

**Артем Георгиевич Карапетов**

профессор Российской школы частного права,
ректор Юридического института «М-Логос»,
зав. кафедрой Государственной академии
повышения квалификации (ГАСИС),
кандидат юридических наук

Автор комментирует некоторые идеи Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России и предлагает свои варианты решения вопросов заключения, исполнения и расторжения договоров, основанные на международном опыте и самостоятельном политико-правовом анализе.

Анализ некоторых вопросов заключения, исполнения и расторжения договоров в контексте реформы обязательственного права России

Сегодня полным ходом идет реформа гражданского законодательства России. В первой половине 2009 г. было подготовлено несколько проектов реформы различных областей гражданского права, в том числе и проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России (далее — Проект)¹, а в октябре Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства утвердил обобщенную версию Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (далее — Концепция), вобравшей самые принципиальные предложения проектов. По плану уже в 2010 г. должна быть проведена работа по подготовке непосредственно

¹ *Рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол от 26.01.2009 № 66) и опубликован на сайте www.privlaw.ru.*

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 12/2009

законопроектов. Насколько оправдана такая оперативность, вопрос дискуссионный. Тем не менее юридической научной общественности отведено определенное время, для того чтобы успеть проанализировать ключевые положения предлагаемой реформы, выработать свое отношение к ней и при необходимости предложить те или иные коррективы или дополнения, которые могут быть учтены на этапе подготовки законопроектов.

В настоящей статье мы попытаемся оценить некоторые тезисы Проекта, касающиеся совершенствования регулирования вопросов заключения, исполнения и расторжения договоров.

I. Некоторые проблемы заключения договоров

Существенные условия договоров

Как верно отмечается в Проекте, в российской судебной практике весьма распространено оспаривание заключенного договора по причине отсутствия в нем существенных условий (п. 2.8.1 раздела VII).

В зарубежных странах прямого аналога доктрины существенных условий нет. Там, как правило, речь идет о достаточной конкретности условий договора, необходимый уровень которой делает контракты принудительно исполнимыми². В российском же Гражданском кодексе (далее — ГК РФ) в ст. 432 приводится перечень существенных условий. Но их толкование настолько неопределенно, что никто не может быть уверен в списке существенных условий того или иного договора. Недавно студенты Российской школы частного права подготовили детальный анализ судебной практики в отношении вопросов существенных условий договоров, который показал ужасающий хаос в судебной практике. Почти ни по одному потенциальному существенному условию нет абсолютного консенсуса в судебной практике, и далеко не везде сомнения снимает практика Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ). Эта неопределенность создает потенциал для зачастую недобросовестного оспаривания контрактов.

В частности, ст. 432 ГК РФ относит к существенным условиям условие договора о его предмете. Но что такое предмет договора? Например, до какой степени детальности необходимо конкретизировать в договоре оказания услуг сам характер услуг, чтобы можно было считать предмет договора согласованным? Пожалуй, в ГК РФ вносить уточнения в данном случае бессмысленно: такие вопросы решаются только на уровне судебной практики.

А вот в отношении другого вида существенных условий — тех условий, которые в силу закона являются обязательными для договора данного вида, — требуется наладка законодательства. При написании части второй ГК РФ законодателю

² *Подробный сравнительно-правовой обзор см.: Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law / ed. by O. Lando and H. Beale. London, 2000. P. 146–149.*

следовало быть более точным в формулировках. Вопреки идее, высказанной в Проекте, стабильность оборота укрепилась бы, если бы в отношении каждой поименованной договорной модели законодатель предусмотрел продуманный перечень существенных условий, как это было сделано в отношении договора страхования (ст. 942 ГК РФ). Тогда судебные споры по существенным условиям договора почти исчезнут. Участникам оборота станет ясно *ex ante*, какие условия составляют необходимый минимум договорной определенности и соответственно должны быть включены в договор во избежание признания его незаключенными.

Сейчас в отношении большинства договоров такого перечня в тексте ГК РФ нет. Более того, законодательство зачастую использует выражения, заставляющие серьезно сомневаться, означает ли та или иная фраза пополнение списка существенных условий, основанных на указаниях закона. Например, в ГК РФ, а также в других законах нередко упоминаются такие обороты: «в договоре должно быть указано», «в договоре предусматривается», «то или иное условие определяется условиями договора». К тому же существенность тех или иных условий может выводиться из толкования определения договора. Не лучше дело обстоит и с принимаемыми подзаконными актами. В некоторых постановлениях Правительства РФ список обязательных условий договора занимает чуть ли не страницу и включает такие странные существенные условия, как перечисление прав и обязанностей сторон, указанных в этом же нормативном акте, а также размер неустойки³. Означает ли наличие в нормативном акте не прямого указания на существенность условий, а такого рода намеков, что без этого условия в тексте контракта суд не признает его заключенным?

Научного консенсуса по списку существенных в силу положений закона условий не прослеживается, да и по большому счету какого-то активного обсуждения не ведется. Так, многие юристы считают срок поставки существенным условием договора в силу указания в определении договора поставки на то, что согласно данному договору поставщик обязуется передать товар в определенный договором срок (ст. 506 ГК РФ). В то же время в п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 указано, что отсутствие в договоре поставки срока поставки не фатально и восполняется судом в порядке ст. 314 ГК РФ. Или, к примеру, п. 1 ст. 339 ГК РФ указывает на то, что к обязательным условиям договора залога относится условие о том, у кого предмет залога должен оставаться, в то время как п. 1 ст. 338 ГК РФ объявляет, что в случае отсутствия данного условия договор восполняется диспозитивной нормой о сохранении предмета залога во владении залогодателя. Согласно ст. 781 ГК РФ заказчик обязан оплатить услуги в срок и в порядке, предусмотренном в договоре оказания услуг, что вызывает у судов сомнения, не означает ли эта фраза, что в отсутствие в договоре оказания услуг срока оплаты договор следует признать незаключенным. Статья 409 ГК РФ устанавливает, что срок, размер и порядок передачи отступного устанавливаются сторонами в соглашении об отступном. Означает ли это, что соглашение об отступном без условия о порядке передачи отступного действительно будет считаться незаключенным? Таких примеров множество. Суды, по крайней мере в случаях, когда ВАС РФ не высказывал свою позицию, выносят абсолютно противоположные решения.

³ См., напр., п. 13 постановления Правительства РФ от 12.02.1999 № 167 «Об утверждении правил пользования системами коммунального водоснабжения и канализации в РФ».

В этой мутной воде преимущества получают те, кто в силу тех или иных причин нацеливается на аннулирование заключенных сделок. Недобросовестные контрагенты, пользуясь неопределенностью в вопросе о квалификации тех или иных условий в качестве существенных в силу закона, продолжают оспаривать контракты, а российские суды, к сожалению, нередко идут у них на поводу.

И Проект, и Концепция (п. 7.9 раздела V), вместо того чтобы внести большую определенность в эту проблематику, все лишь усложняют, предлагая дополнить список существенных условий такими, которые необходимы для данного договорного типа независимо от каких-либо специальных положений закона. В этом случае помимо и без того крайне неопределенного, но по-видимому неизбежного отнесения к существенным условиям предмета договора, а также нередко двусмысленных специальных указаний на существенность тех или иных условий в ГК РФ возникает еще один фактор неопределенности — условия, в силу природы того или иного договорного типа являющиеся необходимыми. На наш взгляд, это даст недобросовестным контрагентам дополнительные поводы поспорить о заключенности договора. У каждого судьи свое понимание природы определенных договорных моделей. А значит, суды могут *ex post* «открывать» у тех или иных условий различных договоров существенность, о которой стороны даже не догадывались.

На наш взгляд, все действительно необходимые условия, выражающие существо заключаемого договора и при этом не упомянутые прямо в законе в качестве таковых, могут включаться в понятие предмета договора, который определяет суть взятых на себя сторонами обязательств и в силу ст. 432 ГК РФ признается универсальным существенным условием. Такой подход ограничивает перечень потенциально существенных условий только теми, что на самом деле отражают основную суть договоренности. У судей будет куда меньше соблазнов поддаться на аргументы стороны, оспаривающей договор по причине отсутствия в нем согласованных существенных условий, чем если бы в ГК РФ было прямо указано, что к существенным относятся, помимо предмета договора, еще и те условия, чья существенность определяется природой соответствующего договорного типа.

Итак, наше предложение — не включать в ГК РФ указание на то, что существенными условиями признаются также и условия, необходимые для договора данного типа. Вполне достаточно указания на существенность условия о предмете договора, а также условий, названных существенными или обязательными в законе. В нормативном же плане мы предлагаем иное решение проблемы подрыва стабильности договорных отношений. На наш взгляд, менее элегантно, но куда более продуктивно было бы проинвентаризировать все указанные в Гражданском кодексе РФ договоры и предусмотреть в отношении каждого из них четкий перечень существенных условий по примеру ст. 942 ГК РФ. Мы не разделяем скептического взгляда авторов Проекта на эту идею. Если законодателю не составило труда установить перечень существенных условий для договора страхования, то нет ничего сложного в экстраполяции такого опыта на все остальные договорные конструкции. Это вполне разумно, по крайней мере если серьезно заниматься проблемой повышения стабильности договорных отношений и борьбой с недобросовестным оспариванием контрактов. Любой юрист сможет распечатать себе список существенных условий каждого из поименованных видов договоров и не

задумываться над тем, что же суды могут признать в качестве таких условий. В итоге проблемы с признанием договоров незаключенными по причине отсутствия существенных условий будут возникать очень редко и в основном в отношении непоименованных договоров.

При разработке списка существенных условий договоров *de lege ferenda* необходимо учесть правовую природу и задачи этого института. К сожалению, в российской правовой науке серьезных исследований в этой сфере почти не проводилось⁴. Но вопрос не столько в научном изучении доктрины существенных условий, сколько в анализе ее политико-правовых аспектов: иначе вряд ли удастся создать список, включающий то, что действительно необходимо, и исключающий те условия, которые могут быть восполнены судом.

Попытаемся набросать в общих чертах схему подобного политико-правового анализа.

Во-первых, стороны в договоре не в состоянии урегулировать все возможные ситуации. Следовательно, все контракты по определению неполны, пробельны.

