК ОПРЕДЕЛИТЬ ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ?

Развитие европейского права в 20 веке пошло по пути делегации судам широчайшей компетенции по развитию права. И ключевым инструментом стало включение в национальные законодательства норм о добросовестности.

Из крупных государств сопротивляются только англичане, но в стране, в которой долгие годы существовала система судов справедливости, было выработано немало частных правовых инструментов, достигающих схожих результатов (тот же эстоппель, подразумеваемые условия, недолжное влияние и мн. др.), плюс законодательство постепенно берет термин на вооружение (в сфере потребительского права, например). Некоторые считают, что для Англии это вопрос скорее понятий, чем сути. Но я не согласен. Генерализация может усилить интенсивность судебного правотворчества и динамизм права. Так что политико-правовые ставки тут имеются. Американцы введи принцип добросовестности в сферу исполнения обязательств, но до генерализации пока дело не дошло.

По сути, это включение в текст закона оценочного стандарта, применение которого основано на понимании судом справедливости, отчасти решило классический конфликт радикального юснатурализма и «жесткого позитивизма». Суд, решая спор не по букве, а по справедливости, действует в пределах закона, т.к. такое право суда опираться на моральные принципы легализовано самим законом («мягкий позитивизм»)

ПРИЧИНЫ

Почему по этому пути пошли европейцы?

1. Сверхдинамизм современного социально-экономического развития, требующий эмиссии тысяч и миллионов норм. Парламент просто не способен с этой задачей справиться. Отсюда масштабная делегация правотворческой компетенции органам исполнительной власти и судам. Последнее прежде всего в сфере частного права во многом и осуществляется за счет включения в ГК принципа добросовестности. Это позволяет развивать частное право эволюционно.

2. Парламенту просто неинтересно заниматься вопросами частного права и его тонкой настройки. За исключением некоторых сфер, в которых активно работают лоббисты узких «групп специальных интересов» (например, залоговое право), развитие частного права не наполняет партийные кассы за счет вливаний из бизнес-групп и не позволяет зарабатывать на коррупции (так как нет конкретных «покупателей», а идея общего блага мотивирует не всех). Выставить же избирателям в качестве своих достижений и набрать политические очки можно только в отдельных областях (потребительское, трудовое, жилищное право и т.п.), остальные сферы частного права народу непонятны и неинтересны. В итоге формируются условия для такого разделения компетенций: парламенты занимаются тем, что им интересно, а суды в ежедневном режиме занимаются настройкой и развитием остальных областей частного права.

ОСОБЕННОСТИ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА

У такого правотворчества имеется несколько особенностей:

1. Оно осуществляется ex post и это создает определенную несправедливость (как и любое ретроспективное правотворчество) и непредсказуемость (так как далеко не всегда выводы по добросовестности можно предсказать). В каком-то смысле это неизбежная цена, которую мы платим за гибкость и динамизм правового развития, но данные издержки надо стремиться сокращать.
2. Такое правотворчество осуществляется ad hoc, то есть распространяется сугубо на сторон конкретного спора. Иначе говоря, на будущее других судей по аналогичным делам основанное на добросовестности решение отдельного суда напрямую не связывает, пока такая правовая позиция не будет признана верховным судом и не превратится в четкое правило.
3. Такое правотворчество может осуществляться не только по инициативе одной из сторон, ссылающейся на добросовестность, но и по инициативе суда, как если бы он применял позитивное право. Но суд, как справедливо заметил ВС РФ, должен в таком случае поставить вопрос о добросовестности на обсуждение сторон (п.1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 года №25)
4. Такое судебное правотворчество основано на внутреннем чувстве справедливости конкретного состава суда, как и любое иное правотворчество

ЧТО НУЖНО ДЕЛАТЬ СУДАМ И НАУКЕ?

Можно ли отказаться от принципа добросовестности?

Нет, так как законы менять столь оперативно невозможно, и они устаревают все сильнее, а пробелы в них обнаруживаются все чаще. Кроме того в условиях ужасающего и деградирующего с каждым годом качества законов иное просто немыслимо. Чем хуже и старше законы, тем активнее работает данный принцип

Но чтобы этот процесс работал эффективно и с минимально возможными издержками, необходимо несколько условий:

1. Качестве судейского корпуса: независимость, «коррупционноустойчивость» и правовая эрудиция. У нас здесь по всем фронтам все очень далеко от нормы. Но вопросы обновления судейского корпуса, изменения принципов отбора судей, обеспечения их независимости – это вопрос, к сожалению, политический

Чем дальше качество судейского корпуса и мотивации их поведения от нормы, тем больше вреда приносит активное судейское правотворчество. Впрочем, это не значит, что в странах с плохой судебной системой, развивать принцип добросовестности нельзя. Дело в том, что отказ от эволюционного развития права на уровне судебной практики имеет свои издержки – тотальный коллапс правового развития вообще, если при этом не лучше работает и законодательный орган. Так что здесь приходится выбирать из двух зол.

ЧТО НУЖНО ДЕЛАТЬ СУДАМ И НАУКЕ?

