

Основные исторические наслоения в положениях о стандартных договорных условиях Германии

М. Б. Жужжалов, П. И. Попова

Для цитирования: Жужжалов М. Б., Попова П. И. Основные исторические наслоения в положениях о стандартных договорных условиях Германии // Правоведение. 2022. Т. 66, № 4. С. 422–447. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2022.405>

Настоящая статья представляет собой попытку нестандартного изложения так называемого AGB-Recht Германии (Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, герм. «право общеприменимых условий сделок»), которое после длительного изучения выглядит не более чем набором исторических наслоений, сохранившихся ввиду их большой практической значимости и ради поддержания устойчивости судебной практики, их выработавшей. Несмотря на всю обширность этого института, ему присущи многочисленные коллизии в связи с отсутствием системности и единообразия. Авторы начинают анализ с общего обзора того, какие нормы и практика их применения повлияли на становление данного института, и затем переходят к рассмотрению каждого слоя. В статье рассмотрены следующие проблемы: отсутствие безоговорочного перехода к абстрактной проверке содержания договора и недооценка значения объективного толкования в этой связи; несочетаемость правовых режимов, действующих в отношении индивидуальных и стандартных договорных элементов; попытки обосновывать лишь отдельные положения обсуждаемого института соображениями превенции. Кроме того, рассматриваемый институт демонстрирует значительную неэффективность по двум основным причинам. Первая заключается в том, что лица, использующие стандартные условия, могут фактически продолжить использование ничтожных условий в надежде на то, что контрагент будет им следовать, не зная об их недействительности. Вторая причина состоит в том, что суд при принятии решения о недействительности конкретного условия договора не указывает, какое условие было бы справедливым, тем самым вынуждая стороны годами искать формулировки, с которыми суды согласятся. Наконец, защищенность контрагентов таких лиц существенно ослаблена тем, что проверка содержания договора лишь исключает несправедливые условия, но не позволяет усилить позицию контрагента, когда это необходимо. Поскольку восполняющее толкование также неспособно выполнять эту функцию, приходится рассчитывать только на нормативные правовые акты, которые императивно дополняют договоры необходимыми правами и обеспечениями. Статья представляет собой критический обзор института и не нацелена снабдить читателя всеми необходимыми ссылками на судебную практику и литературу.

Ключевые слова: договор присоединения, несправедливые договорные условия, проверка содержания, добросовестность, восполняющее толкование, гражданско-правовая превенция.

Введение

Не так давно Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ) начал проявлять большой интерес к проблеме условий, используемых в отношениях с неопределенным кругом лиц (лица, использующие такие условия, именуется

Жужжалов Михаил Борисович — старший юрист, юридическая фирма «Томашевская и партнеры», Российская Федерация, 123317, Москва, Пресненская наб., 12; m.zhuzhzhhalov@mail.ru

Попова Полина Игоревна — юрист, Российская Федерация, 117393, Москва, Пресненская наб., 12; polina.porova99@internet.ru

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2022

в германоязычном законодательстве и литературе «применителями», «Verwender», а их контрагенты — «клиентами», «Kunden»). Клиенты вынуждены принимать такие условия путем присоединения к стандартному договору или договору, содержащему ссылку на принятые применителем правила. Пока что данные судебные акты касаются лишь лизинга, где такая практика присоединения к «Правилам лизинга» лизингодателя наиболее распространена, но нетрудно представить себе, что выработанные в ней общие подходы будут распространены на все договоры присоединения. Агрессивность высшего суда подчеркивается тем, что не самые комфортные для таких контрагентов требования ст. 428 ГК РФ к оспариванию несправедливых условий суды готовы обходить, руководствуясь новым пониманием п. 2 ст. 168 и п. 3 ст. 307 ГК РФ. В первом случае суды готовы признать, что такие навязанные неопределенному кругу лиц условия нарушают интересы неопределенного же круга лиц, когда являются несправедливыми¹. Другими словами, ВС РФ пришел к пониманию, что оспаривание таких условий уже не дело индивидуального спора, и последствия спора с отдельным контрагентом должны транслироваться на отношения с другими контрагентами, потому что это одни и те же условия. В случае с п. 3 ст. 307 ГК РФ введено новое основание ничтожности сделки, помимо давно воспринимаемого в качестве такового судебно-арбитражной практикой сочетания «ст. 10 + ст. 168 ГК», а равно и «существа законодательного регулирования». Упомянутым новым основанием стало одностороннее включение в договор условий в отсутствие достаточного информирования контрагента об их значении². Другими словами, ничтожность договора в данном случае вызвана нарушением таким условием сделки требования транспарентности, являющегося одним из основных из числа предъявляемых к стандартным договорным условиям (далее в статье они будут обозначаться той же аббревиатурой, что используется в немецкой литературе — AGB).

Таким образом, полным ходом идет перенастройка отечественной юридической практики по договорам присоединения, в которой только появляются базовые требования к стандартным договорным условиям, и неизвестно, когда и где закончится этот процесс с учетом того, что наша практика в этом отношении была невероятно сдержанной в сравнении с другими юрисдикциями даже после появления постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» (хотя слово «даже» тут вряд ли уместно, поскольку это постановление не отразило практически ничего из того, к чему к моменту его появления пришло развитие западноевропейской цивилистики, особенно в части AGB — все это только сейчас появляется в практике ВС РФ).

Данное обстоятельство делает крайне актуальным обращение исследователя к соответствующему институту германского гражданского права, именуемому «правом общих условий заключения сделок» (das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, или сокращенно AGB-Recht).

Однако, как ни странно, данная статья не призвана помочь восприятию на российской почве концептов, выработанных немецкими судами и затем *mutatis mutandis* воспринятых немецким законодателем. Подобная попытка уже предпри-

¹ Пока это не стало позицией ВС РФ (рассмотрение по делу еще не было назначено на дату завершения работы над публикацией), но в определении от 25.07.2022 № 305-ЭС22-2212 явно с вниманием отнеслись к доводу заявителя, согласно которому «подлежит применению пункт 2 статьи 168 ГК РФ, поскольку правила лизинга затрагивают права и охраняемые законом интересы третьих лиц, а именно всех клиентов по договорам лизинга средств автотранспорта».

² Определение от 19.05.2022 № 305-ЭС21-28851.

нималась с участием одного из авторов этих строк ранее в другой публикации³, в которой можно ознакомиться с многочисленными примерами практики применения. Теперь эти подходы критически обсуждаются нами ниже. Предлагаемый вниманию читателя текст и в целом призван вызвать критическую реакцию на тенденцию во всем следовать немецкому опыту. По нашему мнению, отечественным юристам и вообще, и применительно к теме статьи пристало воспринимать немецкий опыт не только как исключительно ценный источник вечно недостающих знаний, но и как кладезь чужих ошибок, на которых стоит учиться, а не повторять их самим.

Проще говоря, авторы считают, что AGB-Recht в самой Германии ждет очередная революционная переработка и нашим судам лучше либо ее предвосхитить, либо попробовать сформировать свое воззрение на сей предмет, а не уподобиться Ахиллесу из известного софизма.

На поверхностном уровне AGB-Recht кажется богатым и стройным, особенно благодаря дидактической проработке в немецкой литературе, которая ведется не одним поколением авторов на систематической основе. Однако при ближайшем рассмотрении стройность рассыпается на исторически сформировавшиеся и взаимно независимые наслоения, которые просто наложились друг на друга в отсутствие представления их создателей о том, как они между собой соотносятся, и между которыми настолько много противоречий, что их некритичное заимствование выглядит совершенно неприемлемым⁴.

Нормы, регулирующие стандартные договорные условия в Германии, являются, безусловно, одной из самых проработанных частей немецкого гражданского права, прежде всего за счет огромного количества судебных актов. Только Верховный суд общей юрисдикции (Bundesgerichtshof) ежегодно принимает добрую сотню актов по одной этой теме, но немецкие юристы отслеживают практику уже на уровне высших судов отдельных земель (Landesgerichte), не забывая об отдельных значимых актах судов первой инстанции (некоторые доходящие до Верховного суда дела начинают обсуждаться в литературе, начиная с первой инстанции).

Тем не менее развитие судебной практики демонстрирует, что в данной области все же сталкиваются подходы, появившиеся из разных идей, более того, изучение этих противоречий показывает, что искомое единообразие требует существенного переосмысления всего нормативного материала. Это тот случай, когда простое накопление судебной практики неизбежно ведет к утрате ею единообразия, что показывает ценность теории, привносящей в нормативный материал системность.

1. Исторические наслоения и созданные ими пределы применимости института

Еще задолго до закона 1976 г., который в части норм материального права в 2002 г. был инкорпорирован в Германское гражданское уложение (далее — ГГУ) (§ 305–310), положения о стандартных условиях сделок активно развивались на уровне судебной практики, имея несколько источников.

³ Подробное изложение института см.: *Галин К. А., Жужжалов М. Б.* Правила толкования общих условий заключения сделок в Германии // Свобода договора: сб. ст. / под ред. М. А. Рожковой. М.: Статут, 2016. С. 246–352.

⁴ Данный вопрос специально не изучался авторами, но сложилось впечатление, что его вероятное объяснение могло бы состоять в том, что конкретные подходы формировались в практике отдельных сенатов высшего суда и потом механически воспринимались другими сенатами.

Первым источником является § 138 ГГУ, признающий ничтожными ростовщические сделки. В отличие от российского аналога — кабальные сделки — данная норма пользуется большой популярностью у немецких судей, особенно в кризисные годы⁵. В отношении стандартных условий этот параграф применялся против несправедливых условий монополистов и позволил юридической мысли в итоге выйти на идею неравенства переговорных возможностей. Влияние данного параграфа довольно давно сошло на нет, и экономический или профессиональный статус контрагента уже не определяет квалификацию используемых им условий как несправедливых. От былой влиятельности осталось только то, что ряд характерных положений о стандартных условиях сделок развился под влиянием идеи гражданско-правовой превенции, привнесенной в AGB-Recht из практики применения § 138 ГГУ.

Второй источник — § 242 ГГУ. Особенным вкладом этой нормы в формирование рассматриваемого института является отсутствие в Германии упомянутой привязки к статусу стороны, навязавшей условия. Уже тот факт, что применитель односторонне определял условия договора, возлагает на него дополнительное бремя добросовестного формулирования условий и в плане содержания, и в плане собственно использованных формулировок, которые должны быть ясными и недвусмысленными, тем самым снимая с его клиента ответственность за собственные сделочные действия. Впрочем, при таком подходе не учитывается и то, насколько интенсивно другая сторона сопротивлялась одностороннему определению условий — ведь суды отправляются в своей квалификации от самого факта одностороннего определения одной стороной условий договора. Поэтому может получиться, что и крупная корпорация, заключившая договор на условиях мелкого торговца канцелярскими принадлежностями, будет защищена от недобросовестности последнего при одностороннем выставлении им условий⁶.

