

УДК 347

DOI: 10.34670/AR.2022.40.47.007

Ex post контроль несправедливых условий договора в России и за рубежом

Яковлев Данила Евгеньевич

Студент,

Саратовская государственная юридическая академия,
410056, Российская Федерация, Саратов, ул. Вольская, 1;
e-mail: yakovlevdaniil@bk.ru

Аннотация

В статье рассматривается ограничение свободы договора в рамках судебного контроля в российском праве и зарубежных правовых системах. Анализируются причины контроля за несправедливыми условиями договора, их обоснованность и необходимость подобного вмешательства в целом. Устанавливаются критерии, по которым условие договора может быть признано несправедливым. Рассматриваются модели ex post контроля в Германии, Австралии, Бельгии, Англии и России. Выявляются их особенности, положительные и отрицательные стороны. Определяются признаки, по которым сторона коммерческого договора может быть признана слабой стороной. Автором также анализируется ст. 428 ГК РФ, делается вывод об аномальном с точки зрения других правовых систем способе защиты слабой стороны, описываются его недостатки и предлагаются более действенные способы защиты, а также пути возможного реформирования. За основу исследования были взяты зарубежные кодификации, нормативно-правовые акты, судебная практика и работы некоторых ученых.

Для цитирования в научных исследованиях

Яковлев Д.Е. Ex post контроль несправедливых условий договора в России и за рубежом // Вопросы российского и международного права. 2022. Том 12. № 3А. С. 67-79. DOI: 10.34670/AR.2022.40.47.007

Ключевые слова

Ex post контроль, несправедливые условия, коммерческий договор, свобода договора, слабая сторона, сравнительно-правовой анализ.

Введение

Свобода договора, несомненно, является одним из основополагающих принципов частного права. Данный принцип означает, что лица имеют право заключать соглашения любого содержания с любым контрагентом (содержательная и процедурная свобода договора). Вместе с тем подобная свобода не может быть безграничной, ее ограничения связаны как с политикой права в целом, так и с отдельными целями, например контролем за несправедливыми условиями договора¹.

В настоящее время большинство договоров заключаются по принципу «take it or leave it», что значительно сокращает транзакционные издержки. Вместе с тем использование стандартных условий может нарушать баланс интересов сторон. В самом факте использования стандартизированных условий нет ничего противоестественного или несправедливого, однако исключение одной стороны из согласования условий договора может привести к злоупотреблению и включению в соглашение несправедливых условий [Карапетов, Савельев, 2012, т. 2, 183].

Основная часть

Несправедливыми условиями в российском праве являются условия формально законные, но явно обременительные и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон. В ст. 428 ГК РФ закреплены примеры обременительных условий – условий договора, которые лишают сторону прав, обычно предоставляемых подобными договорами, или ограничивают ответственность.

В зарубежных правовых системах несправедливые условия определяются иными критериями. Например, в Новой Зеландии Fair Trading Act выделяет следующее: имеется значительный дисбаланс в правах и обязанностях сторон; условие не является разумно необходимым для защиты интересов стороны, которая получает преимущество; применение условия нанесет ущерб (финансовый или иной) другой стороне [Несправедливые условия..., www].

В зависимости от субъекта контроля за несправедливыми условиями можно выделить два способа ограничения: *ex ante* – ограничение путем установления прямого законодательного запрета (указание на конкретное условие, включение которого в договор запрещено); *ex post* – судебный контроль за содержанием договора. Последний в современных реалиях является более востребованным, поскольку зачастую императивные нормы не нарушаются, однако злоупотребление есть.

Ex post контроль присутствует в большинстве развитых правовых систем как необходимый (бесспорно в отношениях В2С) инструмент². Однако насколько подобный механизм необходим

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 в п. 3 закрепило цели, для достижения которых свобода договора может быть ограничена: защита публичного интереса и основ нравственности, защита интересов третьих лиц и защита слабой стороны договора (патернализм при неравенстве переговорных возможностей и грубом нарушении баланса интересов сторон).

² Бесперспективность попытки административного регулирования данного вопроса можно усмотреть в опыте Франции, где изначально *ex post* контроль попытались заменить *ex ante* регулированием. Государственный совет должен был определять, какие условия договора будут являться несправедливыми. Итогом стало решение кассационного суда 1991 г., разрешившее судам применять критерии несправедливости условий договора. В целом можно отметить, что административное регулирование (по сравнению с судебным контролем) не может динамично реагировать на потребности оборота и огромное количество злоупотреблений.

для контроля отношений В2В?

Актуальность данного вопроса обострилась с новой редакцией ст. 428 ГК РФ, которая вступила в силу в 2015 г. Изменения коснулись субъектного состава. Статья в прошлой редакции содержала прямой запрет на распространение действия на отношения между предпринимателями. Новая же редакция такого запрета больше не содержит, однако является ли правильным подобное вмешательство суда? Рассмотрим зарубежный и российский опыт ex post контроля, чтобы ответить на данный вопрос.

Для начала обратимся к причинам ограничения договорной свободы в рамках контроля несправедливых условий договора. Обоснованно ли ограничение соглашений В2В в принципе? Имеются следующие основания ограничения.