2. Осознание судом того, что добросовестность не дает ему право решить конкретный кейс как ему вздумается, просто сославшись на ст.10 ГК (что у нас часто и происходит). Суд должен понимать, что он, применяя добросовестность, творит право и должен четко закрепить в судебном акте суть правовой нормы, которую он выводит из принципа добросовестности (с гипотезой и диспозицией) и применяет ретроспективно к фабуле спора. Он должен формулировать правило, которое он сам считал бы необходимым применять во всех иных кейсах с подобной же фабулой. В гипотезу правовой позиции должны быть добавлены те фактологические обстоятельства конкретного спора, которые суд считает необходимыми и достаточными для формирования данной правовой позиции. Но самое главное, суд должен мотивировать свое де-факто правотворческое решение. Ровно также нормальные законодатели должны сопровождать новый закон подробной и детальной мотивировкой.

3. Осознание проблемы идеологической «нечейтральности» всех дискуссий о добросовестности и необходимости отрефлексированности своих представлений о справедливости и политике права. Конституция задает определенные идеологические ориентиры, но очень примерные. Судья (как минимум, высшего суда) должен быть немного больше, чем юрист, и иметь куда более широкую эрудицию и уровень интеллекта

ЧТО НУЖНО ДЕЛАТЬ СУДАМ И НАУКЕ?

4. Осознание ВС РФ своей роли в процессе эволюционного развития частного права. Суд должен сам демонстрировать примеры грамотного применения принципа добросовестности и кристаллизации на его основе конкретных правовых позиций. Судебное правотворчество осуществляется *ex post* и *ad hoc*, но процесс выработки новой нормы должен заканчиваться фиксацией правовой позиции Верховного Суда. Появление прецедента кристаллизует новое правило окончательно и оно превращается в полноценный регулятор отношений на будущее. Для этого ВС должен научиться лучше формулировать и мотивировать свои правовые позиции и осознать, что главная его цель – унифицировать и развивать судебную практику, а не из раза в раз исправлять одну и ту же ошибку. Иначе это все сизифов труд. Надо установить более жесткие правила обязательности правовых позиций коллегий ВС РФ для судов нижестоящих по аналогичным делам, т.к. одними постановлениями Пленума ВС тут не обойтись.

5. Не нужно использовать ссылки на нормы о добросовестности там, где кейс можно адекватно разрешить с опорой на догматику права и букву закона. К сожалению, у нас постоянно происходит замусоривание аргументации ссылками на добросовестность («для красного словца»). Это неправильно, так как создает ощущение, что этот экстраординарный инструмент вполне ординарный. На самом деле его надлежит использовать осторожно и точно.

ЧТО НУЖНО ДЕЛАТЬ СУДАМ И НАУКЕ?

6. Ученые должны постоянно следить за развитием судебной практики и при необходимости корректировать ее развитие, замечая, а иногда и предвосхищая новые правовые позиции или даже доктрины, которые выбираются из «яслей» принципа добросовестности и разрабатывать их (напр., эстоппель и др.). Со временем эти частные доктрины после «обработки» учеными окончательно укореняются в практике и догматике (юристы могут и забыть потом об их истоке). Классический пример того, как этот процесс «сотворчества» судов и ученых работает, это Германия.

РЕЗЮМЕ

Резюме: Остановить процесс расширения судебного правотворчества невозможно, он объективно детерминирован и необходим, но следует учиться с ним работать. К сожалению, на несколько правильных решений, вынесенных на основании принципа добросовестности, встречается одно, в котором ссылки на п.3 ст.1 и п.1 ст.10 ГК использованы неуместно или легитимируют судебный произвол. Конечно, этот произвол, скорее всего, случился бы и не будь в ГК норм о добросовестности, но наличие таких норм упрощает жизнь нечестным судьям. Как бы то ни было, интенсивность развития практики применения добросовестности и связанных с ней доктрин, нарастает. Верховный Суд, переняв эстафетную палочку у ВАС РФ, этот крестовый поход возглавляет, ссылаясь на добросовестность чуть ли не в каждом втором определении .

Некоторые думали, что ликвидация ВАС притормозит локомотив судебного правотворчества, но этого не случилось. Хуже или лучше он движется, набирая скорость, так как основания для этого процесса объективны.

Так что нам всем надо привыкать жить и работать на таких скоростях. Старческие ворчания и ложные ссылки на якобы прекрасные времена статики и господства догматики, когда все было якобы просто, неуместны. Просто все казалось просто от малого знания и зачаточного состояния оборота.

КАК С ЭТИМ РАБОТАТЬ ЮРИСТУ-ПРАКТИКУ?

Как применять принцип добросовестности практикующему юристу?

Программа минимум:

- следить за развитием судебной практики и фиксацией в ней новых ограничений и правил, выводимых судами из принципа добросовестности, и учет таких правовых позиций в своей практике
- отслеживание научной и иной профессиональной литературы по тем доктринам, которые выводятся или могут выводиться из добросовестности, и предугадывание тенденций развития судебной практики;
- напоминание клиентам и руководителям, что всегда и везде нужно вести себя четко, так как помимо всего прочего формальная законность поведения не исключает ответственности в мире, где балом правит доктрина добросовестности

Программа максимум:

- применение в сложных судебных спорах в ситуации, когда формальные аргументы не позволяют защитить справедливость и предотвратить откровенную нечестность, и использование данного инструмента в целях формирования новой, более совершенной судебной практики вплоть до доведения дела до Верховного Суда РФ

УДАЧИ!

МЛОГОС
юридический институт

Карапетов Артем Георгиевич

д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос»,
профессор Высшей школы экономики,
главный редактор Вестника экономического правосудия

<http://www.m-logos.ru>