Тем не менее данное нормативное основание проверки несправедливых условий вызывало неудобство тем, что оно касалось лишь индивидуальных договоров и не учитывало особенностей AGB, которые являются условиями, навязываемыми одновременно неопределенному кругу клиентов. К слову, для индивидуальных договоров этот параграф так и остался до сих пор основой проверки справедливости (*Gerechtigkeitskontrolle*) их условий, за исключением индивидуальных договоров с потребителями, на которых номер второй абз. 3 § 310 ГГУ прямо распространил действие основных требований, сформулированных в § 305–309 ГГУ. Это нормативный факт, требующий теоретического осмысления.

Следующим источником, не выдержавшим, впрочем, конкуренции с § 242, является § 315 ГГУ, устанавливающий проверку справедливости (здесь: *Billigkeitskontrolle*) условий, которые, согласно договору, определяются только одной стороной. Типичный случай применения данного параграфа — одностороннее изменение процентной ставки по кредиту. Указанное основание проверки справедливости договорных условий заслужило большую поддержку у таких авторитетных авторов, как К. Ларенц⁷ и В. Флуме, так что последний продолжал считать его

⁵ *Lindacher W. F. Grundsätzliches zu § 138 BGB: Zur Frage der Relevanz subjektiver Momente // Archiv für civilistische Praxis, 1973. Bd. 173. S. 124.*

⁶ Российские суды в подобном случае, как известно, вероятнее всего, займут не самую благоприятную позицию, так что и в обратной ситуации подобный мелкий торговец не будет защищен от злоупотреблений крупной компании, поскольку суды, скорее всего, скажут, что он — предприниматель и должен был понимать свои риски, вступая в договор с корпорацией на ее условиях. Как следствие, можно столкнуться с ситуацией, когда внутренние службы корпорации работают неэффективно и формулируют условия из рук вон плохо, но суды не обращают на это никакого внимания.

⁷ *Larenz K. Schuldrecht. Bd. I. Allgemeiner Teil. 10. Aufl. München, 1970. S. 67.*

теоретической основой проверки содержания договора и после принятия Закона 1976 г.⁸

Еще один источник — представление об AGB как об обычаях или обыкновениях. Их отождествление до определенного момента объяснялось тем, что подавляющее большинство подобных условий повсеместно используется представителями соответствующей отрасли экономики, особенно в области финансовых услуг. Нередко такие условия консолидируются ассоциациями представителей отрасли и рекомендуются их членам и отрасли в целом как «лучшие практики», представляя собой этакие аналоги кутюмов Нового времени, собранных и изложенных лучшими юристами той эпохи. Впрочем, литература и судебная практика отошли от такого понимания стандартных условий уже в 1960-е годы, осознав, что «обыкновение» включать в договоры определенные условия вызвано отнюдь не позицией всех акторов данного рынка (*communis opinio*), а лишь экономической концентрацией, поскольку деловая среда Германии традиционно очень расположена к появлению картелей. Тем не менее и до сей поры осталось достаточно много значимых элементов этого устаревшего воззрения. Однако нельзя не отметить, что многие из них ощутимо угасают.

Такое богатое и пестрое наследие способов концептуализации, определяя современный облик AGB-Recht, не дало эффективных решений по существенным практическим проблемам.

Во-первых, проверка содержания работает против включенных в договор условий, но не дополняет его необходимыми условиями. Ввиду этого, например, законодатель издает специальные распоряжения, в которых императивно дополняет отношения различными видами обеспечений, без которых защищенность клиента на самом деле совершенно недостаточна, даже если убрать из договора все несправедливые условия⁹. Такую функцию могло бы выполнять дополняющее толкование, но на сегодняшний день этот инструмент настроен только восполнять пробелы, вызванные отпадением несправедливых условий. Усиливать позицию контрагента лица, использующего стандартные условия, упомянутый институт не приспособлен, хотя если брать классический кейс «*Tagespreisklausel-2*», о котором речь пойдет ниже, то там как раз позиция клиента была усилена в рамках дополняющего толкования правом на расторжение в ответ на одностороннее увеличение «применителем» цены договора. Тем не менее едва ли можно представить себе, чтобы суд дополнил договор обеспечением обязательства, даже если клиент без этого лишь с малой вероятностью добьется надлежащего исполнения.

Во-вторых, крайне сложно гражданско-правовыми средствами и разрешением индивидуальных споров создать превенцию, а без нее стандартные условия, уже давно признанные ничтожными, будут и дальше активно использоваться в до-

⁸ *Flume W.* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Das Rechtsgeschäft. 4. Aufl. Berlin; Heidelberg; New York, 1992. S. 671.

⁹ В частности, Makler- und Bauträgerverordnung, по образцу которого написан отечественный Федеральный закон от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (с изм. и доп.) устанавливает ряд обеспечений в пользу приобретателей будущей недвижимости: неустойки и предварительную запись об отчуждении земельного участка, поскольку договор с застройщиком, по общепринятому мнению и вопреки растиражированному в отечественной литературе и судебной практике представлению, помимо подряда в отношении будущего здания или помещения, содержит элемент продажи земельного участка, на котором ведется строительство (в отечественном аналоге, в отсутствие соответствующего института формального регистрационного права, предусмотрен залог).

говорной практике¹⁰. Данная проблема была частично решена «популярными» исками (*actiones populares*) обществ по защите прав потребителей и судебными штрафами против всех, кто продолжит использовать ничтожные стандартные условия. Вероятнее же всего, что решения по любым искам о признании несправедливых условий недействительными должны «транслироваться» на всю судебную практику. Но такой подход сложно примирить с индивидуальным характером споров, что показывает также неприспособленность для такой задачи их процессуальной формы — проблема, все чаще дающая о себе знать и в ряде других областей (например, в защите инвестиций в ценные бумаги, для которой немецкий законодатель ввел особое «образцовое» производство, «*Musterverfahren*», положительный исход которого для владельца ценных бумаг используется в других аналогичных спорах как безусловное основание для присуждения другим владельцам таких же ценных бумаг). К примеру, если бы высшие суды Германии могли выпускать акты, аналогичные постановлениям пленумов российских высших судов, у них мог бы получиться документ, похожий на эдикт курульных эдилов.

В-третьих, сам характер проверки означает, что суд никогда не скажет, какое условие было бы действительным, и, как следствие, применители оказываются в полной неопределенности не только относительно того, какие условия использовать впредь, но даже относительно условий договора, которые суд непосредственно оценивает. Давно осознано и то, что клиенты могут извлекать из такого положения необоснованную выгоду (например, в случае полного отпадения права на одностороннее изменение цены в долгосрочном договоре, когда цена будет определена по уже годами не актуальным данным). Тем не менее каких-либо решительных шагов по решению этой проблемы суды не предприняли. Более того, наметился тренд к игнорированию данного затруднения через ограничение восполняющего толкования стандартных условий. Сегодня (после решения 2008 г., опубликованного в BGHZ 176, 244) считается, что даже такие «потакания» лицам, использующим стандартные условия, ослабляют превенцию, столь нужную для очищения гражданско-правового общения от несправедливых стандартных условий.

Таким образом, как бы детально ни были проработаны положения о стандартных условиях сделок, если взглянуть на общую картину, оказывается, что рассматриваемое регулирование далеко не эффективно: с одной стороны, оно не охватывает весь необходимый инструментарий, с другой — имеются многочисленные противоречия различных частей такого регулирования. Перейдем к рассмотрению противоречий.

2. Наслоение первое. Превенция

Отечественному цивилисту сложно представить себе существование таких категорий, как гражданско-правовая превенция или гражданско-правовое наказание, однако эти концепции уже довольно давно признаны и специально изучались в немецкой литературе¹¹.

Применительно к рассматриваемой тематике проблема вскрылась при применении § 138 ГГУ. Тогда суды столкнулись с вполне понятными просьбами «выго-

¹⁰ Известен случай, когда условие, признанное ничтожным в 1917 г., продолжало повсеместно встречаться в договорах с банками еще в 1972 г. (*Emmerich V. Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen // Juristische Schulung. 1972. S. 367*).

¹¹ См., напр.: *Wagner G. Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht — Anmaßung oder legitime Aufgabe // Archiv für civilistische Praxis. 2006. Bd. 206. S. 352–476; Schäfer C. Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht // Archiv für civilistische Praxis. 2002. Bd. 202. S. 397–434.*

доприобретателей» от ростовщической сделки, чтобы суды не просто признавали ничтожность последней, а обозначали, какое договорное регулирование было бы правильным, и сразу бы исходили из него, как если бы именно такое регулирование стороны и закрепили в своем договоре. Это так называемая сохраняющая действие сделки (или условия) редукция, аналог телеологической редукции в учении о толковании сделок (ср. сноску 17). Операция по своей цели и эффекту схожа с конверсией сделки, то есть направлена на «спасение» ничтожного условия (и, возможно, всей сделки в зависимости от значимости условия), и превращение этого условия в действительное за счет игнорирования его буквального смысла и посредством толкования, при котором оно действительно. Тем самым суд не признает условие (или всю сделку) ничтожным¹², а исходит из иного содержания этого условия — содержания, которого у спорного условия нет, но при котором оно не было бы признано несправедливым. Суд «переиницирует» условие, как бы заявляя, что стороны на самом деле не то имели в виду (действительно, какой разумный участник общения стал бы сознательно включать заведомо недействительное условие?). Для этого суд, например, определяет предельный параметр рассматриваемого условия, с превышением которого оно становится ничтожным, и признает, что, несмотря на буквальный смысл, в договоре на самом деле было условие с этим предельным параметром.

Указанная операция отличается от ограничительного толкования следующим. Во-первых, ограничительное толкование не сопряжено с проблемой недействительности и осуществляется не потому, что надо «спасать» условие или сделку. Во-вторых, ограничительное толкование предполагает не отступление от буквального смысла, а наличие порока в самом этом буквальном смысле, когда одно и то же положение само допускает два и более вариантов толкования, а не потому, что надо «спасать» условие. Как правило, речь идет об условии в зависимости от его интерпретации, более или менее обременительном для «потерпевшей» стороны договора либо более или менее выгодном для другой стороны. По этой причине нередко на сторону, выигрывающую от условия (например, должник применительно к ограничению ответственности), возлагается особое бремя формулирования этого условия, ведь если сторона была в нем заинтересована, она должна была приложить усилия к тому, чтобы условие было ясным и не толковалось против нее. Соответственно, суд выбирает между возможными толкованиями. При этом в Германии общим правилом является как раз несогласованность двусмысленного условия, и только AGB толкуются против применителя, а также условия, ограничивающие ответственность, — против должника (сноска 20). Результатом же редукции является положение, которое стороны точно не формулировали, но которое по содержанию ближе всего к ничтожному условию, которое стороны по факту согласовали¹³.