Переговорная асимметрия сторон

Ex post контроль за содержанием договора можно объяснить защитой слабой стороны. Судебное вмешательство предназначено для того, чтобы компенсировать неравные переговорные возможности, поскольку продавец может себе позволить исключить любые содержательные переговоры. В европейской практике судебный контроль за содержанием договора прошел несколько этапов становления. Директива Совета Европейских сообществ от 5 апреля 1993 г. о несправедливых условиях в договорах с потребителями позволяла судам вмешиваться только в отношения В2С. Однако законодательства некоторых стран шли дальше и распространяли ex post контроль и на отношения В2В. Позднее была принята Директива 2011/7/EU, которая позволила судам всех стран ЕС ограниченно оценивать договоры В2В (Директива ограничивается чрезвычайно несправедливыми условиями по отношению к кредитору).

Что касается признания предпринимателя слабой стороной, то такая возможность имеется как в зарубежных правовых системах (например, в Германии, Австрии или Нидерландах), так и в российском праве [Пьянкова, www].

В условиях рыночной экономики нормально, что стороны будут стараться заключить соглашение на наиболее выгодных условиях. Более того, несправедливые условия зачастую могут использоваться в договорах с экономически более сильной стороной. Пока субъект не является монополистом, всегда присутствует возможность выбора другого контрагента; кроме того, монополисту нецелесообразно перекладывать риски на покупателя, за исключением случаев, когда покупатель является самым дешевым средством избегания затрат, потому что это неоправданно сократит объем своего (монопольного) рынка [Hesselink, 2011, www].

Конечно, имеются случаи, когда компании заключают договоры с контрагентами не своей размерной группы, однако они осуществляют свою деятельность, учитывая риск неполучения дохода, и вмешательство суда в отношении между предпринимателями, на наш взгляд, излишне. Сможет ли суд учесть все нюансы, возникающие при заключении различных договоров, чтобы согласно ст. 428 ГК РФ ретроспективно изменить договор? Чем он будет руководствоваться, если аналогичные контракты попросту не заключаются? В иностранных правовых системах можно выделить несколько подходов, однако рассмотрим их позже.

Информационная асимметрия

В реальной жизни, в отличие от идеальной модели рыночной конкуренции, участники рынка не имеют равного доступа к информации. Под асимметрией информации можно понимать разную осведомленность субъектов об условиях сделки и намерениях друг друга, это проявление неравномерного распределения информации между участниками рынка –

покупателями и продавцами [Пименов, www].

Отрицательное влияние информационной асимметрии на рынок давно известно³ и требует вмешательства государства для предотвращения его сбоев. М.В. Хесселинк уподобляет ситуацию подобной асимметрии рынку стандартных условий. Поскольку стандартные условия обычно касаются различных непредвиденных обстоятельств, которые не являются основными условиями сделки и маловероятны для столкнувшейся с ними стороны, разумно не согласовывать их, ведь это приведет к увеличению издержек. Поэтому без вмешательства государства это может привести к краху рынка стандартных условий. Другими словами, информационная асимметрия на рынке стандартных условий из-за рационального невежества одной из сторон может помешать получить преимущества, которые дает стандартизация при массовом заключении договоров (экономия за счет масштаба).

Подобная позиция бесспорно применима к отношениям с физическими лицами, однако правильность распространения на отношения между предпринимателями не так однозначна. Информационная асимметрия в отношениях В2В – нормальное явление, которое зачастую является результатом целенаправленного инвестирования. Излишнее государственное вмешательство попросту обесценит подобные вложения и, по сути, будет распространять опеку на субъектов, которые не прилагали усилий для получения информации.

Патернализм

Еще одним объяснением контроля за несправедливыми условиями является патернализм по отношению к слабой стороне. Во всех развитых правовых системах законодатель стремится оградить потребителя (физическое лицо) от произвола предпринимателей, что, безусловно, является необходимым. Редкий человек читает условия всех соглашений, которые он заключает ежедневно. Распространяется ли патернализм и на самих предпринимателей? Выше уже говорилось о том, что субъекты предпринимательской деятельности признаются слабой стороной как в отечественном, так и в зарубежных правовых системах.

Настоящая редакция ст. 428 ГК РФ позволяет лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, обращаться в суд за защитой от несправедливых условий как договора присоединения, так и соглашения, им не являющегося, но при заключении которого сторона была поставлена в положение, затрудняющее согласование условий.

В европейских правовых системах уровень патернализма различен. Например, в Германии патернализм распространяется на всех предпринимателей, в Нидерландах же за судебной защитой могут обратиться только предприятия малого бизнеса.

Рассмотрев некоторые причины ограничения свободы договора в отношениях В2В, перейдем к зарубежным моделям ex post контроля.

В *Германии* закреплен контроль за несправедливыми условиями договора, который распространяется как на физических лиц, так и на предпринимателей (с некоторыми ограничениями).

Гражданское уложение Германии (ГГУ) содержит общий принцип добросовестности,

³ В известной статье, за которую он позже получил Нобелевскую премию, Дж. Акерлоф демонстрирует, как асимметрия информации может привести к сбоям рынка. Он использует гипотетический пример рынка поддержанных автомобилей, где продавцы знают скрытые дефекты в своих автомобилях, но при этом не сообщают о них покупателям, что требует от покупателей затрат для того, чтобы выяснить, является автомобиль хорошим или плохим. На таком рынке покупатели будут считать, что продавцы предлагают товар среднего качества.