Во-вторых, пробелы могут быть восполнены судом *ex post* при применении им диспозитивных норм ГК РФ, правотворческих положений судебной практики, обычаев делового оборота, аналогии закона, аналогии права или принципов разумности, справедливости и добросовестности. Этим занимаются суды всех стран мира. В Англии или США — с помощью доктрины подразумеваемых условий договора, основываясь на фикции о прочтении судами имплицитной воли сторон. В странах континентальной Европы суды не используют эту фикцию и заполняют пробелы посредством применения, толкования и переноса по аналогии диспозитивных норм гражданских кодексов.

В-третьих, пробел пробелу рознь. Некоторые пробелы право не считает нужным или возможным восполнить *ex post*. Поэтому признание того или иного условия в качестве существенного по своей сути означает, что законодатель признает тот или иной пробел не подлежащим восполнению судом, т. е. снимает с судов задачу восполнения этого пробела в контракте, считая более разумным отменить саму сделку.

В-четвертых, одной из причин признания того или иного пробела невозможным, а соответствующего условия существенным является невозможность или крайняя затруднительность восполнения судом пробела в части условий, без которых исполнение договора невозможно. Например, отсутствие согласия в отношении количества товара по договору поставки делает этот договор фатально неполным. Причем эта неполнота невозможна судом *ex post*. Действительно, как суд может определить количество товара по договору поставки, если стороны не предусмотрели это условие в тексте контракта? Отсюда и признание этого

⁴ В качестве исключения см.: Витрянский В.В. Существенные условия договора в отечественной цивилистике и правоприменительной практике // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2002. № 5.

условия в качестве существенного. Другой пример: срок выполнения работ в договоре подряда также является принципиальным условием договора. Теоретически установить это условие *ex post* в суде возможно, но во многих случаях (особенно в случае строительного подряда) затруднительно. Именно поэтому закон объявляет этот пробел невосполняемым.

В-пятых, законодатель в некоторых случаях признает тот или иной пробел в договоре не подлежащим исполнению по причине не столько невозможности или затруднительности его исполнения, сколько политико-правовой нежелательности предоставления судам такой функции. Так, по общему правилу цена не представляет собой существенное условие договора, без согласования которого сторонами договор будет считаться незаключенным. Как известно, возмездность презюмируется (п. 3 ст. 423 ГК РФ), а цена при ее отсутствии в самом контракте определяется по правилам ст. 424 ГК РФ. Иными словами, по общему правилу законодательство считает затруднения при определении цены *ex post* судом меньшими, чем негативные последствия от признания незаключенными сделок, не содержащих указания цены. Но в случае с договорами купли-продажи недвижимости (п. 1 ст. 555 ГК РФ) законодательство признает пробел в договоре в части условия о цене фатальным и невосполнимым. Думается, в этом случае дело не в сложности установления рыночной цены недвижимости. Зачастую рыночную цену родовых товаров или неких услуг установить куда сложнее, чем недвижимости. Но в сделках с недвижимостью цена вопроса чрезвычайно высока, и соответственно велики риски ее ошибочной оценки *ex post* судом. В воспитательных целях законодательство предпочитает в некоторых случаях аннулировать сделку, нежели возлагать на судей ответственность за то, чтобы они определяли за стороны цены дорогостоящих объектов. Если стороны будут знать, что пробел невосполним, у них появится стимул его не допускать, что освободит суды от необходимости втягиваться в процесс исполнения данного, как правило, крайне «дорогостоящего» пробела *ex post*.

В-шестых, другой целью признания того или иного пробела невосполнимым является патерналистская защита участников сделки. Патернализм в данном случае может быть предопределен желанием законодателя заставить стороны во имя их же блага оговаривать те или иные условия. Причем речь идет об условиях, отсутствие которых в контракте теоретически не фатально и может быть исполнено *ex post*. Например, ст. 339 ГК РФ требует включения в договор залога условия об оценке залога. С нашей точки зрения, пробел в этой части вполне мог бы быть исполнен судом: обеспечительный эффект возникнет, так как сам предмет залога определен, а оценка может быть определена в суде при обращении взыскания на предмет залога. Соответственно основная цель этой нормы патерналистская. Сторонам будет намного проще оценить эффективность, целесообразность и справедливость сделки залога, а также ее обеспечительный потенциал, если они согласуют и закрепят оценку предмета залога в контракте *ex ante*. Руководствуясь этим, закон иногда жертвует стабильностью контрактов, чтобы подтолкнуть контрагентов к определенной договорной практике в их же собственных интересах.

В-седьмых, патернализм может быть односторонним и обусловлен необходимостью защиты того контрагента, который потенциально обладает низким уровнем переговорных возможностей (*bargaining power*). Когда закон обязывает включить

то или иное условие в договор, он может стимулировать сильную сторону контракта транспарентно и прямо оговаривать те или иные условия, которые она, не будь данного требования, в договор не включила бы. Правда, объявление того или иного пробела невозполнимым под страхом признания сделки незаключенной по патерналистским причинам защиты слабой стороны не лучший выход. Куда разумнее включить в закон диспозитивную норму не в пользу сильной стороны — перекрыть ее можно будет, только если сильная сторона инициирует прямые переговоры по согласованию данного условия. Это лишит сильную сторону преимуществ от умолчания. В крайних же случаях в патерналистских целях можно установить и императивную норму — тогда обойти эту норму ни молчанием, ни соглашением об ином будет невозможно. Например, некоторые подзаконные акты требуют включать в договор условие о неустойке. Если считать это указанием на существенность данного условия, то следует признать такое решение неразумным, так как оно влечет дестабилизацию сделок, причем, вполне возможно, во вред самой слабой стороне, ради которой эта норма и устанавливалась. Куда логичнее добиться той же цели путем введения законной неустойки.

В-восьмых, теоретически признание того или иного условия существенным может иметь целью воспитание культуры договорной работы. Но опять же следует задуматься о том, какими средствами мы достигаем этого результата.

В-девярых, признание того или иного пробела невозполнимым, а условия существенным может выполнять и другие политико-правовые задачи.

В любом случае из всех перечисленных задач бесспорной выглядит та, что направлена на исключение пробелов в контракте, устранить которые либо невозможно, либо затруднительно в суде *ex post*. Иногда возможно установление существенных условий и в некоторых других целях из указанных выше. Но самое важное: при реформировании гражданского законодательства и более четком установлении существенных условий тех или иных договоров случаи невозполнимых пробелов в контракте следует определять исключительно по политико-правовым соображениям с четким осознанием того социально-экономического результата, которого мы пытаемся добиться за счет признания того или иного договорного пробела невозполнимым и создающим угрозу признания сделки незаключенной. К сожалению, есть определенные основания считать, что ранее законодатель далеко не всегда всерьез думал о том, зачем и ради каких целей он указывает в законе на существенность того или иного условия.

В условиях сжатых сроков реформирования гражданского законодательства и нежелания авторов реформы пересматривать нормы части второй ГК РФ о конкретных договорах полноценная реализация описанной выше схемы тотальной переоценки доктрины существенных в силу закона условий выглядит скорее научной фантастикой. Возможно, было бы лучше вообще в ст. 432 ГК РФ никаких уточнений не вносить. Если мы не можем усилить стабильность оборота, более точно настроив институт существенных условий, то не стоит принимать меры, которые могут привести к дестабилизации оборота. Расширение списка существенных условий, без согласования которых договор будет считаться незаключенным, за счет такой неопределенной категории, как «условия, необходимые для договора данного типа», на наш взгляд, может лишь усугубить нестабильность оборота.

Проблема акцепта на иных условиях

Проект и Концепция (п. 7.11 раздела V) предлагают вслед за правопорядком ряда стран легализовать акцепт на иных условиях. Как известно, в российском праве действует правило о том, что акцепт должен быть полным и безоговорочным (ст. 443 ГК РФ). В Проекте предлагается в коммерческих отношениях считать акцепт с несущественными расхождениями с офертой влекущим заключение договора, за исключением тех случаев, когда оферент, получивший такой акцепт с оговорками, без неоправданной задержки возразит против принятия версии договора в редакции акцептанта. Если такое возражение своевременно выставлено не будет, договор должен считаться заключенным с учетом разногласий акцептанта.

Такое решение сейчас закреплено — правда, в гораздо более детально урегулированном виде — в Венской конвенции 1980 г. (ст. 19), Принципах международных коммерческих договоров (ст. 2.11; далее — Принципы УНИДРУА), Принципах европейского контрактного права (ст. 2:208), а в эти источники попало из гражданского права некоторых стран романской правовой семьи (Франции, Испании). Большинство же стран продолжают придерживаться принципа зеркального отражения, согласно которому акцепт с оговорками полноценным акцептом не является (Германия, Австрия, Италия, Англия, Скандинавские страны)⁵. Например, германское право (ст. 154 ГГУ) в результате недавней реформы обязательственного права не отошло от принципа зеркальности. Исключением может служить ситуация, когда воля контрагентов была прямо направлена на то, чтобы считать договор заключенным в части условий, оказавшихся по результатам обмена встречными офертами согласованными (ст. 155 ГГУ)⁶.

С нашей точки зрения, правовой системе России также не следует сейчас копировать решение, отраженное в актах международной унификации договорного права. Оно, конечно, носит более гибкий характер. Тем не менее, по нашему мнению, если отойти в данном случае от формализма, это принесет экономике куда больше вреда, чем пользы. Поэтому пока стоит придерживаться более формального традиционного подхода, вытекающего из принципа зеркального отражения.

Поясним свою позицию. Основная проблема нового подхода — в описании незначительных разногласий. Предлагается считать незначительными такие разногласия, которые существенно не меняют условия оферты. Но наш квелый гражданско-правовой научный дискурс и непредсказуемая судебная практика уже почти 15 лет не могут справиться с разделением условий на существенные и несущественные. А тут появляется еще одна градация, разделяющая все разногласия на значительные и незначительные. Легко предугадать, что провести эту черту судам будет очень сложно. Если опечатки или изменения ставки пеней на десятые доли процентных пунктов суду не составит труда отнести к незначительным разногласиям, то во многих других случаях, когда в акцепте предлагается изменить

⁵ Подробный сравнительно-правовой обзор см.: *Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. P. 179–180.*

⁶ *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d ed. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. P. 71–73.*

цену, сроки поставки или оплаты, качество товара, способы отгрузки, основания освобождения от ответственности, оговорку об удержании правового титула или другие условия, будет сложно определить, насколько эти разногласия существенно меняют оферту.