Несмотря на общее скептическое отношение к редукции, тем более что даже при двусмысленности условие, по общему правилу, не согласовано, немецкие суды признали ее допустимость в очень специфическом случае — поставке пива. Пивоварни заинтересованы в условиях, обеспечивающих им надежность сбыта на годы. В частности, они старались устанавливать срок действия договоров, превышающий и 30, и 40, и 50 лет. Немецкие суды нашли возможным не только сказать, что такое условие несправедливо как существенно ограничивающее экономиче-

¹² Тогда если ничтожно только условие, то применяются диспозитивные нормы или осуществляется восполняющее толкование.

¹³ Подробнее см.: *Krampe C. Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln — Eine Bestandsaufnahme zur neueren Rechtsprechung und Literatur // Archiv für civilistische Praxis. 1994. Bd. 194. S. 1–41.*

скую свободу розничных продавцов, но еще и признавать, что договор все же сохраняется с условием ограничения срока его действия 20 годами¹⁴.

Напротив, общим подходом является запрет любых редуций и конверсий в случае ничтожности по § 138 ГГУ, и еще в 1970-е годы немецкие юристы отчетливо сознавали, что это не что иное, как гражданско-правовая превенция¹⁵. Формально суть такого подхода состояла в том, что не дело суда формулировать за стороны их договорные условия. Однако бывают элементарные ситуации, когда известен предельный параметр условия, с превышением которого признается ничтожность, и суду может быть очевидно, каким был бы объем обязательства должника в отсутствие злоупотреблений свободой договора со стороны контрагента. Тогда-то и оказывается, что единственным основанием для отказа в «перепрочтении» договора будет превенция, которая ввиду декларирования судом ничтожности таких положений побуждает впредь не включать их в свои договоры. Стимулирование направлено на то, чтобы уже в сам текст договора не включалось такое условие и чтобы оно благодаря этому не было по факту исполнено внесудебно — ведь контрагенту может быть неизвестно о ничтожности условия.

Соответственно, логика превенции в виде запрета редуции несправедливых условий будет состоять в следующем: применителям нельзя рассчитывать на исправление их условий судом, они должны сразу стремиться к обоснованности своих условий, а иначе, при лояльном отношении судов, сохраняющих ничтожное условие в части, эти лица ничего не теряют. Ведь если клиент вдруг доведет дело до суда, последний просто «перепрочитает» данное условие, а если же спор до суда не дойдет, то применитель условия вообще воспользуется его буквальным смыслом, оказывая психологическое давление на клиента, возможно, не догадывающегося о ничтожности упомянутого условия или же опасющегося, что суд ни к чему не приведет. Учитывая незначительность такого рода споров, до суда клиент, скорее всего, и не дойдет, а ничтожное стандартное условие навсегда продолжит свое фактическое регулятивное воздействие, несмотря на то что оно давным-давно признано судами несправедливым.

Неоднозначна судьба этой превенции в институте стандартных договорных условий. Длительное время суды спокойно относились к редуции ввиду следующих факторов.

С одной стороны, подобному оппортунизму способствовало нормативное представление о стандартных условиях сделок — подобно закону, их следовало толковать ограничительно, сохраняя их силу¹⁶. Подробнее влияние этого фактора будет рассмотрено ниже.

¹⁴ Roth H. Kommentare zu § 139, Rn. 69 // Staudingers J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil 4b: § 139–163. Berlin: Sellier — de Gruyter, 2015. S. 43.

¹⁵ Lindacher W. F. Grundsätzliches zu § 138 BGB: Zur Frage der Relevanz subjektiver Momente // Archiv für civilistische Praxis. 1973. Bd. 173. S. 126.

¹⁶ По крайней мере, так воспринимается это современными авторами, напр.: Uffmann K. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. S. 219 (со ссылкой на рассуждения Й. Шмидт-Зальцера). Действительно, одним из первых вопрос обсуждал Й. Шмидт-Зальцер, и делал он это в таком ключе: вообще, если понимать стандартные условия всего лишь как часть договора, то ограничительное толкование неправильно; однако, поскольку упомянутые условия производят «наиндивидуальное» регулирование, подходы к их толкованию должны быть аналогичны толкованию закона, а потому телеологическая редуция суть мыслимый метод толкования. Тем не менее сам же Й. Шмидт-Зальцер остановился на том, что ограничительное толкование стандартных условий неправильно, потому что в этом случае суд вторгается в содержание договора и определяет объем обязательств, который должен определяться соглашением сторон. При этом ограничительное толкование прав контрагента лица, выставившего стандартные условия, не проходит проверку на возможность включения в договор (*Schmidt-Salzer J. Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen*. Berlin: Dunckers & Humblot, 1966. S. 212–214).

С другой стороны, до Закона 1976 г. суды преимущественно осуществляли проверку содержания в рамках ограничительного толкования, что нормально для споров по условиям индивидуальных договоров, но неэффективно, когда ведется борьба с распространением в экономике несправедливых условий. Кроме того, что еще более важно, такая проверка является неадекватным средством обоснования решения суда, потому что вынуждает не обсуждать обременительность самого условия, а выискивать двусмысленность в его формулировке, отчего позднее данную операцию окрестили «скрытая проверка содержания». Изначально речь шла о начале ограничительного толкования, которое, очевидно, не учитывало превенцию и, в отличие от позднее сформировавшегося правила, наиболее враждебного клиенту толкования (см. ниже), как раз спасало условие от ничтожности. Такой же эффект имеют «сальваторские условия»¹⁷, которые после появления того же закона массово стали недействительными применительно к стандартным условиям сделок¹⁸ в ситуации, когда в них предлагается не конкретная замещающая формулировка, а та же редукция чрезмерных условий до разумных.

После Закона 1976 г. проверка содержания стала «открытой». § 242 ГГУ, на котором до этого преимущественно основывалась практика как по признанию условий ничтожными, так и по ограничительному их толкованию, стал применяться субсидиарно, что открыло возможности по пересмотру практики по ограничительному толкованию. Указанный параграф применительно к индивидуальным договорам до сей поры служит основой применения правила толкования ограничений ответственности, звучащего как «сомнения толкуются против должника»¹⁹.

Уже в 1981 г. Верховный суд принимает знаковое решение, в котором он отказался осуществить редукцию, практически не требовавшую переформулировать за стороны их условия. Выбирая между, во-первых, полной ничтожностью условия о сроке, во-вторых, действительностью указанного условия, в-третьих, редукцией до двух лет, он поддержал позицию нижестоящих судов о том, что пять лет — это слишком обременительный срок, однако отказался редуцировать срок до двух лет, хотя практика, признававшая, что именно это предельно допустимый срок, уже сложилась и не вызывала у него сомнений²⁰. Мотивируя свой подход, Верховный суд сослался на то, что стандартные условия выполняют в том числе информационную функцию²¹, поэтому нельзя просто вложить в буквальный смысл то, что из него не следует.

С этого решения начинается длительная и запутанная история запрета сохраняющей условие редукции. Ее запутанность состоит в том, что довольно быстро в практике появилось немало ограничений этого правила, так что уже в начале

¹⁷ То есть не условия, допускающие частичную недействительность, что совпадает с абз. 2 § 306 ГГУ, а условия, позволяющие осуществлять ту самую редукцию.

¹⁸ Причем неважно, от каких оснований недействительности такое условие спасает стандартное условие, — это может быть не только недействительность по § 307–309 ГГУ (подробнее см.: Schmidt H. Kommentare zu § 306, Rn. 39–41 // Ulmer/Brandner/Hensen. AGB-Recht. Kommentar. 12. Aufl. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016. S. 446).

¹⁹ Grüneberg Ch. Kommentar zu § 276, Rn. 36 // Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. 80. Aufl. München: C. H. Beck, 2021. S. 370.

²⁰ BGHZ 81, 109.

²¹ По неясной причине в учебной литературе до сих пор ее не выделяют, ограничиваясь функциями рационализации, восполнения пробелов регулирования и перекладывания рисков и невыгод на контрагента. Но за такое выделение высказывались авторитетные авторы, напр.: Heinrichs H. Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen // Lebendiges Recht — Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1995. S. 162.

1990-х годов некоторые авторы предвкусали скорую его отмену²². Но отмены не произошло, а коллекция ограничений применения обсуждаемого приема юридической техники только усложнилась и дополнилась различными коллизиями. Рассмотрим наиболее интересные из них, демонстрирующие влияние идеи превенции.

Главный вопрос — делимость условий. Проверка содержания должна вести к отпадению отдельных условий целиком²³, редукция же делает единое условие «делимым», из него выделяются и удаляются части, делающие условие недействительным, и притом вопреки буквальному смыслу, потому что удалить из чрезмерного условия о сроке несколько лет — это уже не столько результат делимости, сколько изменение содержания. Запрет редукции предполагает, что отдельное условие уже не может быть поделено на части, но не исключает того, что в одной формулировке заключено два и более отдельных условия, из которых недействительные могут быть просто вычеркнуты. Соответственно, возникает вопрос: в какой момент начинается запретная редукция отдельных условий вместо легитимного «целикового» отбрасывания недействительных условий с учетом того, что единое условие может быть сформулировано так, что разные его части будут разбросаны по всему документу, а также оно может иметь связи различной степени интенсивности с другими условиями?²⁴

На уровне дидактических материалов до сих пор считается, что пределом редукции является «blue pencil test», то есть для определения недействительного условия нужно работать не с содержанием, а с текстом: если текст позволяет вычеркнуть недействительную часть, оставшаяся часть сохраняет действие. Разумеется, на практике тест не сработал, и суды пошли в сторону содержательного критерия.

Особенно этот тренд проявился в спорах по условиям договоров найма жилья, которые исторически славятся непримиримой борьбой нанимателей и наймодателей, объединяющихся в некоторых странах в корпорации, защищающие их права и создающие аналоги тарифных соглашений трудового права²⁵. При разрешении этих споров было обнаружено, что нельзя вычеркнуть какой-то вид работ в рамках текущего ремонта, который является излишним и чересчур обременительным, нужно признавать недействительными все связанные с ним работы²⁶.

Тем самым исключение из запрета редукции обернулось его расширением. Поводом послужило опять же соображение превенции, эффективность которой будет существенно понижена простым «blue pencil test», ведущим к изменению содержания регулирования и разрыву с буквальным смыслом²⁷.