закрепленный в § 242, который означает, что стороны должны осуществлять свои права разумно, чтобы их поведение считалось добросовестным. Данный принцип актуален при согласовании договоров В2В в целом и применительно к стандартным условиям в частности.

В § 305 ГГУ говорится о том, что условие договора, которое подвергается контролю, должно носить стандартный характер, т. е. быть рассчитанным на неоднократное применение. Если условия хоть и являются стандартными, однако стороны пришли к договоренности по каждому из них, то они будут считаться индивидуально-определенными.

Критерии недействительности стандартного условия содержатся в § 307. Стандартные условия являются недействительными, если, вопреки требованиям добросовестности, ставят контрагента в необоснованно невыгодное положение, которое также может являться последствием неясных формулировок. Необоснованно невыгодное положение презюмируется, если: 1) условие не согласуется с основной мыслью нормы закона, которую оно изменяет; 2) условие ограничивает основные права или обязанности, вытекающие из существа договора, таким образом, что возникает риск недостижения цели договора.

Кроме того, ГГУ содержит также «черный» и «серый» списки условий договора – условия, что *ex ante* недействительны, и те, что подлежат *ex post* контролю. Однако распространяются данные списки только на отношения В2С. К таким условиям будут относиться положения об ограничении или исключении ответственности, положения о возмещении убытков.

Подобные несправедливые условия должны быть индивидуально согласованы и в договорах между предпринимателями, поскольку списки §§ 308 и 309 применяются к соглашениям В2В в качестве примера при их проверке общими нормами.

В целом, исходя из анализа норм ГГУ, можно сделать следующие выводы.

- 1) Общие нормы, устанавливающие *ex post* контроль, распространяются на договоры как В2В, так и В2С. Различия регулирования состоят в том, что некоторые положения на договоры между предпринимателями не распространяются. Так, §§ 308 и 309 носят характер ориентира. Неприменимы также установленные § 305 требования к доведению до контрагента содержания стандартных условий (однако выполнение подобного требования можно было бы рассматривать как один из критериев добросовестности контрагента).
- 2) В немецком праве отсутствует дифференциация предпринимателей (малый средний или крупный бизнес) в целях ограничения распространения норм о несправедливых условиях.
- 3) Несправедливость условия может проистекать не только из ухудшения положения, но и при нарушении принципа прозрачности.
- 4) Индивидуально согласованные условия выводятся из-под действия вышеперечисленного механизма судебного контроля, поскольку это противоречило бы общей идее данных норм.
- 5) Диспозитивные нормы служат мерилом значительного ухудшения положения, поскольку они считаются сбалансированными с точки зрения учета интересов обеих сторон.

Таким образом, немецкое право исходит из возможности судебного вмешательства в отношения между предпринимателями, что уменьшает стабильность оборота. Строгость немецкого закона делает почти невозможным включение в стандартные условия положений об ограничении/исключении ответственности, о возмещении убытков и приводит к тому, что компании прибегают к выбору иного права. Так, рекомендуемыми в публикациях

правопорядками являются английский или швейцарский⁴.

В Австралии с недавнего времени введен дифференцированный подход к защите от несправедливых условий договора. Закон о защите потребителей расширил свое действие на предприятия малого бизнеса и ограничивается сферой финансовых продуктов и услуг [Unfair contract term protections..., www].

Защита распространяется при совокупности следующих условий.

- 1) По крайней мере одна сторона договора является «малым бизнесом» (предприятие считается «малым бизнесом» в том случае, если число работников не превышает 20).
- 2) Договор является «контрактом стандартной формы».
- 3) Контракт заключается на финансовый продукт или услугу, причем договор был заключен или продлен 12 ноября 2016 г. или после этой даты либо срок в существующем договоре был изменен 12 ноября 2016 г. или после этой даты.

При определении того, является ли договор договором стандартной формы, суд может принять во внимание любой относящийся к делу вопрос, но должен при этом учитывать: 1) наличие переговорной асимметрии; 2) был ли подготовлен договор «сильной стороной»; 3) возможность слабой стороны повлиять на несправедливое условия.

Условие стандартного договора малого бизнеса является «несправедливым», если оно: приведет к существенному дисбалансу в правах и обязанностях сторон, вытекающих из договора; не является разумно необходимым для защиты законных интересов стороны, которая выиграет от этого условия; может нанести ущерб (финансовый или иной) малому бизнесу, если его применять или полагаться на него. Когда суд решает, является ли условие несправедливым, он должен учитывать степень его прозрачности. Условие является «прозрачным», если оно удобочитаемо, выражено достаточно простым языком, представлено ясно и легкодоступно для любой стороны, затронутой этим условием.

Суд должен оценить справедливость условия в контексте договора в целом. Потенциально несправедливое условие может быть уравновешено дополнительными преимуществами, предлагаемыми малому бизнесу. Это означает, что условие может быть несправедливым в одном договоре и быть справедливым в другом.