В итоге суды станут проводить эту черту *ex post*. Но, как в свое время заявил американский судья О.У. Холмс, право — это предсказание того, как суды решат споры, и не более⁷. Такая перспектива, не отражая всей картины права как феномена, вполне соответствует запросам юристов-практиков. Им от законодательства нужна определенность, которая, конечно, в полной мере недостижима, но и не должна расшатываться по пустякам. Эта определенность позволяет более точно предвидеть судебные решения и планировать свою экономическую деятельность. Нарушения законодателем этих ожиданий неизбежны, так как право должно быть еще и гибким и ориентированным на достижение справедливости при правоприменении. В современном праве большое количество общих условий (таких, как добросовестность, разумность и т. п.), изменчивость судебной практики, отсутствие жестких формул толкования закона, который может быть всегда истолкован расширительно или ограничительно, по букве или по духу, применен или не применен по аналогии, а также ряд других дестабилизирующих факторов делают правоприменение в значительной степени непредсказуемым; по крайней мере его невозможно предсказать со 100-процентной вероятностью.

Но все же в нормальных условиях эта непредсказуемость является неизбежным злом, которое мы «покупаем» для нейтрализации еще большего зла или решения более важных проблем. Дестабилизировать правовое регулирование из-за пустяков не стоит. Иными словами, здесь, как и везде, важен компромисс. Отступления от ценности определенности права оправданы в той степени, в которой за счет них достигаются весомые политико-правовые преимущества. Думается, что идея отступления от принципа зеркальности дестабилизирует правовую определенность без убедительных политико-правовых резонансов.

В предлагаемом в Концепции режиме понять заранее, существенны ли разногласия и влечет ли конкретный акцепт с оговорками заключение договора сам по себе или является лишь встречной офертой, требующей подтверждения, контрагентам будет сложно. Согласно теории игр разумные контрагенты-предприниматели, не желающие соглашаться на полученные от акцептанта разногласия, в условиях неопределенности в вопросе о существенности полученных от акцептанта разногласий на всякий случай будут всегда высылать обратно свое заявление с отказом от принятия этих разногласий или выставлять встречные «протоколы согласования разногласий». Но не очень разумные и не совсем грамотные участники коммерческого оборота не будут подстраховываться либо в силу незнания этой тонкости, либо в силу ложной уверенности в несущественности разногласий. В итоге произойдет дестабилизация в вопросе заключенности договоров и появятся лишние споры.

⁷ Holmes O.W. *The Path of the Law* // *10 Harvard Law Review*. 1897. P. 457ff (см.: http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm).

Нужны ли нам правила об акцепте на иных условиях так сильно, чтобы мы были готовы дестабилизировать договорный оборот и спровоцировать легко прогнозируемый всплеск судебных споров о заключенности договоров? Нужна ли нам эта неопределенность? Неужели те преимущества, которые мы получаем при легализации акцепта с оговорками, не перекрываются указанными выше недостатками? Возможно, правы те страны, что придерживаются классической формулы принципа зеркальности? Над этими вопросами необходимо серьезно подумать, прежде чем реформировать российское законодательство.

Представим себе, что компания, получив протокол разногласий (акцепт с оговорками) на свой проект договора (оферту) и желая отвергнуть эти разногласия, отошлет немедленно акцептанту свое возражение против принятия протокола или встречный протокол согласования разногласий, которые не дойдут до акцептанта. Акцептант, не получив возражения, посчитает свою редакцию принятой и начнет исполнение, к которому оферент будет абсолютно не готов. В результате применение предлагаемого в Проекте правила приведет к дополнительному документообороту на стадии заключения договора и создаст неприятные ситуации неопределенности и конфликты.

Можно возразить: применение принципа зеркального отражения приводит к тому, что даже простая опечатка при воспроизведении условий оферты в акцепте не допускает признание договора заключенным. На наш взгляд, этот аргумент надуман. На практике в акцепте никто не повторяет условия оферты. Если офертой является присланный проект договора, то акцептом служит его подписание и возврат экземпляра. Если офертой является иной коммерческий документ независимо от того, называется он офертой прямо или нет (заявка, заказ, счет на предоплату и т. п.), то акцепт на него оформляется также в виде соответствующего коммерческого документа, в котором указывается на согласие с условиями, изложенными в оферте (например, в ответ на заявку — счет на предоплату, в ответ на счет — гарантийное письмо и т. д.). Никто условия оферты в акцепте не переписывает. И даже если такая редкая ситуация сложится, то, используя принцип добросовестности, можно легко проигнорировать опечатку, если очевидно, что акцептант, ее допустивший, сделал это случайно и на самом деле согласен с условиями оферты. Предложение же Проекта выходит за рамки случайных опечаток и допускает признание договора заключенным и тогда, когда разногласия являются эксплицитными и осознанными.

Вместе с тем в ГК РФ можно было бы включить норму о том, что, если после получения акцепта с оговорками или в процессе обмена встречными офертами договор начинает исполняться сторонами, он считается заключенным конклюдентными действиями. Это положение и сейчас может быть выведено из толкования действующих норм ГК РФ. Тем не менее в этой части возникает множество споров, и некоторые из них доходят до рассмотрения Президиумом ВАС РФ⁸. Было бы неплохо более строго урегулировать данную ситуацию в законе. При этом стоит серьезно подумать над тем, в какой редакции договор в этом случае будет считаться заключенным.

⁸ См. постановления Президиума ВАС РФ № 2509/98, 2792/98, 6341/01 и др.

Уточнение механизма акцепта конклюдентными действиями

Согласно п. 3 ст. 438 ГК РФ акцепт может быть совершен не только путем прямого волеизъявления, но и с помощью конклюдентных действий, т. е. действий по выполнению предусмотренных в полученной оферте условий договора.

Такая схема заключения договора является общепризнанной в мире и особенно часто практикуется в малом бизнесе. Но из этой нормы не вытекает ответ на вопрос о том, в какой момент договор считается заключенным. От данного момента рассчитываются сроки действия договора и сроки на исполнение отдельных обязательств. Поэтому зачастую дата заключения договора имеет важнейшее значение. В случае заключения договора конклюдентными действиями эта дата оказывается неочевидной, учитывая, что действия по исполнению договора обычно занимают длительное время, а также что момент начала совершения этих действий нередко оференту невозможно установить. Датой заключения договора может быть, во-первых, начало осуществления конклюдентных действий. Во-вторых, дата, когда оферент узнал или должен был узнать о начале этих действий. В-третьих, момент, когда акцептант окончил исполнение договора. В-четвертых, момент, когда оферент принял это исполнение. В-пятых, момент, когда оферент узнал или должен был узнать о том, что кредитор окончил исполнение.

Не вдаваясь в детальную аргументацию, предлагаем закрепить в ГК РФ вариант, который с теми или иными особенностями признается в праве большинства стран. А именно: следует закрепить в п. 4 ст. 438 ГК РФ, что договор считается заключенным, когда оферент узнал или должен был узнать о том, что акцептант приступил к осуществлению конклюдентных действий. В законодательстве многих стран, а также в п. 2 ст. 2:205 Принципов европейского контрактного права уточняется: договор считается заключенным в момент получения оферентом уведомления о том, что акцептант приступил к исполнению. Представляется, что упоминание уведомления в данном случае не обязательно. Во-первых, требование о необходимости получения такого уведомления, по сути, размывает разницу между прямым акцептом и акцептом конклюдентными действиями. Во-вторых, зачастую возлагать на акцептанта обязанность такого извещения неразумно в силу того, что факт начала исполнения будет для оферента налицо и без всяких извещений. В связи с этим оптимальным было бы установить в качестве момента заключения договора более гибкий критерий — знание оферента о начале осуществления конклюдентных действий акцептантом.

Считать договор заключенным позже, чем оферент узнал или должен был узнать о начале конклюдентных действий (например, в момент принятия оферентом осуществленного исполнения), было бы неразумно с догматической точки зрения. Оферент узнал о том, что акцептант начинает исполнять договор и тем самым выражает свою встречную волю на вступление в договорные отношения. По общему правилу большего для признания договора заключенным не требуется. Считать же договор заключенным раньше предлагаемого нами момента (например, в момент фактического начала исполнения) было бы несправедливо по отношению к оференту, который оказывался бы в состоянии неведения о том, что договор уже действует.

Можно было бы воспользоваться нынешней реформой договорного права и закрепить в ГК РФ эту вполне разумную идею.

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 12/2009

Оптимизация правового режима предварительного договора

На наш взгляд, следовало бы также внести одно уточнение в ст. 429 и п. 4 ст. 445 ГК РФ в части регулирования прав сторон предварительного договора.

Речь идет об иске, вытекающем из нарушения стороной обязанности заключить договор. Отказываясь от заключения основного договора, ответчик нарушает условия предварительного договора. Статья 429 и п. 4 ст. 445 ГК РФ говорят о том, что в таких ситуациях кредитор должен предъявлять иск о понуждении к заключению договора. Об этом говорит и ст. 173 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ), указывающая, что в случае уклонения от заключения договора суд выносит решение об *обязании* ответчика заключить договор на установленных условиях.

Таким образом, в нашей стране суд при предъявлении иска о принуждении к заключению договора, если руководствоваться нормой ст. 173 АПК РФ, должен выносить решение, обязывающее ответчика совершить действия по заключению договора (решение об исполнении в натуре), но не признает сам договор заключенным. В итоге принудительное исполнение подобных решений возможно только под угрозой очень незначительных штрафов, предусмотренных российскими законами за добровольное неисполнение судебных решений, и может затянуться на такой срок, что истец утратит интерес в исполнении договора.

Куда разумнее было бы использовать механизм замены воли ответчика судебным решением. Например, в ст. 894 ГПК Германии содержится правило, согласно которому, если должник присуждается к выражению волеизъявления, это волеизъявление считается выраженным со времени вступления в силу судебного решения. Российскому законодательству необходимо именно такое правило.

