

Гражданское право

УДК 347.441

JEL: K12

ШВЫРЕВ Герман Сергеевич

ФГБОУ ВО «Юго-Западный государственный университет» (ЮЗГУ). ул. 50 лет Октября, 94, г. Курск, 305040, Россия.

<https://orcid.org/0000-0003-0273-6938>

Швырев Герман Сергеевич, преподаватель кафедры гражданского права Юго-Западного государственного университета (ЮЗГУ), г. Курск, Россия.

E-mail: german14@mail.ru

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ АБОНЕНТСКОГО ДОГОВОРА НЕДОБРОСОВЕСТНЫМИ УЧАСТНИКАМИ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

Аннотация

Предмет/тема. Рассматриваются особенности применения абонентского договора сторонами правоотношений. Указывается на возможность использования абонентского договора недобросовестными контрагентами в своих интересах, противоречащих закону.

Цели/задачи. Исследование абонентских договоров, выявление случаев, в которых стороны правоотношений используют абонентский договор в своих неправомерных интересах, а также выработка критериев реальности договора с исполнением по требованию.

Методология. Использовались методы: формально-логический, диалектический, а также метод анализа судебной практики.

Выводы. В статье делается вывод о том, что стороны правоотношений могут использовать договор с исполнением по требованию (абонентский договор) различными способами для своих противоправных целей. Результаты: на основе изложенного в статье делается вывод о том, что рассмотренные критерии реальности абонентского договора могут помочь в выявлении истинных волеизъявлений сторон. Однако в каждом конкретном случае необходимо рассматривать фактические правоотношения сторон в совокупности с выявленными критериями, а также основываясь на общих принципах добросовестности поведения участников гражданского оборота.

Ключевые слова: договор, абонентский договор, договор с исполнением по требованию, добросовестность, исполнитель, абонент, правоотношения.

German S. Shvyrev, Federal state budgetary educational institution of higher education «Southwest state University» (SWSU). ul.50 let Oktyabrya, 94 Kursk, 305040, Russia. lecturer at the Department of civil law of the South-Western state University (SWSU). E. mail: german14@mail.ru

USE OF THE SUBSCRIPTION AGREEMENT BY UNSCRUPULOUS PARTICIPANTS IN CIVIL TURNOVER

Abstract

Subject / Topic The peculiarities of application of the subscriber contract by the parties to legal relations are considered. It is indicated that it is possible to use the subscriber contract by unscrupulous counterparties for their own interests, which are contrary to the law.

Goals / Objectives Investigation of subscriber contracts, identification of cases in which parties to legal relations use the subscriber contract for their illegal interests, as well as development of criteria of reality of the contract with execution on demand.

Methodology Methods were used: formal-logical, dialectical, as well as a method of analyzing judicial practice.

Conclusion and Relevance The article concludes that parties to legal relations can use the contract with execution on demand (subscriber contract) in various ways for their illegal purposes. Results: On the basis of the article, it is concluded that the criteria considered for the reality of the subscriber contract can help to identify the true will of the parties. However, in each particular case, it is necessary to consider the actual legal relations of the parties in conjunction with the criteria identified, as well as on the basis of the general principles of good faith of the participants in the civil turnover.

Keywords: *contract, subscriber contract, contract with execution on demand, conscientiousness, performer, subscriber, legal relationship.*

Введение. В период действия абонентского договора, абоненту предоставлено право требовать от контрагента (исполнителя) предоставления обусловленного договором исполнения в объеме или количестве, которое ему необходимо. Для удовлетворения данного требования исполнитель находится в постоянной «боевой готовности» для исполнения своих обязанностей. Для этого у исполнителя должны быть созданы необходимые мощности (штат квалифицированных юристов, при абонентском договоре оказания юридических услуг, исправные передатчики при оказании услуг сотовой связи, спортзал, бассейн и т.д.). При этом, возможна ситуация, когда у исполнителя нет созданных мощностей, но у него есть возможность их создать в срок приемлемый для исполнения правоотношения (например, сервисное обслуживание техники по заявкам, привлечение соисполнителя). В данном случае абонент выражает свое право требования исполнения обязательства в виде заявки, которая направляется исполнителю, и он в свою очередь принимает необходимые меры для удовлетворения потребностей абонента. В данном случае, исполнения происходит не одновременно с запросом абонента, а по прошествии времени, которое необходимо исполнителю для исполнения заявки.