Другой главный пример — восполняющее толкование после отпадения ничтожного условия. Уже само по себе такое толкование снижает эффективность запрета редукции, потому что сводит на нет превенцию. Отдельные авторы прямо относят его к разновидности редукции²⁸.

²² Особенно: *Hager J.* Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion // *Juristen Zeitung.* 1996. S. 175–179.

²³ Здесь § 306 ГГУ устанавливает исключение из § 139 ГГУ, которым определяется в качестве общего правила («презумпции») неделимость сделки.

²⁴ Довольно редкое исследование на тему, как соотносятся положения договора (как элемент текста документа) и его условия (как элемент содержания): *Sicchiero G.* La clausula contractual // *Anuario de derecho civil.* 2006. Vol. 59, no. 4. P. 1642–1657.

²⁵ Яркую иллюстрацию дает Швейцария: *Conod P., Bohnet F.* Droit du bail: Fond et procédure. Bâle (Basel), 2014. P. 3–5.

²⁶ BGH NJW 2009, 1408.

²⁷ Напр.: BGH NJW 2003, 2899.

²⁸ *Roth H.* Geltungserhaltenden Reduktion im Privatrecht // *Juristen Zeitung.* 1989. S. 412.

Как ни странно, немецкая судебная практика успела опробовать разные подходы. В наиболее важном судебном акте (дело «Tagespreisklausel-2»²⁹) восполняющее толкование было в принципе допущено. В пользу этого говорили следующие доводы.

Во-первых, § 306 ГГУ хотя и не допускал его прямо, однако позволял восполнение существующих пробелов на основании законодательных положений, прежде всего при помощи диспозитивных норм. Превенция должна была бы препятствовать применению и диспозитивных норм, когда это смягчает последствия отпадения несправедливого условия для его применителя. Так, считается, что восполняющее толкование невозможно в случае недобросовестности лица, использовавшего несправедливое условие, когда оно знало о его несправедливости, но намеренно включило его в текст договора (BGHZ 151, 229). Аналогичный подход должен был быть выработан и применительно к диспозитивным нормам.

Во-вторых, в сходном ключе обмолвился законодатель, который в пояснительной записке к Закону 1976 г. прямо допускал восполняющее толкование. Соответствующее положение первой редакции закона не попало в него только потому, что и так понятно, что к нему надо обращаться³⁰.

В-третьих, отпадение ничтожного условия не должно приносить необоснованные выгоды клиенту, хотя превенция как раз могла бы служить им основанием, подобно тому как астрент может оказаться основанием получения значительной выгоды, которая ничем другим бы не обосновывалась. В итоге, когда Верховный суд признал, что поставщик предусмотрел в своих AGB ничтожное условие о праве изменять цену товаров в одностороннем порядке по истечении определенного времени в сравнении с проспектом на момент заключения сделки, он одновременно сохранил это право в рамках восполняющего толкования, уравновесив его правом контрагента расторгнуть договор, если новая цена ему не понравится.

Таким образом, путем восполняющего толкования Верховный суд дополнил договор отсутствовавшим в его тексте правом клиента на расторжение. По существу, такое толкование является усилением позиции клиента в сравнении с условиями заключавшегося им договора, хотя в литературе так это не трактуется, а со стороны судов больше не было осознанных попыток продолжить вполне мыслимое и обоснованное движение в сторону дополнения договоров условиями, нужными контрагенту лица, использующего стандартные условия, но не включенными последним.

Вместо этого после 2008 г. Верховный суд ужесточил практику по восполнению пробелов, рассматривая споры опять же об одностороннем изменении тарифов энергоснабжающими организациями³¹. В них он признал, что восполняющее толкование возможно только в исключительных случаях, когда сохранение договора с учетом абз. 3 § 306 ГГУ необходимо, но и отпадение условия ведет к чрезвычайной его невыгодности. В этом проявилось усиление превентивной функции запрета сохраняющей условие редукции, но проблема далека от решения по следующей причине.

²⁹ BGHZ 90, 69.

³⁰ Изначально законопроект в абз. 2 § 5 содержал прямую ссылку на необходимость восполнения пробелов «согласно природе договора» (Bundestags — Drucksache 7/3919. S. 4, 21). В итоге фраза была заменена на восполнение «согласно законодательным предписаниям», что по умолчанию охватывало § 157, 242 ГГУ, на которых основано восполняющее толкование договоров (Bundestags — Drucksache 7/5422. S. 5).

³¹ Подробнее см.: *Uffmann K. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. S. 183–186.

Довольно спорно утверждение о возможности восполняющего толкования собственно стандартных условий сделок, ведь если брать коллективные процессы, которые призваны исключить несправедливое условие из оборота, то они не предполагают восполняющего толкования в случае признания спорного условия ничтожным. Получается, что восполняющее толкование — это развитие логики не стандартных условий, а индивидуального договора, который все равно остается ядром любой сделки, содержащей стандартные условия.

Здесь проявляется момент, который до сих пор оставался вне поля зрения судов. С одной стороны, давно вызрело и сложилось понимание, что как стандартные квалифицируются не договоры (формуляры), а отдельные условия. С другой стороны, формуляры остаются тем, что имеют перед глазами судьи. Вследствие чего различие в договоре индивидуальных и стандартных элементов остается недостаточно развитым. Немецкие суды оказались не в состоянии различить в одном и том же условии элемент стандартного условия, который нельзя редуцировать, и элемент индивидуального условия, на который запрет редукации не распространяется и который может и должен быть восполнен в случае отпадения «смешавшегося» с ним стандартного условия, потому что это элемент воли уже обеих сторон, а не только лица, использующего стандартные условия.

Как следствие, судебная практика и литература дошли до спорной позиции, что такое толкование имеет предметом также стандартные условия, а потому должно быть в их случае деиндивидуализировано для того, чтобы получающееся в результате договорное условие могло единообразно использоваться всеми судьями при восполнении аналогичных пробелов в других подобных формулярах³².

Но даже если признать это ошибкой и начать различать стандартное и индивидуальное в отдельных условиях, превенция позволяет увидеть даже в данном разграничении снижение эффективности запрета редукации ввиду восполняющего толкования. Превенция возникла из практики применения § 138 ГГУ, где ничтожность поражала не просто индивидуальные условия, а прежде всего условия о цене и предмете сделки. Поэтому с точки зрения превенции бессмысленно выделение некоего «индивидуального ядра» в стандартном условии, даже когда оно очевидно, как в случае с условиями о порядке изменения существенных условий (например, право на одностороннее изменение цены). Любое восполняющее толкование также нарушает информационную функцию стандартных условий.

Единственный выход, на самом деле, состоял бы как раз в том, чтобы суд переформулировал стандартные условия, но опять же не на индивидуальном, а на коллективном уровне. По сути, суд этим и занимается, во-первых, когда осуществляет восполняющее толкование стандартных условий, а во-вторых, когда рано или поздно, после многочисленных попыток лиц, использующих стандартные условия, нащупать сбалансированное решение, признает какую-то формулировку разумной. На таком коллективном уровне (который, как указывалось, только начинает учитываться современной процессуальной формой) принцип процессуальной экономии говорит в пользу того, чтобы суд не ждал, когда ему, наконец, предложат подходящую формулировку. Необоснованные же отступления от разумной формулировки должны наталкиваться на куда более эффективную превенцию — штрафы.

³² Подробнее см.: *Schlosser P.* Kommentare zu § 306, Rn. 12 // *Staudingers J. von.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. AGB-Recht. Berlin: Sellier — de Gruyter, 2014. S. 184. — Чем в этом случае восполняющее толкование договора отличается от восполняющего толкования диспозитивного права, на самом деле неясно. В пользу последнего понимания см.: *Uffmann K.* Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. S. 194–200 («скрытое развитие права судами»).

3. Наслоение второе. Нормативная теория

Формально нормативная теория стандартных условий сделок была отброшена очень давно³³, однако ее влияние очень хорошо чувствуется до сих пор.

Изначально не наблюдалось того настороженного отношения к стандартным условиям сделок, каким оно является сейчас. В них видели обыкновения и едва ли не обычаи оборота (один из первых исследователей говорил даже о «самосозданном праве экономики»³⁴, что могло бы и исключить вмешательство государства в их регулирование), пока не признали, что все-таки эти условия, в отличие от действительно взвешенных и нейтральных диспозитивных норм, суть не отражение принятых в отрасли практик, а продвижение определенных интересов и реализация экономической власти, а потому едва ли они заслуживают признания их по умолчанию справедливыми.

К слову, разница между обыкновениями и обычаями заключается в том, что обычай является нормой права, тогда как обыкновение является стандартной практикой, принятой в определенной местности, которая позволяет, во-первых, толковать условия заключенной там сделки, а во-вторых, дополнять эту сделку принятыми в практике условиями, поскольку стороны прямо не предусмотрели обратное³⁵. Стандартные условия сделок легко спутать с обыкновениями, когда они действительно одинаковы во всех договорах, используемых в отрасли³⁶.

Из данного представления выросли значимые элементы рассматриваемого института.

Во-первых и прежде всего, таковым является объективное толкование (в практике по страховым спорам суды до сих пор называют его «законоподобным»³⁷). Существует множество ситуаций, когда суды прибегают к объективному толкованию, суть которого состоит в исключении из факторов, определяющих результат толкования, обстоятельства, которые не были зафиксированы в документе, содержащем толкуемые положения. Основанием для объективного толкования может быть публичная достоверность документа, когда реестр или ценную бумагу надо толковать «из самих себя»; но есть и объективное толкование в антимонопольной практике, когда нужно стимулировать стороны включать в документ, представляемый на проверку антимонопольному органу, все условия под страхом недей-

³³ Наиболее основательный и влиятельный анализ, предопределивший дальнейший ход развития мысли об их договорной природе, дал Л. Райзер, который все же делал акцент не на именно договорной природе, а на том, что основу стандартных условий составляет экономическая власть (*Raiser L. Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Bad Homburg vor der Höhe: Hermann Gentner Verlag, 1961. S. 59–89). Были и облегченные попытки обосновать это, например, отсутствием в законодательстве нормы, делегирующей хозяйствующим субъектам полномочия создавать нормы права (*Schmidt-Salzer J. Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen*. Berlin: Dunckers & Humblot, 1966. S. 49). Одновременно тот же автор активно развивал тему «на-диндивидуального» и «наддоговорного» характера стандартных условий, поэтому считал верным применять к ним подходы к толкованию, выработанные для закона (*Ibid.* S. 164).