В ряде случаев Президиум ВАС РФ принимал постановления, в которых косвенно признавал, что, если истцом заявлен иск о понуждении заключить договор, возможно вынесение судом решения о признании договора заключенным⁹. Но по большому счету очевидно, что до сих пор этот вопрос не нашел своего однозначного закрепления. Многие суды отказывают в возможности подать иск о признании договора заключенным, считая его противоречащим букве п. 4 ст. 445 ГК РФ и ст. 173 АПК РФ¹⁰.

С нашей точки зрения, такое положение неразумно и неприемлемо. В данном случае следовало бы на иск, вытекающий из отказа заключить основной договор, выносить решение о признании договора заключенным.

Во-первых, это решение можно реализовать путем внесения поправок в п. 4 ст. 445 ГК РФ с указанием на то, что истец в такой ситуации должен подавать иск не о принуждении к заключению договора, а преобразовательный иск о признании договора заключенным. В таком случае с момента вступления в силу судебного решения договор считался бы заключенным.

⁹ См. постановления Президиума ВАС РФ от 30.11.1995 № 5173/95; от 26.08.1997 № 227/97 и др.

¹⁰ Постановление ФАС Московского округа от 22.05.2000 по делу № КГ-А40/1947-00/.

Во-вторых, данное решение можно реализовать, не меняя ГК РФ, путем внесения поправок в АПК РФ и Гражданский процессуальный кодекс РФ. В ответ на иск о принуждении к заключению договора суд обязывал бы ответчика заключить договор с указанием определенного срока выполнения принятого решения суда. Но если бы это решение не было выполнено в установленный срок, по заявлению пристава-исполнителя или истца суд выносил бы определение об изменении способа исполнения решения, устанавливая, что договор признается заключенным на соответствующих условиях. В этом случае суд дает ответчику возможность заключить договор нормальным образом и прибегает к применению фикции волеизъявления ответчика только при его упорном нежелании исполнять судебное решение.

Если законодатель предпочтет первый вариант, необходимо будет внести соответствующие поправки в ГК РФ. Если же выберет второй вариант, то можно будет обойтись без редактирования ГК РФ и отразить данную идею на уровне правки процессуального законодательства.

Так или иначе механизм признания договора заключенным очень эффективен, потому что не требует от ответчика совершения каких-либо действий по исполнению. Это один из тех немногих случаев, когда возможно исполнение судебного решения без участия ответчика, без дополнительных обременений для судебных приставов и без траты бюджетных средств на обеспечение исполнительных процедур. Договор вступает в силу с момента вступления в силу решения о признании его заключенным, и с этим ответчик не может не считаться: неисполнение условий договора будет рассматриваться как его нарушение и влечь со стороны контрагента применение мер договорной ответственности или других мер защиты. Неразумно не использовать объективную возможность без больших затруднений снять проблему исполнения судебного решения.

Опционный договор

Учитывая процессуальные сложности принуждения к заключению основного договора при использовании модели предварительного договора, актуальным считаем закрепление в ГК РФ в дополнение к конструкции предварительного договора возможности заключения опционного договора.

Опционный договор — это по сути основной договор со всеми существенными и остальными условиями, подписанный сторонами, но по прямому указанию в нем не вступающий в силу, пока одна из сторон не заявит о реализации своего права на опцион (*option* в переводе с английского означает «выбор»). Причем опционный договор может давать такое право как любой из сторон, так и лишь одной из них. Если в течение указанного в опционном договоре срока сторона не реализует свое право на опцион, договор считается прекращенным, так и не вступив в силу. Если же один из контрагентов получает уведомление о реализации права на опцион от другой стороны, договор вступает в силу автоматически. В отличие от модели предварительного договора в этом случае не требуется никакого судебного принуждения.

Такая правовая конструкция очень популярна за рубежом и в России особенно в сфере крупных закупок дорогостоящей техники, инвестиционных сделок, сделок слияния и поглощения, иных сделок с акциями и другими ценными бумагами. Ее преимущества вполне очевидны. Если одна из сторон пожелает ввести в действие договорные обязательства, ей достаточно будет заявить об этом в одностороннем порядке без необходимости обращаться в суд. Согласие на предоставление этой стороне такого права на произвольный выбор (*option*) считается данным контрагентом заранее.

При официальном признании такого рода договоров в российском законодательстве опционный контракт начнет использоваться куда активнее, чем модель предварительного договора. Но это не значит, что у последней модели не останется никаких оснований для использования. Стороны будут выбирать модель предварительного договора в том случае, когда на этапе его заключения смогут согласовывать только существенные условия, отложив согласование остальных условий до момента заключения основного договора. Стороны, заключающие опционный договор, согласовывают все желаемые условия и откладывают лишь вступление в силу всего их комплекса.

Правовая природа опционного контракта, в котором стороны оговаривают, что он вступает в силу в момент получения заявления о реализации права на опцион от одной из сторон, весьма интересна. Германское право, так же как и право многих других стран, признает опционный контракт (*Optionsvertrag*)¹¹, но рассматривает его, невзирая на подписи обеих сторон договора, скорее как безотзывную оферту с длительным связывающим эффектом, которую одна из сторон (или любая сторона) вправе акцептовать в пределах установленного в опционном контракте срока¹². Итальянский ГК прямо предусматривает, что подписанный сторонами опционный контракт, дающий одной из сторон право выразить свое окончательное согласие на него позднее, рассматривается как безотзывная оферта (ст. 1331 ГК Италии). Признает опционный договор и американское право. Как известно, право США исходит из общего правила о возможности в любой момент отозвать оферту, что дестабилизирует положение акцептанта, особенно когда период на акцепт длительный. В ответ на этот вызов договорная практика выработала, а судебная практика признала опционный договор (*option contract*), под которым в США так же понимают просто безотзывную оферту, подписанную обеими сторонами и вступающую в силу при поступлении акцепта от одной из сторон в пределах указанного в опционном договоре срока¹³.

Таким образом, за рубежом под опционной сделкой, как правило, понимают безотзывную оферту, ожидающую своего акцепта. Но возможны и другие подходы

¹¹ *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. Op. cit. P. 78.*

¹² *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar zum BGB. 64. Auflage. 2005. § 158, Rn. 10.*

¹³ *Farnsworth E.A. Contracts. 4-th ed. New York, 2004. P. 175–176. Специфика англо-американской доктрины встречного предоставления (consideration) предполагает, что право на такой опцион надо купить, т. е. опционный договор должен предусматривать плату за отказ оферента от своего права на отзыв сделанной им оферты. В континентально-европейском праве, где оферта является по общему правилу безотзывной и отсутствует доктрина встречного предоставления, нет и обязанности оплачивать полученное право воспользоваться опционом.*

к толкованию природы данной договорной конструкции. Например, существует и такой вариант интерпретации опционного контракта, при котором он признается условной сделкой с потестативным отлагательным условием в виде соответствующего заявления одной из сторон.

Оба вышеуказанных варианта имеют право на существование, хотя квалификация опционного договора в качестве оферты, с нашей точки зрения, более простая и очевидная и, что немаловажно, согласуется с подходами, выработанными в зарубежном праве.

Но главное даже не определить правовую природу, а признать законность такого правового инструмента. С этим в российском праве возникают проблемы в силу того, что механизм заключения опционного договора в ГК РФ прямо не изложен, а сам договор при первом приближении похож скорее не на оферту, а на предварительный договор, очищенный от необходимости судебного принуждения. Что, в свою очередь, подставляет опционное соглашение сторон под возможные упреки в отходе от якобы императивных норм ГК РФ о порядке заключения и реализации предварительного договора и под незаслуженные обвинения в попытках обойти закон. В связи с этим вслед за итальянским законодателем было бы разумно в российском ГК в нормах об оферте (ст. 435 ГК РФ) установить, что заключение сторонами опционного договора, указывающего на его вступление в силу по заявлению любой или одной из сторон договора, рассматривается как оферта, ожидающая акцепта. Причем в качестве общего правила по аналогии с нормами о предварительном договоре нужно закрепить, что срок ожидания акцепта такого опционного договора составляет один год, если иной срок не установлен в самом договоре.

Правда, здесь возникает серьезная проблема, связанная с тем, что российское законодательство давно оперирует понятием опционной сделки или опциона в контексте функционирования фондового рынка и биржевой торговли. В частности, ст. 2 и 27.1 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» определяют опцион эмитента как именную эмиссионную ценную бумагу, закрепляющую право ее владельца на покупку в предусмотренный в ней срок и/или при наступлении указанных в ней обстоятельств определенного количества акций эмитента такого опциона по указанной в опционе цене при условии, что владелец опциона решит свое право на опцион реализовать. Закон РФ от 20.02.1992 № 2383-1 «О товарных биржах и биржевой торговле» (ст. 8) определяет опционную сделку как уступку прав на будущую передачу прав и обязанностей в отношении биржевого товара или контракта на поставку биржевого товара. По сути опцион на продажу (*put option*) или опцион на покупку (*call option*) рассматривается как своего рода производная ценная бумага, дающая владельцу опциона дискреционное и зачастую оборотоспособное право на продажу или покупку какого-то актива по заранее оговоренной цене в заранее оговоренные сроки. Причем, как правило, владелец такого опциона изначально уплачивает стороне, выдавшей опцион, некую премию за получение такого права. Правовая природа такого рода «биржевых опционов» несколько отличается от природы обычного гражданско-правового опциона оборотоспособностью права на опцион, выплатой премии за получение права на опцион и др. На сегодня какого-либо согласия в вопросе о правовой природе такого рода биржевых инструментов в нашем праве нет.

В России вообще гражданское право и финансовые рынки живут в параллельных мирах, и цивилистов-ученых, детально разбирающихся в реальном функционировании и проблемах финансового рынка, можно пересчитать по пальцам одной руки. Поэтому проблема правовой квалификации опционов как производных финансовых инструментов может оставаться нерешенной еще очень долго. В то же время это ни в коей мере не должно мешать нам определить в ГК РФ правовую природу обычного опционного договора, заключаемого вне биржевого рынка. Возможно, было бы разумно в норме, которая определит опционный договор как оферту, ожидающую акцепта, оговориться о том, что данная норма не применяется к опционам, выпущенным в качестве ценных бумаг или используемым в качестве производных финансовых инструментов.