Таким образом, возможность исполнителя в кратчайшие сроки создать необходимые мощности для своевременного предоставления исполнения абоненту можно рассматривать как своего рода имеющуюся у него мощность. Абонентская плата, в свою очередь, является неким компенсатором затрат исполнителя для поддержания мощностей (расходы связанные с зарплатой сотрудникам, аренда помещения и т.д.). Отсюда и возникает обязанность абонента по внесению абонентской платы вне зависимости от того, пользовался он правом требовать предоставления исполнения или нет в период действия договора (п. 2 ст. 429.4 ГК РФ) [1]. Он платит ее не только за само фактическое исполнения (услугу, работу, товар), но и за возможность воспользоваться данным ему правом требовать предоставления исполнения в период действия договора. Кроме того, по этому же основанию не возможен возврат уплаченной абонентской платы за период, когда абоненту предоставлялась данное право по абонентскому договору, но он им не воспользовался. В данном случае исполнитель в указанный период все равно был готов предоставить исполнение абоненту.

В определении Верховного Суда РФ от 07 декабря 2017 года № 309-ЭС17-17984 по делу № А47-6668/2016 указана правовая позиция, согласно которой обязанность общества вносить платежи, которую оно исполнило, не означает отсутствия обязанности исполнителя предоставить встречное исполнение на сумму внесенного платежа. Обратное означало бы неосновательное обогащение исполнителя за счет заказчика. При этом, исходя из особенности абонентской платы, которая напрямую не зависит от количества затребованного исполнения, обязанность заплатить исполнителю вне зависимости от факта обращения за услугой, а также объема оказанных услуг не нарушает требований законодательства Российской Федерации и соответствует принципу свободы договора (ст. 421 ГК РФ) [2].

Основная часть. Участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно и из своего незаконного или недобросовестного поведения не вправе извлекать преимущество (п.3,4 ст. 1 ГК РФ). При этом, стороны гражданских правоотношений могут недобросовестно использовать специфику конструкции абонентского договора (п.2 ст.429.4 ГК РФ) в своих незаконных целях.

А.А. Соловьева, акцентирует внимание на то, что договор с исполнением по требованию стороны могут применять для минимизации активов должника, создавая ненастоящую задолженность абонентскими платежами, с целью вывода средств из конкурсной массы без затребования какого-либо исполнения в преддверии процедуры банкротства. Автор указывает на необходимость выявления критериев реальности абонентских договоров с учетом их специфики и добросовестности сторон при взыскании абонентской платы, для невозможности злоупотребления данной конструкцией в банкротстве [3. С. 182-183]. Суды квалифицируют сделку как совершенную с целью причинения вреда имущественным правам кредиторов и признают ее недействительной на основании п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве [4] при установлении совокупности следующих обстоятельств:

- 1) сделка совершена в течение трех лет, предшествующих возбуждению дела о банкротстве;
- 2) цель сделки – причинение вреда имущественным правам кредиторов должника;
- 3) в результате совершения сделки причинен вред правам кредиторов должника;
- 4) другая сторона сделки знала о противоправности сделки на момент ее совершения.

Так, например, в Постановлении Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 12 декабря 2019 года № Ф08-11450/19 по делу № А32-45404/2017 указано, что действительная воля исполнителя услуг не была направлена на оказание юридических услуг должнику, а сам должник, в отношении которого возбуждена процедура банкротства фактически не нуждался в оказании таких услуг со стороны ответчика за столь высокую, экономически не обоснованную цену. Многолетняя неоплата свидетельствует о нестандартном характере сделки. Более того, материалами дела не подтвержден факт оказания таких услуг. Недобросовестное поведение сторон по сделке фактически привело к незаконному выводу активов должника в ущерб интересам иных, добросовестных кредиторов [5]. Кроме того, заключение абонентского договора без намерения пользоваться предоставленными по нему благами

(исполнением) также может использоваться организациями для снижения налоговых расходов. Так, например организация, заключает мнимый абонентский договор с обязательными платежами. Истинной целью данной сделки является не получение предоставления по абонентскому договору, а списание абонентской платы в затраты организации для уменьшения налогооблагаемой базы. Расходами в соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации (далее- НК РФ) признаются обоснованные и документально подтвержденные затраты (абзац первый пункта 1 статьи 252 НК РФ), к ним также могут быть отнесены расходы на юридические, информационные, а также расходы на консультационные и иные аналогичные услуги (пп.14,15 п.1 ст.264 НК РФ) [6].