Суд может также рассмотреть любые другие вопросы, которые он сочтет уместными, и будет определять, возникает ли несправедливость в конкретном договоре, в каждом конкретном случае.

Если суд установит, что какое-либо условие в договоре стандартной формы является несправедливым, такое условие будет считаться недействительным.

В целом ограничение свободы договора в отношениях между предпринимателями является точечным, не снимает проблемы недостаточной квалифицированности судьи в вопросах бизнеса. Дифференцированный подход к разделению предпринимателей на первый взгляд может считаться предпочтительнее, вместе с тем возникает и ряд проблем.

Одной из проблем является искусственность выделения на основе критерия количества сотрудников или годового оборота, которая требует тщательной проработки. Летом 2021 г.

⁴ В англоязычном сегменте Интернета подобные публикации довольно распространены. См., например: Liability exclusions under German law. URL: <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2018/06/liability-exclusions-under-german-law>; Rothermel M. Cliffhangers in international distribution agreements. URL: <https://www.taylorwessing.com/-/media/taylorwessing/files/germany/2018/10/wwwjusletterchcliffhangers-in-international-distribution-agreements-october-2018.pdf>

начали обсуждаться изменения, согласно которым количество сотрудников увеличивалось до 100 или в качестве альтернативы предлагался оборот свыше 10 млн долларов [Unfair contract terms..., www] (впрочем, насколько оправданно подобное увеличение – вопрос спорный).

Более того, существующий в Австралии механизм защиты также должен подвергнуться реформированию. В результате использования несправедливого условия сторона может рассчитывать на компенсацию убытков за период, пока условие действовало. Вместе с тем, согласно новому законопроекту, кроме убытков недобросовестная компания будет обязана выплатить штраф за каждое отдельное несправедливое условие.

Учитывая принятую позицию об излишнем характере ограничения свободы договора В2В вообще, следует отметить, что подобные предложения не могут оцениваться положительно. Если придерживаться противоположной позиции, то увеличение ответственности должно сократить использование несправедливых условий договора. Однако при наличии открытого перечня условий это максимально ограничит свободу договора, хоть и в определенной сфере.

С 1 декабря 2020 г. в *Бельгии* вступил в силу закон, который также позволил судам вмешиваться в отношения В2В [Несправедливые условия..., www]. Механизм ограничения схож с немецким, вместе с тем он интересен тем, что «черный» список прямо применяется к отношениям между предпринимателями. Закон устанавливает общий принцип, согласно которому условия контракта, создающие явный дисбаланс между профессионалами, являются несправедливыми и должны быть признаны недействительными. Установление такого перечня может помочь судам с применением новой нормы, но вместе с тем, порождает риск излишнего позитивизма судов (на наш взгляд, предпочтительнее иллюстрационный характер перечня, как в немецком праве).

Проблему также могут вызвать и определенные формулировки, например «without a valid reason» и «in relation to the economic sector concerned», т. е. условия включаются в соглашение «без уважительной причины» или должны оцениваться «применительно к соответствующему сектору экономики», что в совокупности с принципами, по которым суды должны оценивать условия (обстоятельства заключения, коммерческая практика и т. п.), может вызвать серьезные различия в интерпретации одного и того же условия.

В силу политико-правовых причин⁵ в *Англии* долгое время отсутствовал механизм судебного вмешательства в условия договора. Когда же необходимость подобных ограничений назрела, были приняты статуты, точно регулирующие вопросы несправедливых условий договора. Этому способствовало широкое распространение договоров по принципу «take it or leave it» в совокупности с частотой использования оговорок об ответственности, что, по мнению некоторых авторов, стало большим местом английского договорного права [McKendrick, 2007, 224].

Отношения между коммерсантами (впрочем, и между иными субъектами) были урегулированы Законом о регулировании общих условий сделок 1977 г. (далее – УСТА). Большая часть статута направлена на регулирование вопроса справедливости условий, ограничивающих или исключающих ответственность, когда обычно такая ответственность не может быть ограничена или исключена [Белова, www].

Согласно УСТА, не может быть ограничена или вовсе устранена ответственность за

⁵ Продолжительное господство *laissez-faire* привело к тому, что отнесение подобных вопросов к компетенции суда считалось неразумным.

небрежность, за нарушение договорного обязательства (в отношении как вопросов исполнения, так и последствий нарушения), ничтожной является оговорка, исключаящая или ограничивающая ответственность за смерть. Актом решается вопрос о разумности «*indemnity clauses*», также устанавливающих пределы ответственности за введение в заблуждение перед заключением договора.

Раздел 11 УСТА описывает тест на разумность условий об оговорке. Содержание его следующее: «а) более вероятно, что это будет разумно, если стороны будут равны в переговорах; б) получил ли клиент стимул согласиться с пунктом об исключении? Если бы побуждение было более вероятным, это было бы разумно. Чаще всего более низкая цена является стимулом: чем ниже цена, тем больше вероятность того, что оговорка будет разумной».

Анализ практики позволяет говорить о том, что суды лояльнее относятся к ограничению ответственности, нежели к ее полному исключению. Так в деле *Ailsa Craig Fishing v Malvern Fishing* при наличии несправедливого по отношению к кредитору условия суд признал его действительным. Палата лордов отметила, что при наличии оговорки, которая ограничивает ответственность, судам необходимо понимать ее прямо, а не искать в ней двойственности.