Право одной из сторон определить условия договора

ГК РФ (ст. 310) допускает право сторон, выступающих как предприниматели, оговорить в контракте право одной из них на одностороннее изменение условий обязательств. Это право иногда уточняется применительно к отдельным договорам. Так, п. 3 ст. 838 ГК РФ допускает согласование сторонами договора срочного вклада право банка на одностороннее изменение процентной ставки, если вкладчиком является любое юридическое лицо, не обязательно коммерческая организация. Политико-правовая логика как во введении самого ограничения на право некоммерческих субъектов оговаривать возможность одностороннего изменения условий договора в ст. 310 ГК РФ, так и в отступлении от этого общего подхода к субъектному составу в ст. 838 ГК РФ, как это часто бывает при изучении российского кодекса, прочитывается с трудом. Например, почему договор между коммерческой организацией и физическим лицом или некоммерческой организацией не может предусматривать право последних на одностороннее изменение условий договора? Тем не менее *de lege lata* мы имеем как минимум общее правило о праве сторон, выступающих как предприниматели, оговорить возможность одностороннего изменения договорных условий.

Но, к сожалению, в ГК РФ официально не закреплена возможность по соглашению сторон передать одной из них право в одностороннем порядке определить те или иные условия договора. Эта возможность очень востребована в бизнесе, когда стороны хотят заключить договор, но по тем или иным причинам не могут указать в контракте все точные параметры сделки. В такой ситуации они, конечно, могут заключить рамочный договор и отложить согласование недостающих условий. Но иногда стороны не хотели бы зависеть от обоюдного желания согласовывать нужные условия в будущем и готовы оставить определение недостающих условий на откуп одной из сторон. Следовательно, как только одностороннее волеизъявление с определением соответствующего условия выражено, условие считается согласованным, так как акцепт на любое его содержание дан заранее.

Например, стороны договора поставки могут установить, что поставщик обязуется поставить товар по адресу, указанному покупателем. В этом случае место

исполнения обязательства по соглашению сторон может быть определено односторонним волеизъявлением покупателя (разрядкой).

Или представим себе условие договора поставки, согласно которому объем отгружаемой продукции каждой из партий определяется в одностороннем порядке покупателем путем выставления заявок, а поставщик заранее принимает на себя обязательство отгрузить столько товара, сколько покупатель запросит в заявке. В этом случае договор не будет считаться заключенным до момента получения заявки, так как до этого существенное условие не будет согласовано. Но как только заявка покупателя получена, согласие поставщика принять на себя обязательство по поставке указанного в заявке товара вступает в силу. Обычно предприниматели во избежание рисков закрепляют в таком договоре также, что 1) в заявке может фигурировать только товар, указанный в прайс-листе поставщика, приложенном к договору или вывешенном на его сайте; 2) цены будут соответствовать прайс-листу; 3) количество запрашиваемого товара будет не меньше и не больше определенного объема; 4) общее количество запрошенного нарастающим итогом в течение года товара не превысит установленного лимита.

Данная возможность широко используется в зарубежной договорной практике и признана во многих правовых системах мира, а также в актах международной унификации договорного права. В частности, такое право прямо предусматривается в специальной статье (6:105) Принципов европейского контрактного права¹⁴. Классический пример закрепления этого механизма в кодексах зарубежных стран — ст. 315 ГГУ, в которой прямо допускается предоставление прав определить те или иные условия одной из сторон договора и регламентируются детали реализации такого механизма.

Мы предлагаем закрепить такую же возможность в ГК РФ в общих положениях о договорах, указав, что определение или изменение условий приобретает обязательную для сторон силу в момент получения соответствующего уведомления, как то, например, закреплено в п. 2 ст. 315 ГГУ.

При этом, видимо, вслед за Принципами европейского контрактного права, ст. 315 ГГУ и ст. 2:306 ЕТК следует установить ограничение, способное нивелировать риски, возникающие в связи с возможными злоупотреблениями со стороны того контрагента, которому предоставлено право одностороннего определения условий. Обычно говорится о недопустимости несправедливого (ГГУ), неразумного (Принципы) или недобросовестного (ЕТК) использования своего права выбора условий. На наш взгляд, таким ограничением могло бы служить правило о том, что условие, определенное в одностороннем порядке с нарушением принципа добросовестности, не имеет юридической силы. Последствия этого неудавшегося выбора условий могут быть разными.

Если из толкования договора вытекает, что хотя одной из сторон и дается право на одностороннее определение того или иного условия, но сам договор считается заключенным и действующим с момента его подписания, то недобросовестное

¹⁴ *Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. P. 310–311.*

использование своего права на выбор условий приводит к тому, что договор продолжает действовать на первоначальных условиях без соответствующего нового условия.

Если же из толкования договора вытекает, что договор не считается заключенным до момента установления соответствующего условия одной из сторон или это условие носит существенный характер, то недобросовестное использование этого права означает, что договор так и не вступил в силу. Например, если договором предусмотрено, что поставщик обязуется отгружать столько товара, сколько запросит покупатель, и при этом поставщик по невнимательности не оговорил возможные параметры таких заявок, которые он данным соглашением заранее акцептует, то недобросовестный покупатель может прислать заявку на поставку такого неразумно большого объема продукции, что завод будет явно не в состоянии отгрузить. В этом случае благодаря законодательной оговорке о требовании добросовестного использования права одностороннего выбора условий поставщик смог бы признать данное определение условий покупателем недействительным, а договор в этой части в связи с несогласованностью объема поставки незаключенным.

Вместо введения специальной оговорки о добросовестности выбора можно было бы использовать общее условие недопустимости злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ). Но с учетом того, что суды нижестоящих инстанций, как правило, боятся использовать ст. 10 ГК РФ как слишком общее и неопределенное правило, конкретизация требования добросовестности применительно к этой конкретной ситуации по примеру германского законодательства была бы нелишней.

Аналогичное ограничение могло бы быть введено в законодательство или как минимум применяться на основе общей оговорки ст. 10 ГК РФ и в отношении права на реализацию предоставленного договором права на одностороннее изменение условий договора. Например, если договор дает банку право на одностороннее изменение ставки по срочному вкладу, а банк, реализуя это право, в одностороннем порядке уменьшил ставку почти до нуля, то его можно обвинить в недобросовестности и проигнорировать данное снижение, считая действующей изначальную ставку процентов.

II. Проблемы исполнения договорных обязательств

В части исполнения договорных обязательств Проект и Концепция содержат ряд важных положений. В первую очередь следует поприветствовать наметившуюся тенденцию к расширению сферы применения принципа добросовестности. Признание принципа добросовестности в качестве принципа исполнения договорного обязательства весьма полезно, хотя и вызывает некоторое усиление неопределенности в отношениях сторон. Тем не менее, как верно отметили разработчики Проекта, в данном случае преимущества перевешивают недостатки. В этой части Проекта содержатся и другие разумные положения. Остановимся на тех, что, с нашей точки зрения, требуют уточнения, а также предложим некоторые дополнения.

Проблема уточнения статьи 314 ГК РФ

Проект пытается уточнить положения ст. 314 ГК РФ в части регулирования ситуации, когда договор не содержит условия о сроке исполнения договора. На этот случай действующая редакция п. 2 ст. 314 ГК РФ предусматривает, что обязательство должно исполняться в разумный срок, а при неисполнении в разумный срок должник обязан исполнить обязательство в семидневный срок после предъявления ему требования.

Этот механизм смешивает две основные зарубежные традиции восполнения договорного пробела в части срока исполнения договора. Согласно континентально-европейской традиции при отсутствии в договоре срока исполнения обязательства кредитор может потребовать немедленного исполнения, отправив соответствующее извещение. При этом согласно праву многих континентально-европейских стран, пока кредитор не предъявил специальную претензию, напоминающую о том, что должник оказывается в просрочке (в Германии — *Mahnung*, во Франции — *mise en demeure*), просрочка по общему правилу не считается начавшейся, и меры ответственности за просрочку использованы быть не могут¹⁵. Соответственно до этого момента срок исполнения обязательства не считается завершившимся. Предъявление же этого напоминания завершает срок, отведенный на исполнение, и знаменует уже начало просрочки. Согласно же англо-американской традиции отсутствие в договоре срока исполнения обязательства восполняется правилом о том, что просрочка начинается по прошествии разумного срока¹⁶.

Российский законодатель смешал одно с другим, а потом добавил от себя еще и семидневный льготный срок и получил своего рода трехзвенный гибрид. Для фиксации момента начала просрочки, с которого кредитор вправе рассчитывать пени, годовые проценты и применять к должнику другие санкции, требуется: 1) истечение разумного срока, 2) затем предъявление должнику требования и 3) в завершение — истечение семи льготных дней после предъявления данного требования. Такое решение вполне имеет право на существование, хотя и является неоправданно сложным.

Какие же претензии Проект предъявляет этой конструкции? В нем указывается, что из прочтения п. 2 ст. 314 ГК РФ вытекает противоречие в отношении определения момента наступления просрочки. С одной стороны, если в законе указывается на то, что должник должен исполнить обязательство в разумный срок, то просрочка должна наступать по истечении разумного срока. С другой стороны, упоминание в этой же статье о том, что, если должник не исполнил обязательство в разумный срок, он обязан исполнить его в семидневный срок после предъявления требования, намекает на то, что просрочка наступит только после этого.