Помимо этого, Минфин России в письме от 26 мая 2008 года № 03-03-06/1/330 признал правомерность уменьшения налоговой базы. Расходы по договорам на обслуживание программных продуктов и телефонных номеров, а также расходы на приобретение консультационных и аудиторских услуг, используемых организацией по мере необходимости в течение срока действия договоров, могут учитываться в расходах для целей налогообложения прибыли организаций [7]. Однако, Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 04 июня 2007 года № 320-О-П со ссылкой на постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 октября 2006 года № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды», указал, что экономическую обоснованность и целесообразность расходов определяет сам предприниматель, поэтому налоговый орган не вправе оценивать расходы с этой точки зрения, определяя их эффективность и рациональность [8],[9].

С.В. Савсерис и И.М. Трегубов в своей статье приводят рекомендации по снижению налоговых рисков, связанных с заключением абонентских договоров. Авторы делят их на юридические (когда формулировка условий договора направлена на определение юридического толкования договора) и технические (которые направлены на невозможность доначислить налоги и обосновать это доначисление) [10.С. 35-37]. Н.Ю. Челышева отмечает, что недобросовестные коммерсанты, занимающие существенную долю рынка и стремящиеся к максимальному увеличению собственной прибыли, зачастую включают в абонентские договоры разного рода дополнительные услуги, по своей сути представляющие собой завуалированные поборы, не дающие какой-либо экономической выгоды клиенту. Ярким примером здесь служат различного рода дополнительные платные подписки для абонентов сотовой связи. Ситуация в данном случае усугубляется не только невнимательностью клиента при подписании договора, но и чисто технической неосторожностью: платная подписка может появиться в результате ошибочно отправленного сообщения с телефона клиента. В этом случае абонентский договор используется как дополнительный инструмент к неосновательному обогащению исполнителя.

Автор указывает на два критерия, на основе которых тот или иной вид деятельности можно отнести к системе абонентского обслуживания: во-первых, объективная необходимость постоянного предоставления соответствующей услуги клиенту; во-вторых, отсутствие конечного результата оказываемых услуг. Кроме того, сложность заключается в том, что названные характеристики на практике звучат весьма условно и при разрешении конкретного спора судам правильнее всего квалифицировать

поведение обеих сторон, опираясь на основные начала гражданского законодательства - добросовестность, разумность, справедливость [11.С. 219-220]. Абонентский договор может быть использован для прикрытия иной сделки. Так, например абонентский договор может быть использован организациями для обхода прямого запрета пп. 4 п. 1 ст. 575 ГК РФ о невозможности заключения договора дарения между коммерческими юридическими лицами. В данном случае перечисление абонентской платы без затребования встречного предоставления исполнения от контрагента может расцениваться как безвозмездная передача денежных средств – дарение. Таким образом, на практике абонентский договор может быть средством, прикрывающим истинную волю недобросовестных участников гражданских правоотношений. Как видим, существует насущная потребность в необходимости выработки критериев реальности абонентского договора, учитывая его специфику. Так А. С. Райников, Д. В. Карелина, Ю. П. Мартыненко к критериям направленности абонентского договора на реальное исполнение относят:

1. Определенный сторонами договора размер абонентской платы является экономически обоснованным.

2. У абонента имелась фактическая потребность в предоставляемых исполнителем товарах, выполняемых работах, оказываемых услугах.

3. Исполнитель имел реальную возможность произвести исполнение по договору (наличие штата сотрудников, техники, оборудования, помещений и т.п.).

4. У сторон имеется переписка за период действия договора, претензии, заявки, акты оказанных услуг, акты приема-передачи выполненных работ, счета, дополнительные соглашения или иные документы, связанные с исполнением договора [12.С. 16-17].

Заключение. Все указанные критерии имеют сходства, при этом особо значимыми являются:

1. Проверке деятельность исполнителя по абонентскому договору, его мощности для предоставления исполнения.

2. Наличие потребности у абонента в заключение договора с исполнением по требованию.

Выводы. Таким образом, указанные критерии абонентского договора могут помочь в установлении истинных желаний сторон заключить абонентский договор, но, тем не менее, не могут гарантировать добросовестность сторон гражданско-правовых отношений. В каждом конкретном случае суду предстоит исходя из фактических правоотношений сторон, возникших в связи с исполнением абонентского договора, с использованием указанных критериев выявлять истинную волю сторон при заключении абонентского договора, исходя из общего принципа добросовестности поведения участников гражданского оборота.