В деле *Goodlife Foods Ltd v Hall Fire Protection Ltd* судья обратил внимание на следующие моменты: 1) чтобы условие договора стало предметом рассмотрения в суде, необходимо, чтобы оно было «необычным» или «обременительным», и даже если так, то следует учесть, 2) было ли оно «справедливо и разумно» доведено до контрагента. Если условие подпадает под 1-й пункт, его необходимо рассмотреть в контексте договора. Также данное решение интересно тем, что суд сослался на равные переговорные возможности сторон и в данном случае счел вмешательство суда излишним.

Условия, ограничивающие ответственность, должны также не являться разумными в соответствии с УСТА. В деле *First Tower Trustees Ltd v CDS (Superstores International) Ltd* апелляционный суд рассмотрел условия договора на разумность. Из спорных условий была исключена лишь часть со ссылкой на предыдущий казус, а лорд-судья заявил, что для вмешательства суда необходимо достаточно веское основание [*First Tower Trustees...*, www].

Кроме того, анализируя судебную практику, можно прийти к выводу о том, что суды применяют УСТА гораздо охотнее в спорах с потребителем и не спешат вмешиваться в дела коммерсантов, делая это только при явной асимметрии. Так, в деле *Granville Oils v. Davies Turner* судья Такки сказал: «УСТА, очевидно, играет очень важную роль в защите уязвимых потребителей... Но я с меньшим энтузиазмом отношусь к его вмешательству в контракты между коммерсантами, имеющими равную переговорную силу, которые, как правило, должны считаться способными заключать контракты по своему выбору и ожидать, что будут связанными их условиями».

Судья Гросс, соглашаясь с Коулсоном, сказал: «Это был коммерческий контракт между сторонами, имеющими в целом равные возможности для переговоров. ...полностью осознавая требование разумности, я думаю, что суду не следует торопиться с вмешательством в такое дело, тем более в апелляционном порядке».

Судебный контроль заключается в нескольких основных моментах.

1) Надлежащим ли образом условие было доведено до контрагента (были ли предприняты разумные меры, чтобы довести ее до другой стороны)? Если оговорка об ответственности является обременительной или необычной, она должна быть дополнительно выделена (принцип красных чернил).

2) Условие должно быть написано ясным и простым языком, иначе будет толковаться contra

proferentem.

- 3) Условие изучается на предмет того, действительно ли оно ограничивает ответственность в определенной сфере, не затрагивая императивного запрета (на ограничение или исключение ответственности в определенных случаях) [Lecture 05..., www].

Апелляционный суд также анализирует, была ли оговорка «частью стандартных условий бизнеса», т. е. ответчик должен доказать, что он обычно использует подобное условие.

В конечном итоге, если условие будет признано судом недобросовестным, лицо не вправе на него ссылаться (признается судом ничтожным).

Таким образом, английский подход, на наш взгляд, является более взвешенным. Запрещено ограничивать или исключать ответственность только в определенных видах договоров, а сами ограничения носят разумный характер (запрет исключения ответственности за смерть и т. д.). Суды достаточно осторожно подходят к вмешательству в отношения B2B, а иногда (например, при наличии равных переговорных возможностей) стараются вовсе этого не делать.

Все вышеперечисленные правопорядки с разной степенью свободы судейского усмотрения позволяют судам вмешиваться в отношения между коммерсантами и признавать несправедливые условия ничтожными. Более того, учитывая, что большинство правопорядков распространили контроль и на коммерческие договоры, можно считать изменение отечественного регулирования неизбежным.

Рассмотрим теперь модель, сложившуюся в *России*, и то, какие недостатки ей присущи. Несправедливые условия договора в российском праве рассматриваются в рамках норм о договоре присоединения. Согласно п. 1 ст. 428 ГК РФ, договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 определило, кто является слабой стороной (контрагент, поставленный в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора), а также критерии, по которым необходимо определять несправедливые договорные условия (проект предложен одной из сторон, явно обременительные условия, нарушение баланса интересов сторон).

Вместе с тем Пленум ВАС РФ и закон приводят достаточно размытые критерии признания условия явно обременительным: лишение стороны того блага, которое она обычно получила бы по договору того же вида, т. е. предлагается оценить, насколько отличается экономическая выгода у оспариваемого договора и договора такого же вида (что не всегда представляется возможным и правильным).

В абз. 2 п. 2 ст. 428 ГК РФ установлен ретроспективный эффект, защищающий интересы присоединяющейся стороны. В случае изменения или расторжения договора (если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства) договор считается действующим с момента его заключения или вовсе недействующим (изменения в этом пункте можно оценить положительно, поскольку прошлая редакция изменяла договор только на будущее).

Интерес вызывает новая редакция п. 3 ст. 428 ГК РФ. Текст в изначальной редакции содержал прямой запрет на распространение нормы на отношения между предпринимателями (исключение составлял случай, если сторона не знала или не должна была знать об условии, что в принципе не представляется возможным доказать, так как сторона узнает об этих условия

после получения своей копии договора)⁶. Ранее подобная возможность *contra legem* признавалась в п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16. Более того, новая редакция распространяет действие п. 2 не только на договор со стандартными условиями, но и на договор, где в силу переговорной асимметрии условия определяет одна сторона.