Но, с нашей точки зрения, здесь нет никакого противоречия. Срок исполнения наступает (начинает исчисляться) с момента возникновения юридического

¹⁵ Подробнее см.: *Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford, 1988. P. 132ff.*

¹⁶ Подробный сравнительно-правовой обзор см.: *Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. P. 332–334.*

факта, с которым закон или договор связывают созревание обязательства. При этом у должника есть разумный срок на исполнение этого обязательства, в течение которого он обязан его исполнить. Однако это отнюдь не означает, что по истечении этого разумного срока сразу же наступает просрочка. Правовой эффект окончания разумного срока в том, что кредитор получает право эту просрочку зафиксировать, предъявив должнику требование. После предъявления требования вопрос о сроке уже предрешен. У должника еще есть семь дней на исполнение обязательства, после чего срок исполнения считается истекшим, а просрочка — возникшей. Соответственно все время — от возникновения и созревания обязательства и до окончания семидневного срока — у должника имеется обязательство исполнить договор, в рамках которого он был вправе выбирать более подходящий для него момент. Но после получения требования и истечения семидневного срока дальнейшее бездействие уже будет караться законом. Предъявление требования играет ключевую роль. Пока кредитор не заявляет такое требование, срок исполнения обязательства автоматически пролонгируется. В практике ВАС РФ было немало дел, где кредитор не мог доказать предъявление требования в ситуации, когда договор не предусматривал срок на исполнение. В этих случаях Президиум ВАС РФ отказывал кредитору во взыскании штрафных санкций, считая должника не введенным в просрочку, несмотря на истечение, возможно, длительного времени с момента, когда должник получил исполнение от самого кредитора и созрело обязательство по оплате¹⁷.

Таким образом, на наш взгляд, вопреки мнению разработчиков Проекта в действующей редакции п. 2 ст. 314 ГК РФ нет никакого внутреннего противоречия. Просто законом предусмотрен, возможно, несколько излишне усложненный юридический состав: только при последовательном наступлении всех трех условий срок исполнения договора считается истекшим, а период просрочки — начавшимся.

Что же предлагается в Проекте? Предлагается закрепить в ст. 314 ГК РФ правило о том, что просрочка будет наступать по окончании разумного срока, а в случае если его определить невозможно — по окончании семидневного срока после предъявления требования. Иными словами, вместо трехшагового механизма фиксации просрочки, действующего в силу данной статьи сейчас, предлагается два разных варианта, находящихся в факультативном соподчинении. По общему правилу предлагается считать просрочку начавшейся по окончании разумного срока (английский вариант). В случае же когда разумный срок определить невозможно, применяется континентально-европейский вариант фиксации просрочки путем направления претензии с добавлением семидневного льготного срока. Но такой вариант не учитывает двух нюансов.

Во-первых, возникает вопрос о целесообразности указания на «невозможность определения разумного срока». Разумный срок — это оценочная категория, применяемая по усмотрению суда с учетом всех конкретных обстоятельств дела, обычаев и практики оборота. Ее всегда можно применить. Вместе с тем иногда разумный срок более очевиден, а иногда менее. Если под невозможностью понимается снижение степени очевидности до уровня меньше некоего порогового

¹⁷ См., напр., постановления Президиума ВАС РФ № 5249/96, 456/97, 10344/05 и др.

значения, это создает неопределенность, в данном случае ничем не оправданную. В каждом конкретном споре до вынесения судом решения будет непонятно, с какого момента началась просрочка и возникло право на начисление штрафных санкций: с момента окончания разумного срока (если суд признает его достаточно очевидным) или по окончании семи дней после предъявления требования (если у суда возникнут сомнения в достаточной очевидности разумного срока)? Такой подход создает и более серьезную неопределенность. Кредитор может рассчитывать на то, что разумный срок очевиден, и не удосужится отправить требование или, направив его по факсу или электронной почте, не получит допустимых в суде доказательств, а впоследствии столкнется с тем, что суд *ex post* признает установление разумного срока невозможным и запросит у кредитора доказательств предъявления этого требования, которых у того не будет. Чем этот подход лучше трехэтапного варианта, предусмотренного сейчас? Один гибрид предлагается заменить другим, причем не менее специфичным, но куда менее определенным.

Во-вторых, из выдвинутого в Проекте предложения очевидно, что в случае невозможности определения разумного срока просрочка будет возникать, как только истек семидневный срок после предъявления требования. По сути, здесь используется континентально-европейский вариант (с добавлением семидневного срока), в рамках которого кредитор вправе немедленно потребовать исполнения. Но этот вариант сам по себе страдает существенным дефектом. В ряде случаев установить разумный срок с нужной суду степенью очевидности может оказаться затруднительным, но будет вполне очевидным, что этот срок продолжительный. Например, в договоре поставки большого объема товаров из США морским транспортом с перегрузкой в порту на Балтике, с дальнейшей перевозкой товара железной дорогой и затем автотранспортом с учетом всех необходимых таможенных и иных формальностей и организационных вопросов срок доставки товара может занять месяц и более. Представим, что покупатель, внесший предоплату, предъявляет поставщику требование (претензию) на следующий день после внесения предоплаты. В таком случае просрочка поставщика наступит по прошествии семи дней после этого. Значит, поставщик будет считаться просрочившим поставку и нести ответственность, несмотря на то что при всем желании успеть доставить товар за семь дней после получения предоплаты у него возможностей не было. Если суд посчитает невозможным установить разумный срок, то при принятии указанных в Проекте предложений описанный выше абсурдный сценарий окажется вполне вероятным и блокируемым только ссылками на принцип добросовестности.

По нашему мнению, трехступенчатый вариант фиксации просрочки, предусмотренный в п. 2 ст. 314 ГК РФ, если и имеет смысл пересматривать, то в пользу английского правила, отраженного также в Венской конвенции 1980 г. (ст. 33), Принципах УНИДРУА (ст. 6.1.1) и Принципах европейского контрактного права (ст. 7:102), о том, что просрочка наступает по истечении разумного срока без необходимости предъявления каких-либо требований. Данная идея опирается на то, что у комбинированного трехзвенного решения, закрепленного в ст. 314 ГК РФ, есть серьезный недостаток. Но он состоит не во внутреннем противоречии в отношении определения момента начала просрочки, как считают разработчики Проекта, а в том, что эта норма несет в себе некоторые риски для кредитора.

Указанный выше дефект заключается в том, что кредитор должен направить должнику требование по истечении разумного срока. Однако разумность срока будет определять суд *ex post*. В итоге кредитор мог выждать разумный, по его мнению, срок, отправить после этого требование, а затем столкнуться с тем, что суд признает его требование преждевременным и, следовательно, недействительным. В отсутствие еще одного «контрольного» требования, сделанного в дальнейшем, у кредитора не получится зацепиться ни за одну дату, от которой можно было бы рассчитывать последние семь дней. А значит, он не сможет зафиксировать просрочку, по крайней мере до момента подачи иска в суд. Что, в свою очередь, лишит его прав взыскать с должника за все это время до подачи иска пени, годовые проценты, убытки и применить иные санкции за нарушение договора (односторонний отказ от договора, например).

Учитывая сказанное, представляется оптимальным решение, закрепленное в английском праве и актах международной унификации договорного права. Кредитору не нужно доказывать в суде предъявление должнику требований, и суд признает расчет штрафных санкций, начиная с момента, когда истек разумный, по его мнению, срок на исполнение обязательства должника. Такое решение простое в применении и могло бы действовать в качестве общего правила. Оно бы применялось в отношении тех случаев, когда обязательство должника созревает, но срок его исполнения сторонами не установлен.

В то же время правило о необходимости предъявления требования и семи льготных дней можно было бы сохранить для тех случаев, когда срок исполнения обязательства не определен, но из закона, договора, обычаев делового оборота или природы обязательства вытекает, что он увязан с моментом востребования. Как правило, речь идет о ситуациях, когда не определен сам момент созревания обязательства должника (например, из договора займа не вытекает срок использования займа). В подобных случаях обязательство (например, по возврату заемных средств) не считается созревшим, и соответственно использование правила о разумном сроке было бы неуместно. Следовательно, здесь требуется общее правило, которое могло бы заполнить этот пробел и уточнить механизм этого «затребования». Сейчас аналогичная норма включена в ГК РФ, в частности применительно к займу (п. 1 ст. 810 ГК РФ), который должен быть возвращен в течение 30 дней после затребования займодавцем. Но было бы уместно иметь общую норму, которая бы действовала, в случае когда в специальных нормах закона иное не установлено.

Отметим, что в окончательном тексте Концепции, одобренном в октябре 2009 г., суть предложений в отношении редакции п. 2 ст. 314 ГК РФ несколько изменилась. Теперь предлагается установить правило, согласно которому обязательство, не предусматривающее срок исполнения, должно быть исполнено в течение семи дней после предъявления требования. Видимо, разработчики Концепции фактически отказались от неудачного варианта комбинирования правила о разумном сроке и правила о выставлении требования и оставили в силе последнее. Но и этот вариант, с нашей точки зрения, не совсем разумный. Достаточно вспомнить пример с поставкой оборудования из США. В соответствии с предлагаемым в Концепции решением поставщик может оказаться в просрочке еще до того, как истечет разумный срок на поставку товара.

Еще раз напомним, что гораздо удобнее английский вариант, не предусматривающий необходимости направления каких-либо требований и связывающий момент начала просрочки с истечением разумного срока. В некоторых случаях из него можно делать исключения, предусматривая в законе обязательность предъявления требований. Но в качестве общего правила английский вариант представляется более предпочтительным.

При этом разработчики Проекта не обратили внимание на возможность решения более актуального вопроса, связанного с применением ст. 314 ГК РФ. Дело в том, что правило о разумном сроке, требовании и дополнительных льготных семи днях, заложенное в ст. 314 ГК РФ, или предлагаемое нами упрощенное правило о разумном сроке, не сопряженное с какими-либо требованиями и дополнительными льготными сроками, — это неизбежное зло. Оно создает неопределенность, которую Проект только усугубляет, устанавливая трудно предсказуемое сочетание правил о разумном сроке и требовании. Однако другого способа фиксации просрочки и восполнения данного пробела в договоре, видимо, в большинстве случаев попросту не может быть (идея Концепции вообще отменить разумный срок нами оценивается как неудачная). Альтернатива же в виде признания договора с отсутствующим сроком исполнения тех или иных обязательств незаключенным, по крайней мере по общему правилу, слишком жестока по отношению к сторонам. Иными словами, если договор с отсутствующим сроком исполнения признавать заключенным, то восполнение пробела обычно возможно только путем установления такой оценочной категории, как разумный срок. Указать конкретный срок в общей норме закона, применимой к разным обязательствам, со всей очевидностью невозможно. Для поставки кур из Подмоскovie в столичный супермаркет может быть разумным один срок, для поставки в тот же магазин «ножеш Буша» из США — другой. Таким образом, на первый взгляд есть только один путь — установить оценочное правило о разумном сроке, дав судам дискреционные полномочия по восполнению пробела в контракте.