³⁴ *Grossmann-Doerth H., von. Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*. Freiburg in Breisgau: Wegner Verlag, 1933.

³⁵ Подробнее см.: *Canaris C.-W. Handelsrecht*. 24. Aufl. München, 2006. S. 340.

³⁶ Не нужно забывать, что зачастую это достигается именно через координацию и своего рода «картель условий», а не стихийно, как должна складываться справедливая рыночная деловая практика.

³⁷ Вместе с некоторыми авторитетными авторами, причем с полновесным обоснованием, что это правильно ввиду «надиндивидуального» характера стандартных условий, см., напр.: *Schmidt-Salzer J. Recht der AGB und der missbräuchlichen Klauseln: Grundfragen // Juristen Zeitung*. 1995. S. 224–227.

ствительности всей сделки³⁸, а также объективное толкование корпоративных документов, когда нужно устранить информационную зависимость новых участников от договоренностей прежних³⁹.

Объективное толкование стандартных условий сделок сегодня отличается значительной спецификой по отношению ко всем перечисленным выше видам объективных толкований.

Прежде всего, его характерной чертой является отнюдь не то, что стандартные условия должны пониматься «из самих себя», а то, что в процессе толкования не должна никак учитываться история формирования условия, начиная с «мотивов» на стороне применителя и заканчивая переговорами сторон, пока и поскольку условие квалифицируется как стандартное, а не как индивидуальное. Ведь условия, коли их включили в договоры, должны использоваться одинаково во всех договорах, независимо от результатов переговоров с отдельными контрагентами; иное было бы невозможно только при коллективном переговорном процессе.

С одной стороны, такое понимание позволяет избавить контрагентов лиц, пользующихся стандартными условиями, от информационной зависимости, когда условия полностью составляются последними⁴⁰.

С другой стороны, объективное толкование обеспечивает очень важную функцию стандартных условий — рационализацию договорной практики. Функция рационализации является одним из важных обоснований допустимости стандартных условий как явления, поскольку без этого с практикой их использования следовало бы бороться как с источником многочисленных злоупотреблений, не говоря о том, что такие условия уже по самой сути своей не являются предметом соглашения сторон, раз определялись только одной из них.

Итак, подобно толкованию закона, объективное толкование стандартных условий сделок обеспечивает их единообразное понимание. Эта задача подчеркивается компетенцией Верховного суда, который вправе рассматривать жалобы, связанные с условиями, используемыми за рамками одного судебного округа (а на уровне одного судебного округа единообразие может поддерживать высший суд земли⁴¹).

Но значение объективного толкования могло бы быть куда более широким. Так, объективное толкование могло бы служить основанием запрета сохраняющей условие редукции, поскольку «переиначивание» буквального смысла противоречит прежде всего требованию объективного толкования. Объективное толкование при этом допускает толкование против составителя (абз. 2 § 305с ГГУ), но опять же потому, что толкование против составителя вызвано разночтениями, а не вложением в текст того смысла, который из него не следует. Толкование против составителя

³⁸ Подробнее см.: *Odersky W.* Formerfordernis und Auslegung kartellrechtlicher Erklärungen // *Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag.* Tübingen, 1998. S. 595–597.

³⁹ Подробнее см.: *Rudolphi E.* Inhalt und Auslegung der Satzung der GmbH: Inaug.-Diss. Bonn, 2004.

⁴⁰ В практике одного из авторов этих строк был показательный случай, когда условия дополнительного соглашения, основанного на закупочной документации, формировались несколькими не связанными друг с другом отделами юридического лица, выставявшего условия. Несмотря на то что подходы каждого отдела не были согласованы между собой, а также противоречили первоначальному значению терминов, отечественный суд не стал придавать этой ситуации особого значения, практически на слово веря лицу, выставявшему условия. Такое же отношение судов типично для споров с банками. Именно против плохой организации договорной работы на стороне составителя текста договора направлено регулирование, превращающее толкование в ответственность.

⁴¹ Подробнее см.: *Галин К. А., Жужалов М. Б.* Правила толкования общих условий заключения сделок в Германии // *Свобода договора: сб. ст. / под ред. М. А. Рожковой.* М.: Статут, 2016. С. 249–352.

как раз имеет дело с теми результатами, которые дает объективное толкование, а не редуцирует обременительное условие в пользу контрагента лица, использующего обременительное стандартное условие (ср. сопоставление ограничительного толкования и редукции выше).

Точно так же объективное толкование должно стоять за специфической модификацией толкования против составителя, которая принята в Германии под влиянием коллективных процессов: вместо ограничительного наиболее дружелюбного клиенту толкования суды используют, наоборот, наиболее враждебное клиенту толкование. Смысл этого подхода состоит в том, чтобы истолковать стандартное условие не ограничительно, а, наоборот, так, чтобы оно было признано ничтожным — и отпало вовсе.

Оснований для данного способа толкования имеется множество, но исторически победило в судебной практике одно из них. Верховный суд рассуждал о том, что будет, если на основе Закона 1976 г.⁴² одно и то же условие будет толковаться в рамках индивидуального, а потом коллективного процесса. На тот момент наиболее враждебное клиенту толкование было принято в коллективном процессе, поскольку иначе существенно понизилась бы его эффективность. Ведь многие условия признавались бы действительными благодаря ограничительному толкованию, хотя бы внесудебно клиенту можно было бы навязать наиболее обременительное для него понимание⁴³.

В результате Верховный суд решил, что вне зависимости от процесса необходимо толковать любые противоречивые стандартные условия наиболее враждебным клиенту образом, когда одно из толкований, подсказанных объективным толкованием, ведет к ничтожности условия⁴⁴. В этой связи следует отметить, что гипотетически некоторые авторы признают, что может возникнуть ситуация, при которой отпадение условия только ухудшит положение клиента, и потому наиболее враждебное клиенту толкование является лишь общим правилом, подразумевающим исключения⁴⁵.

Проведенные наблюдения позволяют сделать значимое обобщение, что именно объективное толкование вытесняет из практики любые виды ограничительного толкования, — и именно оно должно быть признано основой для запрета редукции. Объективное толкование в нынешней интерпретации должно быть не следствием «нормативной» природы AGB и подпоркой рационализирующей функции, а проявлением их информационной функции. В этой связи можно прийти к выводу о системообразующем значении информационной функции стандартных условий сделок, которая делает логичным и обоснованным переход от «скрытой проверки содержания» к «открытой».

Вторым куда менее важным сегодня и тем не менее очень примечательным элементом института стандартных условий сделок являются неожиданные условия. Логика появления этой категории становится понятна в свете сделанной выше исторической выкладки: если условие стандартно в договорной практике данного применителя, но в то же время «нестандартно» для данной отрасли, то на включение такого условия нужно обратить особенное внимание контрагента, иначе оно не считается включенным.

⁴² Понятно, что до него такой подход появиться не мог с учетом сказанного выше о «скрытой проверке содержания».

⁴³ На такую же логику запрета редукции обращалось внимание выше, что говорит в пользу единого источника этих подходов.

⁴⁴ BGH NJW 2008, 2172.

⁴⁵ Schlosser P. Kommentare zu § 305c, Rn. 108 // Staudingers J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. AGB-Recht. Berlin: Sellier — de Gruyter, 2014. S. 157.

Здесь следует обратить внимание на то, что нормативное понимание стандартных условий в принципе предопределило такой вид проверки, как проверка включенности условия в договор. Изначально, когда их признавали обыкновениями, стандартные условия даже не нужно было специально упоминать⁴⁶. Соответственно, при отходе от нормативного понимания стандартных условий нужно было признать, что такие условия считаются включенными, только если использующее их лицо справилось с бременем уведомления контрагента о наличии этих условий. Данный подход эволюционировал от бремени применителя сослаться на сам факт их использования⁴⁷ до бремени предоставить клиенту разумную возможность ознакомиться с ними⁴⁸.

Неожиданные условия в этом плане — следующий этап проверки на включенность, потому что если первый этап требует хотя бы бланкетной ссылки на наличие стандартных условий и касается включения совокупности таких условий вообще, то неожиданными являются отдельные условия, которые выделяются нестандартностью.

С отходом от нормативного понимания категория неожиданных условий также трансформировалась и стала в большей степени формальной. Теперь такая характеристика говорит прежде всего не про содержание, а про форму подачи информации о стандартных условиях. Печально знаменитые написанные мелким шрифтом на полях условия — это как раз пример неожиданных условий.

Сегодня категория неожиданных условий применяется редко ввиду бурного развития требования прозрачности договорных условий⁴⁹. Нужно учитывать и то, что в рамках коллективного процесса не проводится проверка включения стандартного условия в содержание договора, а значит, условие, которое из-за неясности не проходило в индивидуальном процессе проверки факта его включения в договор, в коллективном процессе не избежит упрека в нетранспарентности.

В целом подходы, принятые в коллективных процессах, вытесняют и угнетают подходы индивидуальных процессов, но это означает лишь то, что в принципе меняется предмет спора, поскольку стандартное условие сделок оспаривается уже не как часть конкретного договора, а как самостоятельная сущность, как положение, действующее вне рамок конкретного договора.

Данное замечание позволяет перейти к третьему важному наслоению.

4. Наслоение третье. Стандартные условия как часть договора

Как отмечалось, § 242 ГГУ до реформы 2002 г. был основой для регулирования преддоговорных отношений. Как ни странно, эта тема весьма близка к стандартным условиям сделок хотя бы по следующим причинам.

Во-первых, данные условия формируются, выставляются и даже связывают стороны еще до появления между ними формализованных договорных отношений, что хорошо видно по номеру первому § 308 ГГУ, который ограничивает неразумно длинные сроки на рассмотрение оферт⁵⁰.

⁴⁶ Подробнее о «Wissenmüssen» см.: *Helm J. G. Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag // Juristische Schulung. 1965. S. 124, 125.*

⁴⁷ Здесь опять же сказывается влияние стандартных практик — считается, что контрагент их все знает.

⁴⁸ Абзац 3 § 305 ГГУ с исключением его применения к предпринимательским отношениям в абз. 1 § 310 ГГУ.

⁴⁹ Подробнее см.: *Thalmair P. Vom Postulat der Überraschungsfreiheit von AGB-Klauseln zu ihrer Transparenzkontrolle: Inaug.-Diss. München, 1999.*

⁵⁰ Детлеф Леенен объясняет это через наличие в данном случае неформализованного соглашения о ведении переговоров (см.: *Leenen D. BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre. Berlin; New*

Во-вторых, ряд оснований для признания стандартных условий не включенными в договор или ничтожными явно относятся к преддоговорной стадии: то же бремя сослаться на использование стандартных условий является преддоговорной информационной обязанностью, санкцией за нарушение которой является не обязанность возместить убытки, — что характерно для категории бремени⁵¹, — а неприменимость стандартных условий, используемых не справившимся с бременем применителем.