Как мы видим, ст. 428 ГК РФ предлагает механизм ретроспективно изменить часть договора или признать его не действующим вовсе. Насколько эффективен данный механизм? В литературе высказывается мнение о полной неэффективности данного способа контроля. Количество примеров защиты с помощью ст. 428 ГК РФ практически равняется нулю, а отсылка на нее чаще всего выполняет функцию аргумента, чтобы не предоставлять слабой стороне более серьезной защиты [Церковников, [www](#)]. Также данная статья используется для признания ничтожности условия по ст. 10 и 168 ГК РФ.

Иными словами, российская модель хоть и закрепляет иное регулирование (как показано выше, ни один правопорядок не предусматривает права изменять условия коммерческого договора), чаще всего суды либо этот механизм не используют, либо признают условие ничтожным.

Недавно улучшенные правила о несправедливых условиях договора так мало значат по нескольким причинам. Во-первых, сторона сама не хочет подобного механизма защиты, зачастую подписывая контракт, не обратив внимания на спорное условие, ей проще заявить о его ничтожности. Более того, в данном случае возражение о недействительности не зависит от общего срока исковой давности (п. 71 Постановления № 25). Во-вторых, суды не желают работать за стороны, изменяя договор. Не беря на себя столь серьезную ответственность, они куда охотнее будут признавать подобные условия недействительными. Более того, «российские суды демонстрируют склонность проверять условия договора на предмет их справедливости исходя из лежащей на сторонах обязанности действовать добросовестно в договорных отношениях, а также из собственных представлений об эквивалентности и разумности встречного предоставления... Таким образом, со стороны судов наблюдается полное пренебрежение условиями судебного контроля, которые заложены в ст. 428 ГК» [Волгина, 2018, 101].

Заключение

Выходом из данной ситуации нам видится прямое закрепление в законе возможности признать несправедливое условие ничтожным. На наш взгляд, российские суды не должны подменять стороны, определяя условия договора, поскольку они фактически не могут вникнуть во все аспекты заключения конкретного договора, его экономические детерминанты.

Что касается правопорядка, на который стоит ориентироваться, то таковым видится английский. Английские суды, будучи одними из самых профессиональных в мире, вмешиваются в отношения между коммерсантами лишь точно (оценивая оговорки об ответственности), в исключительных случаях и только при явной асимметрии.

Дифференциация предпринимателей по обороту или количеству участников, на наш взгляд, является искусственной. Более того, количественный критерий довольно легко обходится

⁶ Такой подход был распространен в судебной практике. См., например, Определения Московского городского суда от 20 июня 2012 г. по делу № 11-11001 и Свердловского областного суда от 6 декабря 2012 г. по делу № 33-14934/2012.

переводом работников в категорию самозанятых и заключением с ними договоров гражданско-правового характера.

Внимания заслуживает и закрепление принципа прозрачности несправедливого условия, а также приложения разумных усилий для доведения его до контрагента. Помочь судам также может закрепление «черного» и «серого» списков условий договоров с потребителями, которые будут применяться к коммерсантам как ориентир или разработка ВС РФ теста на разумность по примеру содержащегося в УТСА.