Список источников:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] // СПС «Консультант Плюс».

2. Определение Верховного Суда РФ от 07 декабря 2017 года № 309-ЭС17-17984 по делу № А47-6668/2016 [Электронный ресурс] // СПС «Консультант Плюс».

3. Соловьева (2019) – *Соловьева А.А. Использование абонентского договора недобросовестными участниками в рамках процедуры банкротства. Актуальные вопросы права, экономики и управления.*

Сборник статей XXIII Международной научно-практической конференции: в 2 ч.. 2019 Издательство: «Наука и Просвещение» (ИП Гуляев Г.Ю.) (Пенза) С. 181-183.

4. О несостоятельности (банкротстве): фед. закон: [принят от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ: по состоянию на 01.04.2020] // Собрание законодательства РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

5. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 12 декабря 2019 г. № Ф08-11450/19 по делу № А32-45404/2017 [Электронный ресурс] // СПС «Консультант Плюс».

6. Налоговый кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] // СПС «Консультант Плюс».

7. Письмо Департамента налоговой и таможенно-тарифной политики Минфина РФ от 26 мая 2008 г. № 03-03-06/1/330. Об учете в целях налогообложения прибыли расходов по договорам на обслуживание программных продуктов и телефонных номеров, а также расходов на приобретение консультационных и аудиторских услуг, используемых организацией по мере необходимости в течение срока действия договоров [Электронный ресурс] // СПС «Консультант Плюс».

8. Об отказе в принятии к рассмотрению запроса группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности абзацев второго и третьего пункта 1 статьи 252 Налогового кодекса Российской Федерации: опред. Конституционного суда: [принято от 4 июня 2007г. № 320-О-П] // Собрание законодательства РФ. 2007. № 28. ст. 3479.

9. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» [Электронный ресурс] // СПС «Консультант Плюс».

10. Савсерис, Трегубов (2010) – Савсерис С.В, Трегубов И.М. Налоговые риски сервисного договора с условием внесения абонентской платы // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. 2010. №22. С.35-37.

11. Чельшева (2018) – *Чельшева Н.Ю. Особенности правового регулирования абонентских договоров в свете реформирования гражданского законодательства. Российская правовая система в контексте обеспечения прав и свобод человека и гражданина: теория и практика.* Материалы II Всероссийской научно-практической конференции с международным участием, посвященной Дню юриста. Отв. ред. Е. П. Чорновол, И.Н. Бородина. 2018 Издательство: Курганский государственный университет (Курган) С. 212-220.

12. Договорное право: абонентские, рамочные договоры и договоры опционного типа: учеб. пособие / А.С. Райников, Д.В. Карелина, Ю.П. Мартыненко. Иркутск: Изд-во БГУ, 2019. 48 с.

References:

Civil Code of the Russian Federation [Grazhdanskiy kodeks Rossijskoj Federacii]. Electronic resource // АТР «Consultant Plus» [Konsul'tant Plyus].

The determination of the Supreme Court of the Russian Federation [Opredelenie Verhovnogo Suda RF] dated December 7, 2017 № 309-ES17-17984 in the case № А47-6668 / 2016. Electronic resource // АТР «Consultant Plus» [Konsul'tant Plyus].

Solov'eva (2020) – *Solov'eva A.A. Use of a subscription agreement by unscrupulous participants as part of the bankruptcy procedure. Actual issues of*

law, economics and management. [Ispol'zovanie abonentskogo dogovora nedobrosovestnymi uchastnikami v ramkah procedury bankrotstva. Aktual'nye voprosy prava, ekonomiki i upravleniya] Collection of articles of the XXIII International Scientific and Practical Conference [Sbornik statej XXIII Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii]: v 2 ch.. 2019 Izdatel'stvo: «Nauka i Prosveshchenie» (IP Gulyaev G.YU.) (Penza) P. 181-183.

On insolvency (bankruptcy): Fed. law: [O nesostoyatel'nosti (bankrotstve): fed. zakon]: adopted on October 26, 2002 № 127-ФЗ: as of April 1, 2020 // Meeting of the legislation of the Russian Federation. 2002. № 43. Article 4190. [prinyat ot 26 oktyabrya 2002g. № 127-FZ: po sostoyaniyu na 01.04.2020] // Sobranie zakonodatel'stva RF. 2002. № 43. St. 4190.