В-третьих, основание для применения положений о стандартных условиях сделок является внедоговорным — некое лицо односторонне осуществляет власть по формированию условий договора при его заключении.

Наконец, подобно обычкновениям, стандартные условия объективно не являются лишь частью конкретного договора, существуя в договорной практике и предшествуя отдельному договору.

Тем самым несправедливые стандартные условия возможно было бы объяснить злоупотреблением свободой договора на преддоговорной стадии конкретного отношения. Однако, учитывая их использование во множестве договоров, их законность, откровенно говоря, не связана ни с одним конкретным договором вообще и ни с какими преддоговорными отношениями. Сомнительно поэтому, чтобы и их включение в договор обосновывалось свободой договора. Примечательно, что возможно применение стандартных условий по аналогии⁵².

На этом наблюдении основан упоминавшийся ранее коллективный процесс, суть которого заключается в следующем: если стандартное условие сделок только намеревались использовать, оно уже становится предметом проверки содержания по заявлению уполномоченной организации (общества по защите прав потребителей). Например, когда такое условие было лишь рекомендовано к использованию в рамках объединения представителей какой-либо отрасли (отзыва таких рекомендаций тоже можно требовать в рамках коллективного процесса).

Упомянутая проверка содержания вкупе с коллективным процессом позволяет признать, что основания исков о признании стандартных условий сделок ничтожными тяготеют к внедоговорным. И это не иски о взыскании убытков или об исполнении *in natura* к конкретному контрагенту, а иски, направленные на исключение из деловой практики несправедливых условий, то есть в известном смысле требование ко всем.

То, каким образом используются стандартные условия сделок, дает основания считать, что это своего рода локальные нормативные правовые акты, которые должны соблюдать представители предприятий, когда подписывают договор от имени соответствующего юридического лица или индивидуального предпринимателя. Стандартные условия сделок являются договорными условиями только в разрезе договорных отношений. В разрезе функционирования организации — это условия, которые нельзя пересматривать без соблюдения внутренних процедур. Иногда они — часть внутренних регламентов объединений представителей отрасли.

York: De Gruyter, 2011. S. 337), что напоминает одну из интерпретаций теории Иеринга о преддоговорной ответственности. В этом случае приходится задаться вопросом, насколько можно признать заключение такого соглашения посредством направления оферты на приглашение делать оферты (будет ли такое приглашение офертой, а оферта — акцептом на заключение такого соглашения)?

⁵¹ Вилинг Х. Й. *Venire contra factum proprium* и проступок в отношении себя // Вестник экономического правосудия. 2020. № 5. С. 30–40.

⁵² *Grüneberg Ch. Kommentar zu § 305c, Rn. 17 // Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. 80. Aufl. München: C. H. Beck, 2021. S. 434.*

Тем не менее над теорией стандартных условий сделок тяготеет главное на-слоение — то, что их действительность исторически рассматривалась в контексте договорного права, а значит, стандартное условие все равно оценивается в рамках конкретного отношения. Конечно же, с появлением абстрактной проверки содержания это следствие нивелировано на уровне масштаба проверки, но тогда нужно вернуться к исходной точке и пересмотреть ее, чтобы затем подвергнуть критическому анализу иные следствия исторически первого подхода. Эта точка — мнение, будто стандартные условия сделок суть часть договоров, в которые они включены. На самом деле стандартные условия все-таки не части договоров, даже когда они формализованы как часть договора (договора-документа, нужно подчеркнуть), поскольку они отвечают признакам нормативных актов.

Пересмотра требуют, впрочем, и критерии оценки. Если все-таки абстрактная проверка возможна, то на основе чего оценивать условие? Немецкие суды придумали причудливый механизм, который ныне отражен в § 307 ГГУ. Поскольку диспозитивное право формировалось незаинтересованным третьим лицом, оно в сравнении со стандартными условиями сделок справедливо. Значит, чтобы доказать справедливость стандартного условия, а также с учетом того, что только одна сторона ввела его в договор, надо обосновать справедливость отступления от диспозитивной нормы, которая действовала бы, если бы в силу свободы договора не было допущено одностороннее введение условий в договор (хотя есть мнение, что механизм договора не предполагает одностороннего введения условий в договор, и поэтому это не настоящие договорные условия в любом случае, даже если их действительность признается; см. ниже).

А что делать, если такой нормы нет? Надо провести операцию, аналогичную восполняющему толкованию, — сформулировать справедливое регулирование на основе цели договора и сравнить с ним регулирование согласно стандартным условиям. Такое регулирование будет содержать существенные права сторон, противоречие которым стандартного условия будет означать, что цель, ради которой контрагент лица, использующего стандартные условия, вступал в отношения с ним, оказывается неосуществимой или контрагент теряет во многом то, что получил бы при ее достижении (ср. понятие существенного нарушения в ст. 450 ГК РФ). Такой эффект стандартных условий был назван выхолащиванием цели договора.

Нечто похожее можно встретить в отечественной практике. Суды нередко ссылаются на то, что договорные условия противоречат существу законодательного регулирования⁵³. Причем наши суды уже знают случаи, когда такое противоречие вызвано не полным исключением права, а существенным его ограничением⁵⁴.

Здесь привлекает внимание следующее. Поставить диспозитивное право (или его аналог, основанный на цели договора) во главу угла — значит признать, что именно диспозитивное право должно было бы действовать, раз стороны вместе не договорились об условиях, а условия определяла только одна сторона. Это все равно что признать такие условия незаключенными, раз стороны по ним не договорились. Тем не менее за стандартными условиями не отрицается юридическая сила, напротив, одностороннее определение условий договора признается правомерным. Но при этом, чтобы стандартные условия были действительными, нельзя просто отступить от диспозитивного права, а нужно показать, что диспо-

⁵³ Впервые данная категория введена в постановлении Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25.

⁵⁴ Определение Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 306-ЭС19–24912 по делу № А65-3053/2019.

зитивное право недостаточно учитывало законные интересы лица, использующего стандартные условия.

В этом плане достаточно рано заговорили о связующем эффекте диспозитивного права, а следовало бы вообще говорить о том, что стандартные условия — то же диспозитивное право, только модифицированное под нужды конкретного лица, использующего стандартные условия, потому что по уважительным причинам диспозитивное регулирование ему не подошло, а договариваться с контрагентом не получилось из-за его пассивной позиции. Вместе с тем в литературе отмечается развитие регулирования как одна из важных функций стандартных условий сделок, развитие через них договорного регулирования. Что и говорить, если требование об исправлении недостатков попало в ГГУ после 2002 г. именно из договорной практики⁵⁵.

Такой подход, впрочем, привязывает проверку содержания к конкретному отношению или хотя бы к конкретному лицу, применяющему стандартные условия.

Не получается считать стандартные условия сделок частью договоров и с теоретических позиций. Благодаря влиянию В. Шмидт-Римплера⁵⁶, распространилось воззрение, что договор отличает процесс его формирования: стороны путем взаимных уступок соглашаются на включение в него наиболее выгодных условий, уравновешивая выгоды и невыгоды. За счет именно такого процесса заключения договора установленное им регулирование можно по умолчанию признавать правильным, не подвергать дальнейшей проверке и не прибегать к дополнительному регулированию. Однако, когда вышеописанный переговорный процесс невозможен, встает вопрос о том, насколько правильно считать, что перед нами вообще договор, и насколько стороны им связаны. Признание этого правового акта связующим для стороны, которая не участвовала в его выработке, отдает ответственностью за несовладание этим лицом с неким бременем участия в формировании правового акта (ответственностью за свои действия и бездействие).

Получаются три возможных подхода, упирающихся в различные понимания частной автономии и — как ее элемента — ответственности за собственные действия и вытекающих в итоге в «ограничения» свободы договора:

1) такая ответственность справедлива, если у стороны была возможность не подписывать договор (либеральная концепция свободы договора);

2) такая ответственность справедлива, но если другая сторона злоупотребила возникшей у нее возможностью, такие злоупотребления надо в любом случае пресекать;

3) договор просто не заключен, а если правовой акт должен действовать, то по каким-то другим соображениям.

Не единожды немецкие цивилисты присматривались к последнему подходу. Например, В. Флуме вообще полагал, что частная автономия не юридический принцип, а фактическая категория⁵⁷. Если сторона по факту не участвовала в формировании условий, значит, она не реализовывала частной автономии, а акт не является договором, даже если должен получить юридическую силу. Так, категория фактических договорных отношений в целом возможна, только не надо

⁵⁵ *Grüneberg Ch. Überblick vor § 305, Rn. 5 // Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. 80. Aufl. München: C. H. Beck, 2021. S. 422.*

⁵⁶ *Schmidt-Rimpler W. Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts // Archiv für civilistische Praxis. 1941. Bd. 147. S. 130–197.*

⁵⁷ См.: *Leenen D. BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre. Berlin; New York: De Gruyter, 2011. S. 2.*

называть их договорными — только и всего⁵⁸. Либо же нужно сказать, что все-таки совместное формирование условий имело место в каком-то базовом виде и состояло оно в том, что с согласия контрагента одна из сторон сформулирует второстепенные условия. В случае со стандартными условиями сделок В. Флуме признавал, что такая «реальная» договорная основа у включения их в сделку все же была. Тогда легко подыскивалось основание для проверки условий на предмет злоупотреблений — это § 315 ГГУ.

Соответственно, отправной точкой проверки справедливости стандартных условий могла стать и другая норма, нежели § 242 ГГУ. Начав с применения § 138 ГГУ к монополистам, практика абстрагировалась от монопольного положения предположившей эти условия стороны и пришла к тому, что стандартные условия сделок должны отвечать требованию справедливости не только в этих очевидных случаях, но и во всех случаях, когда одна из сторон пользовалась свободой договора односторонне. Более не принималось во внимание, почему так вышло, что инициативный контрагент односторонне определял условия.

Идее, что проверка содержания должна быть связана с самим фактом одностороннего определения условий договора, импонировал § 315 ГГУ. В силу данного параграфа, если одна сторона определяла условия договора для обоих контрагентов, суд вправе осуществить так называемую проверку справедливости. К стандартным условиям сделок, впрочем, параграф применялся по аналогии, поскольку в этом случае условия определялись не на основании договора, а до заключения договора (ср., впрочем, со сноской 38). Но механизм проверки представлялся тем же.

Разумеется, в формальном отношении § 242 ГГУ был выигрышнее аналогии. Но помимо этого, у § 315 ГГУ было еще два недостатка.