Библиография

1. Белова В.А. Договоры коммерческого права. Проблемы общей теории торговых договоров. URL: https://studme.org/360659/pravo/dogovory_kommercheskogo_prava_problemy_obschey_teorii_torgovyh_dogovorov
2. Волгина В.А. Условия осуществления судебного контроля за содержанием договора // Опыт цивилистического исследования. М., 2018. Вып. 2. С. 73-101.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон Рос. Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 21.10.1994. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/
4. Гражданское уложение Германии (ГГУ). URL: <http://oceanlaw.ru/wp-content/uploads/2018/02/1900-Гражданское-уложение-1.pdf>
5. Директива Совета от 5 апреля 1993 г. о несправедливых условиях в договорах с потребителями (93/13/ЕЭС). URL: <https://eulaw.edu.ru/spisok-dokumentov-po-pravu-evropejskogo-soyuza/dokumenty-o-pravah-cheloveka-i-grazhdanina/normativnye-akty-o-svobode-peredvizheniya-tovarov-lits-i-uslug/direktiva-soveta-ot-5-aprelya-1993-g-o-nespravedlivyh-usloviyah-v-dogovorah-s-potrebitelyami-93-13-ees-perevod-a-o-chetverikova/>
6. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. М.: Статут, 2012. Т. 2. 628 с.
7. Несправедливые условия контрактов в контрактах B2B – законопроект о поправках к добросовестной торговле принят в третьем чтении. URL: https://www.bellgully-com.translate.google.com/insights/unfair-contract-terms-in-B2B-contracts-fair-trading-amendment-bill-passes-third-reading/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=ru&_x_tr_hl=ru&_x_tr_pto=sc
8. О свободе договора и ее пределах: постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_161322/
9. Пименов Н.А. Асимметричная информация: проблемы и риски. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/65934-asimmetrichnaya-informaciya-problemy-riski>
10. Пьянкова А.Ф. Способы защиты прав слабой стороны по договору присоединения. URL: https://kartaslov.ru/книги/Защита_гражданских_прав_избранные_аспекты/5
11. Церковников М.А. О специальной защите слабой стороны в договоре присоединения. URL: <https://www.pgplaw.ru/analytics-and-brochures/articles-comments-interviews/o-spetsialnoy-zashchite-slaboy-storony-v-dogovore-prisoedineniya/>
12. Ailsa Craig Fishing v Malvern Fishing. URL: https://www.oxbridgenotes.co.uk/law_cases/ailsa-craig-fishing-v-malvern-fishing
13. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0007>
14. Fair Trading Act 1986. URL: <https://legislation.govt.nz/act/public/1986/0121/latest/DLM96439.html>
15. First Tower Trustees: contractual fiction clauses, unfair contract terms, parliamentary sovereignty and the limits of party autonomy. URL: <https://www.rpc.co.uk/perspectives/commercial-disputes/contractual-fiction-clauses-unfair-contract-terms-parliamentary-sovereignty-limits-of-party-autonomy/>
16. Goodlife Foods Ltd v Hall Fire Protection Ltd. URL: <http://www.bos-solicitors.com/news/goodlife-foods-ltd-v-hall-fire-protection-ltd-2018-ewca-civ-1371>
17. Granville Oils v. Davies Turner. URL: https://archive.onlinedmc.co.uk/granville_oils_v_davies_turner.htm
18. Hesselink M.W. Unfair terms in contracts between businesses // Towards a European contract law. Sellier European Law Publishers, 2011. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1871130
19. Lecture 05 – Exclusion clauses. UCTA cases. URL: <https://www.studocu.com/en-us/document/staffordshire-university/commercial-law/lecture-05-exclusion-clauses-ucta-cases/22423003?origin=null>
20. McKendrick E. Contract law. Palgrave Macmillan, 2007. 520 p.
21. Unfair contract term protections for small businesses. URL: https://asic.gov.au.translate.google.com/about-asic/what-we-do/our-role/laws-we-administer/unfair-contract-terms-law/unfair-contract-term-protections-for-small-businesses/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=ru&_x_tr_hl=ru&_x_tr_pto=op,sc
22. Unfair contract terms: Government planning to introduce penalties. URL: <https://www.gtlaw.com.au/knowledge/unfair-contract-terms-government-planning-introduce-penalties>

Ex post control over unfair contract terms in Russia and abroad

Danila E. Yakovlev

Student,
Saratov State Academy of Law,
410056, 1 Volskaya str., Saratov, Russian Federation;
e-mail: yakovlevdanil@bk.ru

Abstract

The article aims to examine the limitations on freedom of contract within the framework of judicial control in Russian law and foreign legal systems. It makes an attempt to carry out an analysis of the reasons for monitoring unfair contract terms, their validity and the need for such intervention in general, to determine the criteria by which contract terms can be recognized as unfair, and to consider the models of ex post control in Germany, Australia, Belgium, England and Russia. The article also reveals the features, positive and negative sides of the models of ex post control and determines the signs by which a party to a commercial contract can be recognized as the weak party. The author of the article analyzes Article 428 of the Civil Code of the Russian Federation and comes to the conclusion that the method of protecting the weak party is abnormal from the perspective of other legal systems. The article highlights the shortcomings of this method of protecting the weak party and suggests more effective ways of protection, as well as a number of ways of possible reform. The research is based on foreign codifications, regulatory legal acts, judicial practice and works written by some scholars.

For citation

Yakovlev D.E. (2022) Ex post kontrol' nespravedlivykh uslovii dogovora v Rossii i za rubezhom [Ex post control over unfair contract terms in Russia and abroad]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 12 (3A), pp. 67-79. DOI: 10.34670/AR.2022.40.47.007

Keywords

Ex post control, unfair terms, commercial contract, freedom of contract, weak party, comparative legal analysis.

References

1. *Ailsa Craig Fishing v Malvern Fishing*. Available at: https://www.oxbridgenotes.co.uk/law_cases/ailsa-craig-fishing-v-malvern-fishing [Accessed 18/02/22].
2. Belova V.A. *Dogovory kommercheskogo prava. Problemy obshchei teorii torgovykh dogovorov* [Commercial law contracts. The problems of the general theory of commercial contracts]. Available at: https://studme.org/360659/pravo/dogovory_kommercheskogo_prava_problemy_obschey_teorii_torgovyh_dogovorov [Accessed 18/02/22].
3. *Direktiva Soveta ot 5 aprelya 1993 g. o nespravedlivykh usloviyakh v dogovorakh s potrebitelyami (93/13/EES)* [Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts]. Available at: <https://eulaw.edu.ru/spisok-dokumentov-po-pravu-evropejskogo-soyuza/dokumenty-o-pravah-cheloveka-i-grazhdanina/normativnye-akty-o-svobode-peredvizheniya-tovarov-lits-i-uslug/direktiva-soveta-ot-5-aprelya-1993-g-o-nespravedlivykh-usloviyah-v-dogovorah-s-potrebitelyami-93-13-ees-perevod-a-o-chetverikova/> [Accessed 18/02/22].
4. *Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in*