Но в современной экономике существует такой вид обязательств, чей удельный вес в обороте превышает 50%, применительно к которым закон вполне мог бы установить конкретный срок для исполнения, избегая неопределенности. Речь идет о денежных обязательствах. В этом случае вполне можно избежать неопределенности, вытекающей из правила о разумном сроке. Всем очевидно, что для перевода денег много времени не нужно. Поэтому в законе можно было бы *ex ante* заполнить этот пробел, сняв с судов соответствующую ответственность. Чтобы реализовать эту возможность, следует только указать в законе (в той же ст. 314 ГК РФ), что в случае отсутствия в договоре или законе срока исполнения денежного обязательства оно должно быть исполнено в течение, например, 10 или 20 дней после возникновения того юридического факта, с которым закон или договор связывают начало течения срока (например, с момента заключения договора, получения товара от поставщика, принятия услуг или работ, а в случае наличия в договоре условия об оплате «против счета» — с момента получения счета). Издержки по установлению такого условия в законе *ex ante* минимальны. Законодателю надо только определиться с длительностью этого срока, и применение ст. 314 ГК РФ в отношении денежных обязательств значительно упростится.

Причем надо понимать, что чаще всего споры вокруг применения правил о разумном сроке в п. 2 ст. 314 ГК РФ возникают именно в отношении денежных обязательств. Кредиторы при взыскании долга и попытке привлечь должника к ответственности за просрочку в оплате не могут доказать предъявление требования и тем самым добиться взыскания штрафных санкций¹⁸. В результате должники освобождаются от ответственности независимо от того, что с момента сдачи работ, приемки услуг или получения товаров может пройти несколько лет. Если имплементировать предлагаемый нами подход, в подобных случаях при отсутствии в договоре срока на оплату кредитор не придется ждать окончания разумного срока, предъявлять требование с получением допустимых в суде доказательств этого и отсчитывать льготные дни. В итоге всем будет лучше: и кредиторам, и судам, и даже добросовестным должникам, у которых появится строго установленный срок на оплату.

Разумность этого решения очевидна, и не приходится удивляться, что оно нашло свое отражение в праве развитых стран. В частности, согласно директиве Европейского парламента и Европейского совета от 29.06.2000 № 2000/35/ЕС «О борьбе с просрочками платежа при исполнении коммерческих контрактов»¹⁹ («On combating late payment in commercial transactions»), имплементированной на сегодня в гражданском праве всех стран Европейского союза, просрочка по оплате денежного долга по коммерческому контракту наступает, а проценты годовые начинают начисляться по истечении 30 дней с момента поставки товаров, оказания услуг или выполнения работ или с момента получения счета без необходимости предъявлять должнику какую-либо претензию. Таким образом, эта директива отменила в германском праве необходимость направления *Mahnung*, а во французском — *mise en demeure* в отношении денежных долгов в рамках коммерческих контрактов. Мы предлагаем, по сути, ту же идею. Разве что 30 дней, возможно, слишком много, и в российском праве можно было бы в качестве такой восполняющей пробел нормы установить срок поменьше (например, 10 дней) и распространить действие этого решения на все гражданско-правовые договорные отношения.

Более того, даже отечественная судебная практика дает некоторые примеры скорее интуитивного нежелания судов применять правила п. 2 ст. 314 ГК РФ о разумном сроке, требовании и семи льготных днях в отношении денежных долгов, не имеющих срока погашения. Так, в постановлении Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 (п. 16) указывается, что в случае отсутствия в договоре поставки срока оплаты этот пробел восполняется не путем применения ст. 314 ГК РФ, а путем применения специальной нормы ст. 486 ГК РФ. Последняя статья не устанавливает конкретного срока оплаты, но говорит о том, что товар должен по общему правилу оплачиваться непосредственно до или после поставки. Из этой весьма неопределенной нормы Пленум ВАС РФ сконструировал исключение из общего правила ст. 314 ГК РФ и с помощью направленного толкования получил норму, согласно которой товар должен оплачиваться

¹⁸ См., напр., постановление Президиума ВАС РФ от 07.02.2006 № 10344/05.

¹⁹ Текст директивы, комментарии и данные о ее имплементации в национальном законодательстве европейских стран см. на сайте www.europra.eu.int.

в течение двух или пяти дней после поставки в зависимости от того, находятся поставщик с покупателем в одном или в разных регионах. Как из фразы об оплате товара «непосредственно до или после поставки» получить правило о двух или пяти днях на оплату? Творческое толкование буквы закона способно на многое. Желающие могут ознакомиться с аргументацией в тексте постановления Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18. Куда более интересен сам факт, что применительно к денежному долгу ВАС РФ абсолютно верно попытался отойти от правила п. 2 ст. 314 ГК РФ.

И это не единственный случай. Другой пример толкования закона с целью вывести случаи отсутствия в договоре срока оплаты из-под действия общего правила о разумном сроке можно встретить и в информационном письме ВАС РФ от 17.11.2004 № 85 (п. 9). Высший Арбитражный Суд РФ, творчески истолковав ст. 999 ГК РФ из правового регулирования договора комиссии, установил, что к обязательству комиссионера по перечислению комитенту средств, полученных от реализации комиссионного задания, правила п. 2 ст. 314 ГК РФ не применяются, и комиссионер попадает в просрочку, если не перечислил комитенту средства на следующий день после того, как узнал об их поступлении на свой счет от покупателей. Правда, здесь ВАС РФ забыл дать должнику два или пять дней, как в случае с поставкой. Но эта непоследовательность не отменяет в целом понятного, хотя, видимо, и несколько интуитивного, стремления Суда отойти от применения неуместного в отношении денежных обязательств правила п. 2 ст. 314 ГК РФ о разумном сроке, требовании и семи льготных днях.

Не стоит ли, доведя вышеобозначенную тенденцию до логического конца, вслед за европейским правом все денежные обязательства вывести из-под действия п. 2 ст. 314 ГК РФ? Например включив в ст. 314 ГК РФ дополнительный пункт, где прямо указать, что в отношении денежных обязательств просрочка в оплате наступает через то или иное количество дней после возникновения того юридического факта, с которым закон или договор связывает созревание самого обязательства. В частности, в отношении обязанности внести предоплату этот нормативно установленный срок начинал бы течь с момента заключения договора, а в отношении основного долга — с момента поставки товара, выполнения работ или оказания услуг. На наш взгляд, у такого решения есть все основания быть реализованным. Это сняло бы необходимость выворачивать наизнанку законы, дабы обосновать неприменение п. 2 ст. 314 ГК РФ к денежным долгам.

Проблема выбора в альтернативном обязательстве

Проект предлагает закрепить правило, согласно которому, в случае если должник в альтернативном обязательстве не совершает своевременный выбор, кредитор получает право такой выбор осуществить. Это разумное предложение, отраженное в праве многих западных стран и поддержанное ранее целым рядом российских авторов²⁰. Другая возможность — предъявление альтернативного иска в суд

²⁰ Сарбаш С.В. *Исполнение договорного обязательства*. М., 2005.

представляется полнейшим абсурдом. Единственное замечание к редакции предложения. В нем вслед за указанием на то, что право выбора переходит к кредитору, говорится, что реализация этого права выбора осуществляется путем предъявления соответствующего требования. Очевидно, что такое требование может и не быть судебным иском, а представлять собой простое одностороннее волеизъявление (по сути одностороннюю сделку выбора). Так этот вопрос решается почти во всех странах²¹. Но указание на «предъявление требования» некоторыми судами может быть воспринято исключительно в процессуальном смысле как предъявление соответствующего искового требования. Поэтому предлагаем термин «требование» для большей определенности и во избежание разночтений заменить на «заявление» или «извещение». Заявляя свое желание получить то или иное исполнение в альтернативном обязательстве, кредитор осуществляет свой выбор (*election*) и отыграть назад уже не может: с момента получения этого извещения обязательство теряет свою альтернативную природу. Политико-правовые преимущества такого решения в том, что определенность в отношениях сторон устанавливается раньше, и должник защищен от переменчивости в настроениях кредитора, который иначе мог бы потребовать в претензионном порядке одно, а в исковом — другое.

Проблема встречности исполнений

В отношении специфики встречного исполнения синаллагматических договоров в Проекте содержится очень важное предложение — запретить кредитору требовать от должника исполнения обязательства, не предоставив причитающегося с него исполнения. Исходя из разъяснений, данных в Проекте, речь идет о ситуации, когда закон или договор не предусматривают строгой очередности исполнения. По сути, предлагается закрепить то, что известно почти всем правовым порядкам мира, — принцип *exceptio non adimpleti contractus*²² применительно к случаям, когда из договора не вытекает четкая последовательность исполнения. Согласно этому принципу каждая из сторон вправе приостановить свое исполнение, пока другая сторона не осуществит свое. В итоге одна из сторон, видимо, более заинтересованная в исполнении договора, осуществляет свое исполнение первой и, получив право требовать встречного исполнения, выводит ситуацию из тупика. Лучшего решения в случаях, когда закон, договор или обычаи делового оборота (в Проекте почему-то обычаи оборота не упоминаются) не предусматривают четкой последовательности исполнения, попросту нет. Правда, ситуацию взаимного ожидания нельзя назвать экономически здоровой, поэтому право и сами стороны должны стремиться при любой возможности такую очередность исполнений фиксировать. Российское право в целом эту тенденцию подтверждает²³. Но случаи, когда этот вопрос оказывается неурегулированным, имеют место (например, договор мены, непоименованные договоры), так что необходимость общего регулирования очевидна.

²¹ *Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. P. 337–338.*

²² *возражения в связи с неисполнением договора (лат.).*

²³ *См., напр., п. 16 постановления Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18, ст. 711 ГК РФ и др.*

Еще раз уточним: из пояснений к этому предложению следует, что правило о необходимости исполнить встречное обязательство, прежде чем получить право на истребование в судебном порядке исполнения от своего контрагента, применяется, когда очередность исполнения не предусмотрена. Такой подход можно было бы расширить и распространить также на случаи, когда договор предусматривает очередность исполнения. Эту идею мы активно развивали в одной из своих книг²⁴. Ее реализация будет означать, что продавец, подрядчик или исполнитель, не получившие предоплату или аванс, не будут иметь права требовать в судебном порядке взыскания долга, если не решатся свое встречное исполнение произвести досрочно. Сейчас эта идея может быть в полной мере выведена из толкования ст. 328 ГК РФ, но было бы лучше четче сформулировать ее в ГК РФ в целях большей определенности и транспарентности правового регулирования.