Во-первых, он вынуждал суд вмешиваться в содержание договора, тогда как § 242 ГГУ позволял просто отметить любые условия как ничтожные. При этом § 315 ГГУ остается применимым в тех ситуациях, когда условие об одностороннем изменении договора проходит проверку содержания.

Во-вторых, что более важно с учетом нашей темы, § 315 ГГУ имеет ту самую привязку к конкретному отношению, о которой говорилось ранее. То есть если бы суды последовательно применяли ту логику, согласно которой стандартные условия — те же условия договоров, а уважительные основания для отступления от диспозитивного права надо искать в особенностях договора, то именно § 315 ГГУ был бы идеальным инструментом проверки справедливости стандартных условий.

Но немецкая практика решила оценивать злоупотребления на основе требования добросовестности деиндивидуализованно, поэтому § 315 ГГУ оставил следы лишь в некоторых судебных актах⁵⁹. Как ни странно, и применение § 242 ГГУ не приводило к существенным сдвигам, потому что он также ориентирован на индивидуальные отношения⁶⁰. «Скрытая» проверка содержания никогда не доросла бы до абстрактной в описанной парадигме ее проведения. Только Закон 1976 г., и прежде всего введенный им коллективный процесс, смог произвести революцию и существенно ограничить влияние исторического пережитка — представления, что стандартные условия являются частью договора.

⁵⁸ *Flume W.* Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten // Archiv für civilistische Praxis. 1962. Bd. 161. S. 52–76.

⁵⁹ Так, по крайней мере, оценил масштабы его влияния М. Штоффельс: *Stoffels M.* AGB-Recht. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 2015. S. 145, Rn. 390, Note 16.

⁶⁰ Он остается основой для признания несправедливых условий недействительными применительно к индивидуальным договорам. Подробнее см.: *Coester-Waltjen D.* Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG // Archiv für civilistische Praxis. 1990. Bd. 190. S. 1–33.

В этой связи представляется, что немецкие суды признали особую природу стандартных условий сделок, что подчеркивается нынешней систематикой ГГУ: положения о них размещаются непосредственно перед положениями о договорах — даже до положений о преддоговорной ответственности в абз. 3 § 311 ГГУ. Но раз это не части договора, а некое особое явление, почему окончательно не прекратить рассматривать стандартные условия сделок сквозь призму институтов договорного права? На этот шаг немецкая юриспруденция так и не решилась, и неизвестно, решится ли...

В частности, сфера применения проверки на включение стандартных условий в договор существенно сузилась под натиском подходов, выработанных в коллективных процессах, и свелась к сугубо формальным моментам (проверке адекватности того способа, которым стандартные условия были доведены до контрагента). Возможно, проверка включенности сведется в итоге к проверке соблюдения лицом, использующим стандартные условия сделок, бремени ознакомления контрагента с используемыми им условиями.

Это возвращает нас к тому, с чего мы начинали, когда рассматривали соотношение запрета сохраняющей условия редакции и восполняющего толкования, — что первый имеет предметом стандартные условия в договоре, а второе — сам договор как целое, и потом такие явления пересекаются только на уровне создания превенции. В договоре необходимо различать индивидуальную и неиндивидуальную части и подчинять каждую часть своему режиму, но в то же время выработать подходы, определяющие соотношение данных режимов⁶¹.

Заключение.

Некоторые мысли об отечественном регулировании и теоретические выкладки о будущем института

Попытка подчинить свободу договора требованию добросовестности в постановлении Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора» не удалась, несмотря на то что режим данного постановления куда мягче действующего в Германии режима стандартных условий сделок. Однако общеизвестно, что данный германский институт строже всех известных европейских аналогов, что бьет по желанию работать в этой юрисдикции⁶². Фактически отечественные суды оказались куда большими либералами, чем их немецкие коллеги.

С одной стороны, такая модель поведения наших судов заложена в самом гражданском законодательстве, поскольку там, где тот же ГГУ говорит о ничтожности и дает суду безусловную свободу усмотрения, ГК РФ обставляет институт, подтачивающий надежность транзакции, такими условиями применения, что сводит его на нет. Что и говорить, если ст. 451 ГК РФ диспозитивна, — мыслимо ли такое в Европе? Мыслимо ли, чтобы в Европе ростовщическая сделка не могла быть оспорена уже через год после ее заключения, — между тем будучи договором с дящимся исполнением?

С другой стороны, суд может быть расположен к либеральной концепции свободы договора (как и к построению гражданско-правовых институтов на начале абстрактности, в принципе) по той единственной причине, что это избавляет его от

⁶¹ На существование и соединение в договорах двух этих элементов обращалось внимание очень давно (см.: *Reinhardt R. Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge // Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1957. S. 115–138*).

⁶² *Kaufhold S. AGB-Anschein trotz Verhandlungsbestätigung — Ist der Individualvertrag noch zu retten? // Neue Juristische Wochenschrift. 2014. S. 3488–3492.*

лишней нагрузки. И действительно, зачем углубляться в препарирование условий договора и вообще исследовать все сложное правоотношение, если можно остановиться на том, что документ, в шапке которого написано «договор», надо было «читать прежде, чем подписывать», и сторона, которая подписала его, несет за это полную ответственность.

Собственно, если антикаузализм может иметь современную яркую форму проявления, то позиция наших судов по проблеме была бы лучшей тому иллюстрацией.

Но, как указывалось, германская модель, какой бы проработанной и даже выстраданной она ни была, все еще далека от совершенства, и потребуются дополнительные реформаторские усилия, чтобы устранить все присущие ей недостатки, упирающиеся, как было показано, в основополагающие идеи обсуждаемого института. Трудно предположить, куда пойдет дальнейшее развитие, еще труднее — когда это произойдет, но можно попробовать более систематизированно изложить те теоретические идеи, которые приводились выше лишь *ad hoc*.

AGB являются переходом от регулирования отдельных отношений индивидуальными частноправовыми актами к нормативному регулированию⁶³. Это сложно понять, если не учитывать, что договор как документ содержит и собственно договорные условия, и иные положения, в том числе такие, которые предусмотрены законодательством и приведены в договоре либо в информационных целях, либо потому, что их прямо предписано включить в него. AGB регулируют отношения их применителя с неопределенным кругом клиентов, а значит, включение их в договор носит информационную функцию, тогда как сами эти положения не являются настоящими договорными условиями.

Приняв это «надиндивидуальное» понимание стандартных условий договора, далее можно заметить схожесть этой проблематики с проблематикой разъяснений налогового законодательства органами, не имеющими полномочий издавать нормативные правовые акты. И там и тут мы вроде бы имеем дело не с нормативными правовыми актами, если брать формальные критерии, однако очень сложно — и оказалось в итоге невозможным — игнорировать нормативные свойства данных актов. Как нормативные свойства обнаружились у разъяснений налоговых органов — и никто не стал упразднить сам источник проблемы, а именно полномочия давать разъяснения⁶⁴, так и стандартные условия являются актом применителя, нередко формализованным в виде приказа руководителя работникам организации заключать договоры на данных условиях (согласовывать отступления от стандартных условий с ответственными лицами), либо даже в виде рекомендаций, обязательных для членов ассоциации. Этот акт внешне базируется на свободе договора, но сие вызвано тем, что договор-документ не отличают от того, что является договором по своей сути. На самом деле, *стандартными условиями, особенно формулярами договоров, применитель регулирует свои типичные отношения с контрагентами, а не просто заключает отдельные сделки на таких условиях*. Поскольку клиенты принимают эти условия без изменений, их содержание доводится до клиентов, а не вырабатывается в процессе переговоров, и они используются единообразно в договорах с разными клиентами, это уже не условия отдельных договоров, а положения нормативного характера. Тем не менее допущение AGB (вместо признания их, скажем, условиями, не согласованными обеими сторонами, что более соответ-

⁶³ Ср.: *Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // *Агарков М. М.* Избранные труды по гражданскому праву. Т. II. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2004. С. 342. — Здесь противопоставление сделки и нормативного акта проводится по тому, что нормативный акт регулирует типические отношения.

⁶⁴ Подробнее см.: Пункт 4.2 постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 31.03.2015 № 6-П.

ствуется сути дела) означает, что подобные акты, имеющие нормативные свойства, основаны на частной автономии так же, как действительность отдельных сделок. Другими словами, частная автономия охватывает не только заключение отдельных сделок, но и принятие нормативных правовых актов, регулирующих отдельные договорные отношения с данным субъектом.

Что касается порядка оспаривания, то очевидно, что проверка таких актов должна быть строже, чем проверка договоров, содержание которых стороны выработывали совместно, а последствия отмены должны касаться не одного, а всех отношений применителя со своими клиентами. В идеале применитель должен проинформировать и других клиентов о недействительности одного из используемых им условий. Последовательное развитие этой идеи должно привести к тому, что в части стандартных условий на применителя должны возлагаться правообязанности: с одной стороны, он должен иметь право в одностороннем порядке менять эти условия, с другой — он должен это делать в особых случаях, в частности в случае признания соответствующего условия недействительным.

Нетрудно прийти к мысли, что такой порядок должен быть при этом универсальным для любых таких актов, условия которых принимаются контрагентом путем присоединения. Примеры подобных актов уже довольно многочисленны. Помимо договоров со стандартными условиями, это также решения о выпуске эмиссионных ценных бумаг (теперь и цифровых прав), трудовые договоры, договоры доверительного управления паевыми инвестиционными фондами и пр. Порядок оспаривания должен исходить из того, что недействительность условия не должна перепроверяться судами дважды, — с этой точки зрения должны быть настроены как правила участия в подобном споре, так и компетенция судов. Для эффективности такого подхода необходимо отрешиться от формализма и видеть единые стандартные условия также там, где как такового присоединения нет, то есть где стандартные условия просто систематически включаются в договор. Кроме того, рассмотрение такого спора в различных инстанциях должно быть направлено на выработку единообразного толкования. В этом плане нерационально различать стандартные условия, введенные в договор по соглашению сторон или под влиянием только одной стороны. Стандартное условие должно толковаться и проверяться единообразно, независимо от того, является ли оно в конкретном отношении индивидуальным или использовалось только разово данным конкретным применителем.

И есть следующий, более сложный срез проблемы — условия, которыми пользуются разные применители. Должно ли отпадение условия, используемого одним применителем, влечь недействительность таких же условий у другого? Если идти этим путем, необходимо вводить категорию коллективного нормативного акта частноправового регулирования, причем признавать этот акт единым также в случае фактической согласованности действий применителей.