The decision of the Arbitration Court of the North Caucasus District dated December 12, 2019 № F08-11450 / 19 in the case № A32-45404 / 2017 [Postanovlenie Arbitrazhnogo suda Severo-Kavkazskogo okruga ot 12 dekabrya 2019 g. № F08-11450/19 po delu № A32-45404/2017] // ATP «Consultant Plus» [Electronic resource] // SPS «Konsul'tant Plyus»].

Tax code of the Russian Federation [Nalogovyj kodeks Rossijskoj Federacii] // [Electronic resource] ATP «Consultant Plus» [SPS «Konsul'tant Plyus»].

Letter of the Department of Tax and Customs Tariff Policy of the Ministry of Finance of the Russian Federation dated May 26, 2008 № 03-03-06 / 1/330. About accounting for tax purposes the profit of expenses under contracts for servicing software products and phone numbers, as well as expenses for the acquisition of consulting and audit services used by the organization as necessary during the term of the contracts [Pis'mo Departamenta nalogovoj i tamozhenno-tarifnoj politiki Minfina RF ot 26 maya 2008 g. № 03-03-06/1/330. Ob uchete v celyah nalogooblozheniya pribyli raskhodov po dogovoram na obsluzhivanie programmnyh produktov i telefonnyh nomerov, a takzhe raskhodov na priobretenie konsul'tacionnyh i auditorskih uslug, ispol'zuemyh organizaciej po mere neobhodimosti v techenie sroka dejstviya dogovorov] // [Electronic resource] ATP «Consultant Plus» [SPS «Konsul'tant Plyus»].

On the refusal to accept for consideration the request of a group of deputies of the State Duma to verify the constitutionality of paragraphs two and three of paragraph 1 of Article 252 of the Tax Code of the Russian Federation: defin. Constitutional Court [Ob otkaze v prinyatii k rassmotreniyu zaprosa gruppy deputatov Gosudarstvennoj Dumy o proverke konstitucionnosti abzacev vtorogo i tret'ego punkta 1 stat'i 252 Nalogovogo kodeksa Rossijskoj Federacii: opred. Konstitucionnogo suda] adopted on June 4, 2007 № 320-O-P // Meeting of the legislation of the Russian Federation. [Sobranie zakonodatel'stva RF]. 2007. № 28.Art. 3479.

Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation of October 12, 2006 № 53 «On the assessment by arbitration courts of the justification for obtaining tax benefits by a taxpayer» [Electronic resource] // ATP «Consultant Plus» [Postanovlenie Plenuma Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF ot 12 oktyabrya 2006 g. № 53 «Ob ocenke arbitrazhnymi sudami obosnovannosti polucheniya nalogoplatel'shchikom nalogovoj vygody»] / SPS «Konsul'tant Plyus».

Savseris, Tregubov (2010) - Savseris S.V., Tregubov I.M. Tax risks of a service contract subject to a monthly fee [Nalogovye riski servisnogo dogovora s usloviem vneseniya abonentskoj platy] // Accounting in budget and non-profit organizations. [Buhgalterskij uchet v byudzhethnyh i nekommercheskih organizacijah]. 2010. № 22. P.35-37.

CHelysheva (2018) – *Chelysheva N.Yu. Features of the legal regulation of subscription agreements in the light of civil law reform. The Russian legal system in the context of ensuring the rights and freedoms of man and citizen: theory and practice. Materials of the II All-Russian scientific-practical conference with international participation dedicated to the Lawyer's Day. Repl. ed. E.P. Chornovol, I.N. Borodin.* [Osobennosti pravovogo regulirovaniya abonentskih dogovorov v svete reformirovaniya grazhdanskogo zakonodatel'stva. Rossijskaya pravovaya sistema v kontekste obespecheniya prav i svobod cheloveka i grazhdanina: teoriya i praktika. Materialy II Vserossijskoj nauchno-prakticheskoj konferencii s mezhdunarodnym uchastiem, posvyashchennoj Dnyu yurista. otv. red. E. P. CHornovol, I.N. Borodina]. 2018 Publisher: Kurgan State University (Kurgan) [Izdatel'stvo: Kurganskij gosudarstvennyj universitet (Kurgan)]. P. 212-220.

Contract law: subscription, framework agreements and option type agreements: textbook. allowance [Dogovornoe pravo: abonentskie, ramochnye dogovory i dogovory opcionnogo tipa: ucheb. posobie] / A.S. Rainikov, D.V. Karelina, Yu.P. Martynenko. Irkutsk: BSU Publishing House, 2019. 48 p.