- commercial transactions*. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0007> [Accessed 18/02/22].
5. *Fair Trading Act 1986*. Available at: <https://legislation.govt.nz/act/public/1986/0121/latest/DLM96439.html> [Accessed 18/02/22].
 6. *First Tower Trustees: contractual fiction clauses, unfair contract terms, parliamentary sovereignty and the limits of party autonomy*. Available at: <https://www.rpc.co.uk/perspectives/commercial-disputes/contractual-fiction-clauses-unfair-contract-terms-parliamentary-sovereignty-limits-of-party-autonomy/> [Accessed 18/02/22].
 7. *Goodlife Foods Ltd v Hall Fire Protection Ltd*. Available at: <http://www.bos-solicitors.com/news/goodlife-foods-ltd-v-hall-fire-protection-ltd-2018-ewca-civ-1371> [Accessed 18/02/22].
 8. *Granville Oils v. Davies Turner*. Available at: https://archive.onlinedmc.co.uk/granville_oils_v_davies_turner.htm [Accessed 18/02/22].
 9. *Grazhdanskii kodeks Rossiiskoi Federatsii (chast' pervaya): feder. zakon Ros. Federatsii ot 30.11.1994 № 51-FZ: prinyat Gos. Dumoi Feder. Sobr. Ros. Federatsii 21.10.1994* [Civil Code of the Russian Federation (Part 1): Federal Law of the Russian Federation No. 51-FZ of November 30, 1994]. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ [Accessed 18/02/22].
 10. *Grazhdanskoe ulozhenie Germanii (GGU)* [German Civil Code]. Available at: <http://oceanlaw.ru/wp-content/uploads/2018/02/1900-Гражданское-уложение-1.pdf> [Accessed 18/02/22].
 11. Hesselink M.W. (2011) Unfair terms in contracts between businesses. In: *Towards a European contract law*. Sellier European Law Publishers. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1871130 [Accessed 18/02/22].
 12. Karapetov A.G., Savel'ev A.I. (2012) *Svoboda dogovora i ee predely: v 2 t.* [Freedom of contract and its limits: in 2 vols.], Vol. 2. Moscow: Statut Publ.
 13. *Lecture 05 – Exclusion clauses. UCTA cases*. Available at: <https://www.studocu.com/en-us/document/staffordshire-university/commercial-law/lecture-05-exclusion-clauses-ucta-cases/22423003?origin=null> [Accessed 18/02/22].
 14. McKendrick E. (2007) *Contract law*. Palgrave Macmillan.
 15. *Nespravedlivye usloviya kontraktov v kontraktakh B2B – zakonoproekt o popravkakh k dobrosovestnoi torgovle prinyat v tret'em chtenii* [Unfair contract terms in B2B contracts – Fair Trading Amendment Bill passes third reading]. Available at: https://www.bellgully.com.translate.google/insights/unfair-contract-terms-in-B2B-contracts-fair-trading-amendment-bill-passes-third-reading/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=ru&_x_tr_hl=ru&_x_tr_pto=sc [Accessed 18/02/22].
 16. *O svobode dogovora i ee predelakh: postanovlenie Plenuma VAS RF ot 14.03.2014 № 16* [On freedom of contract and its limits: Resolution of the Plenum of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation No. 16 of March 14, 2014]. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_161322/ [Accessed 18/02/22].
 17. Pimenov N.A. *Asimmetrichnaya informatsiya: problemy i riski* [Asymmetric information: problems and risks]. Available at: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/65934-asimmetrichnaya-informatsiya-problemy-riski> [Accessed 18/02/22].
 18. P'yankova A.F. *Sposoby zashchity prav slaboi storony po dogovoru prisoedineniya* [Ways to protect the rights of the weak party under an accession agreement]. Available at: https://kartaslov.ru/книги/Защита_гражданских_прав_избранные_аспекты/5 [Accessed 18/02/22].
 19. Tserkovnikov M.A. *O spetsial'noi zashchite slaboi storony v dogovore prisoedineniya* [On special protection of the weak party in an accession agreement]. Available at: <https://www.pgplaw.ru/analytics-and-brochures/articles-comments-interviews/o-spetsialnoy-zashchite-slaboy-storony-v-dogovore-prisoedineniya/> [Accessed 18/02/22].
 20. *Unfair contract term protections for small businesses*. Available at: https://asic.gov.au.translate.google/about-asic/what-we-do/our-role/laws-we-administer/unfair-contract-terms-law/unfair-contract-term-protections-for-small-businesses/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=ru&_x_tr_hl=ru&_x_tr_pto=op,sc [Accessed 18/02/22].
 21. *Unfair contract terms: Government planning to introduce penalties*. Available at: <https://www.gtlaw.com.au/knowledge/unfair-contract-terms-government-planning-introduce-penalties> [Accessed 18/02/22].
 22. Volgina V.A. (2018) Usloviya osushchestvleniya sudebnogo kontrolya za sodержaniem dogovora [Conditions for exercising judicial control over the subject matter of a contract]. In: *Opyty tsivilisticheskogo issledovaniya* [The experience of civilistic research], Vol. 2. Moscow, pp. 73-101.