И тогда возникает вопрос, на соответствие чему и в каком порядке проверять эти акты, если до сих пор они проверялись так же, как обычные договоры (в отсутствие специального регулирования)? Если разъяснения налоговых органов интерпретируют налоговое законодательство и проверяются на соответствие ему, то чему, помимо требования добросовестности, должны соответствовать нормативные акты частного регулирования? Вопрос нетривиальный с учетом того, что до сих пор субъектам гражданского права предоставлялась полная свобода, а теперь нужно признать, что свобода договора к таким актам не применима, хотя это не означает, что за применителями стандартных условий не должна признаваться аналогичная свобода по формированию стандартных условий. По факту, тем более она уже признается, хотя и вследствие неправильной квалификации стандартных условий как простых договорных условий.

Германская модель здесь как раз очень помогает идеями. В Германии была выражена мысль, что диспозитивное право все же обладает некоторым связующим характером. «Императивность» диспозитивного права проявляется при квалификации отношений, когда нельзя подвести под диспозитивное регулирование сделку, которая не отвечает признакам той сделки, к которой применяются соответствующие диспозитивные нормы. Но она может куда интенсивнее проявиться в отношении стандартных условий. Если все же считать, что данные условия не являются истинными составными частями договора и в контексте свободы договора не являются договорными условиями, потому что не согласованы обеими сторонами (согласованы лишь формально, но не по сути, поскольку выработка условий, характерная и отличительная для заключения договора, здесь отсутствовала), то остается только один взгляд на них.

Если стороны не согласовали какие-то отдельные условия, заключив при этом договор, который в остальном действительный и заключенный, применению подлежит диспозитивное право. В то же время известно, что диспозитивное право может быть, с одной стороны, недостаточным, с другой — нерелевантным, как, например, нормы об аренде были не в полном объеме релевантны для отношений лизинга. Такие ситуации недостаточности диспозитивного права создают легитимную основу для предоставления субъектам гражданского права односторонне формулировать условия своих договоров с контрагентами в условиях, когда неважно, по какой причине их контрагенты не участвуют в заключении договора по поводу этих условий. Нормативные акты частного правового регулирования призваны восполнить недостаточность диспозитивного права. В определенном смысле эти акты — предвосхищение восполняющего толкования договора судом.

Из этого достаточно легко вывести тест на действительность стандартных условий. Во-первых, их применитель должен обосновать недостаточность диспозитивного права в той ситуации, которую регулирует его стандартное условие. Во-вторых, то, как он восполнял обнаруженный им пробел, не должно расходиться с тем, как этот пробел восполнялся бы судом, т. е. непредвзято и добросовестно. Другими словами, суд проверяет условие на соответствие результатам собственного восполняющего толкования.

Данный тест отличается от германской модели. В абз. 2 § 307 ГГУ проверке содержания подлежат отклоняющиеся от диспозитивного регулирования (или применяемые в его отсутствие) AGB, которые расходятся с существом диспозитивного регулирования или, если оно отсутствует, выхолащивают цель, которая преследуется сторонами при заключении такого рода договора. Сравнение с приведенным выше тестом показывает, что в Германии не нужно обосновывать недостаточность диспозитивного права. Иными словами, применителю предоставлена такая же свобода, как если бы речь шла о настоящих договорных условиях, а недействительность влечет не вывод о том, руководствовался ли применитель принципами восполняющего толкования, а лишь критичные расхождения с существом законодательного регулирования или индивидуальной частью договора, включающего стандартные условия. Из-за того, что недостаточность диспозитивного регулирования не стала основанием для правомерности одностороннего регулирования отношений с клиентами и восполняющее толкование не стало основным критерием проверки содержания, возникло непримиримое противостояние запрета сохраняющей условие редукции и восполняющего толкования, а также неспособность судов самостоятельно определять и корректировать стандартные условия.

В свою очередь, восполняющее толкование, если оно намерено стать эффективной основой проверки содержания, должно работать не только как «щит»,

позволяющий защититься от несправедливых условий, но и как «скальпель», позволяющий ввести дополнительные условия, если без них реализация основных прав и исполнение основных обязанностей по договору окажется под угрозой оппортунистического поведения применителя. Если суд вправе назначить судебный штраф, значит, нет смысла ограничивать его власть ввести в договор неустойку.

Статья поступила в редакцию 10 апреля 2022 г.
Рекомендована к печати 16 сентября 2022 г.

Key historically developed layers of German AGB law

M. B. Zhuzhzhhalov, P. I. Popova

For citation: Zhuzhzhhalov, Mikhail B., Popova, Polina I. 2022. Key historically developed layers of German AGB law. *Pravovedenie* 66 (4): 422–447. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2022.405> (In Russian)

The article is an attempt to outline the so called “AGB-Recht” of Germany in an unconventional way, and years of contemplation have left the author to think that this part of German law is nothing but an aggregation of historically developed layers which sustained their sway due to their practical significance, however do not constitute a coherent body of principles that causes numerous conflicts between adopted approaches, notwithstanding the fact that it is a minutely elaborated legal institute. The author commences analysis with general overview of norms and case law that influenced its development and turns to examination of each layer insofar as its influence is traceable in the law or in court practice. The author has to admit lacking coherency in a number of cases. Among others: no definite transition to abstract fairness of clauses control and underestimation of objective interpretation in this regard, disregard of the fact that the contract with standard terms consists of both individual and non-individual (superindividual) elements, hesitant attempts to base solutions on prevention. Also, the institute reveals inefficiency when, on the one hand, stimulation of the parties using standard terms not to abuse their power to determine them is not effective, and on the other hand, fairness of clauses control accompanied by inadmissibility for the courts to restate clauses leaves them in total uncertainty as to which clauses could be used and making them to search for correct formula, sometimes for years. At the same time, protection of their counterparties is substantially diminished when clauses control leads only to exclusion of unfair clauses but practically lacks tools to supply the counterparty with additional rights when necessary. Since interpretative gap-filling barely solves this problem, the issue remains within the ambit of legislature that may imperatively supply the contracts with necessary additional rights and securities. The article delivers critical analysis of the institute and does not serve the audience as the source of all necessary references to case law and legal scholarship.

Keywords: contract of adhesion, unfair contract terms, fairness of clauses control, good faith, interpretative gap-filling, private law prevention.

References

- Agarkov, Mikhail M. 2004. The concept of transaction in Soviet civil law. *Selected works on civil law*: 333–360. Moscow, JSC Center Infor Publ. (In Russian)
- Canaris, Claus-Wilhelm. 2006. *Handelsrecht*. 24. Aufl. München, C. H. Beck.
- Coester-Waltjen, Dagmar. 1990. Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG. *Archiv für civilistische Praxis* 190: 1–33.
- Conod, Philippe, Bohnet, François. 2014. *Droit du bail: Fond et procédure*. Bâle (Basel), Helbing Lichtenhahn.
- Emmerich, Volker. 1972. Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. *Juristische Schulung*: 361–369.
- Flume, Werner. 1962. Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten. *Archiv für civilistische Praxis* 161: 52–76.
- Flume, Werner. 1992. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. II. Das Rechtsgeschäft*. 4. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York, London, Springer.

- Galın, Konstantin A., Zhuzhzhhalov, Mikhail B. 2016. Uniform contractual clauses interpretation rules in Germany. *Svoboda dogovora*, ed. by M. A. Rozhkova: 246–352. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- von Grossmann-Doerth, Hans. 1933. *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*. Freiburg in Breisgau: Wegner Verlag.
- Grüneberg, Christian. 2021. Kommentare zu §§ 276, 305c. *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*. 80. Aufl. München, C. H. Beck.
- Hager, Johannes. 1996. Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. *Juristen Zeitung* 51(4): 175–179.
- Heinrichs, Helmut. 1995. Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. *Lebengides Recht — Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag*: 157–177. Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH.
- Helm, Johann Georg. 1965. Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag. *Juristische Schulung*: 121–129.
- Kaufhold, Sylvia. 2014. AGB-Anschein trotz Verhandlungsbestätigung — Ist der Individualvertrag noch zu retten? *Neue Juristische Wochenschrift*: 3488–3492.
- Krampe, Christof. 1994. Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln — Eine Bestandsaufnahme zur neueren Rechtsprechung und Literatur. *Archiv für civilistische Praxis* 194: 1–41.
- Larenz, Karl. 1970. *Schuldrecht. Bd. I. Allgemeiner Teil*. 10. Aufl. München, C. H. Beck.
- Leenen, Detlef. 2011. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*. Berlin, New York, De Gruyter.
- Raiser, Ludwig. 1961. *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Bad Homburg vor der Höhe, Hermann Gentner Verlag.
- Reinhardt, Rudolf. 1957. Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge. *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler*: 115–138. Karlsruhe, Verlag C. F. Müller.
- Roth, Herbert. 2015. Kommentar zu § 139. *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil 4b: § 139–157*. Berlin, Sellier — de Gruyter.
- Roth, Herbert. 1989. Geltungserhaltenden Reduktion im Privatrecht. *JuristenZeitung* 44(9): 411–419.
- Sicchiero, Gianluca. 2006. La clausula contractual. *Anuario de derecho civil* 59(4): 1642–1657.
- Schlosser, Peter. 2014. Kommentare zu § 305c, Rn. 108. *Staudingers J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sonderedition: AGB-Recht*. Berlin, Sellier — de Gruyter.
- Schmidt, Harry. 2016. Kommentare zu § 306. *Ulmer/Brandner/Hensen. AGB-Recht*. 12. Aufl. Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG.
- Schmidt-Rimpler, Walter. 1941. Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts. *Archiv für civilistische Praxis* 147: 130–197.
- Schmidt-Salzer, Joachim. 1995. Recht der AGB und der missbräuchlichen Klauseln: Grundfragen. *Juristen Zeitung* 50(5): 223–231.
- Schmidt-Salzer, Joachim. 1966. *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen*. Berlin, Dunckers & Humblot.
- Stoffels, Markus. 2015. *AGB-Recht*. 3. Aufl. München, C. H. Beck.
- Thalmair, Peter. 1999. *Vom Postulat der Überraschungsfreiheit von AGB-Klauseln zu ihrer Transparenzkontrolle*. Inaug.-Diss. München.
- Uffmann, Katharina. 2010. *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Wieling, Hans J. 2020. Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudii Rossiiskoi Federatsii* 5: 20–40. (In Russian)

Received: April 10, 2022

Accepted: September 16, 2022

Mikhail B. Zhuzhzhhalov — Senior Associate, Tomashevskaya & Partners, 12, Presnenskaya nab., Moscow, 123317, Russian Federation; m.zhuzhzhhalov@mail.ru

Polina I. Popova — Lawyer, 12, Presnenskaya nab., Moscow, 123317, Russian Federation; polina.popova99@internet.ru