При реализации нашего предложения кредитор не может требовать в суде исполнения денежного или неденежного обязательства до тех пор, пока не предоставит свое встречное исполнение в соответствии со ст. 328 ГК РФ. В частности, кредитор не может требовать предоставления коммерческого кредита в натуре (например, покупатель не может требовать принудительной передачи еще неоплаченного товара, продавец не может требовать взыскания предварительной оплаты или аванса и т. п.), а заемщик не может понуждать банк выдать банковский кредит²⁵ и т. д.

В ФАС Московского округа накопилось уже немало постановлений, в которых поставщику отказывается в праве требовать судебного взыскания предоплаты со ссылкой на то, что ст. 328 ГК РФ этого не допускает²⁶. Эта тенденция достаточно явная и в целом верная. Политико-правовое обоснование мы давали ранее в вышеуказанной работе, и здесь повторяться не будем. На наш взгляд, с точки зрения транспарентности и ясности правового регулирования было бы не лишним эту идею более четко отразить в тексте ст. 328 ГК РФ.

Кроме того, по нашему мнению, ст. 328 ГК РФ должна быть полностью переписана. Ее основной недостаток в том, что в рамках одной статьи и крайне лаконично сделаны попытки урегулировать разные гражданско-правовые институты, каждый из которых требует детального регулирования. В одну кучу свалены такие институты, как (1) приостановление встречного исполнения в случае возникшей просрочки, (2–3) приостановление встречного исполнения и отказ от него в случае предвидимого нарушения, (4) право на пропорциональный отказ от договора, (5) институт *exceptio non adimpleti contractus* на случай отсутствия очередности исполнения и, наконец, (6) запрет на принудительное истребование предшествующего исполнения до момента осуществления кредитором своего последующего исполнения в двустороннем договоре (по крайней мере в интерпретации тех

²⁴ Карпетов А.Г. *Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре*. М., 2003.

²⁵ Президиум ВАС РФ в информационном письме от 29.12.2001 № 65 (п. 11) в свое время отказался допустить принуждение банка к выплате заемщику обещанного по договору банковского кредита.

²⁶ См., напр., постановления ФАС Московского округа от 27.04.2004 № КГ-А40/3186-04, от 24.08.2004 № КГ-А40/7196-04 и др.

судов, которые поддерживают это ограничение). В итоге мы получаем примерно то, что получает покупатель гаджета, совмещающего принтер, факс, сканер, пылесос и телевизор, — а именно низкое качество каждой из функций. Каждый из отмеченных вопросов, которые сейчас лишь упоминаются в ст. 328 ГК РФ, заслуживает самостоятельного законодательного раскрытия, как то характерно для современных кодификаций и актов международной унификации договорного права.

Так, в ст. 328 ГК РФ подробно не урегулирован вопрос о том, в ответ на просрочку какого обязательства кредитор в двустороннем договоре вправе приостановить свое встречное исполнение. Современные договоры предусматривают множество обязательств, что порождает путаницу в распределении прав сторон: может ли покупатель приостановить исполнение обязательства по оплате в случае неисполнения поставщиком своей обязанности по уплате пеней за просрочку поставки? Вправе ли арендодатель приостановить обеспечение электроэнергией сданного в аренду помещения в случае непогашения арендатором своего долга по арендной плате? Можно ли приостановить исполнение за просрочку, допущенную по другому договору? Можно ли приостановить поставку газа за наступающий месяц по длежащему договору, если должник не погасил свой долг за предшествующий период? Можно ли приостановить исполнение, если должник исполнил свое обязательство своевременно, но ненадлежащим образом? Все эти и другие вопросы требуют хоть какого-то внятного критерия, описывающего сферу допустимого использования института приостановления встречного исполнения.

Другой пример: права кредитора на приостановление исполнения или отказ от своего исполнения в случае предвидимого нарушения (*anticipatory breach*) у нас урегулированы одной фразой, в то время как в Венской конвенции 1980 г. две статьи подробно и отдельно регулируют данные механизмы. В российском же праве из-за необоснованной лаконичности многие аспекты функционирования этого института остались за кадром. В частности, не предусмотрена широко известная в зарубежном праве обязанность кредитора, предвидящего будущее нарушение, предупредить о своем намерении должника, дав ему возможность развеять сомнения кредитора или предоставить ему встречные обеспечения.

III. Оптимизация порядка расторжения договора

Правовой режим расторжения договора, вытекающий из действующего ГК РФ, на наш взгляд, носит несколько примитивный, необоснованно лаконичный и путанный характер. Требуется правка данного режима по примеру того, как детально отредактировал ГГУ в части норм о расторжении договора немецкий законодатель в новой редакции данной кодификации от 2002 г.

Мы уже рассматривали весь спектр необходимых уточнений в специальной монографии²⁷. В настоящей статье остановимся лишь на самых важных проблемах.

²⁷ Карапетов А.Г. *Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве*. М., 2007.

Процедура расторжения

В Проекте приводится несколько абсолютно разумных предложений, включая идею о необходимости закрепить в Общей части ГК РФ уведомительную процедуру одностороннего отказа, сейчас зафиксированную только в ст. 523 ГК РФ в отношении договора поставки.

Но, по сути, в Проекте предлагается подтвердить, что общее правило в отношении процедуры расторжения договора требует предъявления иска в суд, а право на односторонний отказ действует в качестве исключения, применяемого лишь в случаях, прямо предусмотренных в законе или договоре.

С нашей точки зрения, следует осуществить инверсию: установить для случаев расторжения существенным образом нарушенного договора в качестве общего правила односторонний отказ, а судебную процедуру оставить как исключение для отдельных случаев (например, для договоров аренды недвижимости и некоторых других). Такой подход закреплен практически *во всем мире*, включая Венскую конвенцию 1980 г., Принципы УНИДРУА, Принципы европейского контрактного права, ГГУ, ГК Нидерландов, ГК Италии, английское и американское право и т. д.²⁸ Страна, в которой на уровне гражданского кодекса все еще действует правило о судебной процедуре расторжения, — Франция. Но и там это правило с учетом реальной судебной практики во многом утратило свое значение, а в недавно разработанном французскими цивилистами и в последние несколько лет широко обсуждаемом проекте реформы обязательственного права предлагается дать кредитору право на односторонний отказ от нарушенного договора²⁹.

Развитые страны в большинстве своем принимают экономическую целесообразность и необходимость предоставления кредитору возможности быстро и без бюрократических формальностей выйти из нарушенного должником договора. В странах немецкой правовой семьи, как правило, кредитор получает такую возможность при условии предварительного направления должнику предупреждения, предусматривающего дополнительный срок для устранения нарушения (*Nachfrist*). В странах англо-американского права кредитор может в одностороннем порядке расторгнуть договор, направив должнику соответствующее уведомление, без предоставления должнику шанса исправить нарушение, если оно само по себе носит существенный характер.

В компаративной литературе сложилось отрицательное отношение к судебной процедуре расторжения. Все еще закрепленная из наиболее развитых стран лишь во французском кодексе, принятом свыше 200 лет назад в условиях только зарождающегося капитализма, судебная процедура расторжения признается большинством юристов анахронизмом, не соответствующим современным потребностям

²⁸ *Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. P. 413–416.*

²⁹ *Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription / ed. by P. Catala. English Translation by J. Cartwright and S. Whittaker (см.: <http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/research.shtml>).*

экономики, делающей особый акцент на мобильности и оперативности принятия деловых решений³⁰.

Таким образом, выбирая между необходимостью защищать интерес должника в сохранении договора и предоставлением кредитору прав оперативно реагировать на нарушение, зарубежное право склоняется в пользу последнего. С одной стороны, такой подход сильно упрощает для кредитора процедуру расторжения, позволяя быстро выйти из договора и заключить заменяющую сделку. В современных рыночных условиях, когда бизнесмены зачастую вынуждены принимать правильные и наиболее экономически эффективные решения всего за несколько часов, это очень полезно и вполне оправданно. С другой стороны, зарубежное право обычно ограничивает право кредитора на расторжение в случае незначительности нарушения. Соответственно при принятии решения о расторжении кредитору следует учитывать, что должник может оспорить данное расторжение и, доказав несущественность нарушения, принудить кредитора к исполнению договора и, возможно, даже возложить на него ответственность за незаконное уклонение от исполнения договора. Именно риск подобного развития событий удерживает кредитора от произвольного и неадекватного характеру нарушения отказа от договора. При этом необходимость обращаться в суд возлагается на должника, который, посчитав отказ от договора неадекватным, может попробовать его оспорить.

Очевидно, что включение в российский ГК нормы, устанавливающей в качестве общего правила судебный порядок расторжения нарушенного договора, не соответствует общемировой тенденции развития договорного права и по большому счету остается одним из многочисленных рудиментов советского права.

Тем не менее, каковы бы ни были причины, Россия является уникальной страной, в которой кодификацию гражданского права принимали в XX в. и при этом закрепили устаревшее правило судебного расторжения, забытое всеми странами еще в веке XIX. Более того, наш закон, принимая допотопный подход к процедуре расторжения, одновременно добавляет и другую формальность. Согласно ст. 452 ГК РФ требуется соблюдение досудебного порядка урегулирования спора: перед расторжением кредитор обязан направить должнику предложение изменить или расторгнуть договор по взаимному согласию. И только в случае получения отказа на это предложение или неполучения от должника ответа в течение срока, установленного в письме кредитора, а в случае отсутствия такого срока — в течение 30 дней кредитор приобретает право обратиться в суд.

В результате в России кредитор, чьи права существенно ущемлены нарушением, допущенным должником, по общему правилу не может оперативно отреагировать на данное обстоятельство и заключить заменяющую сделку. Для того чтобы выйти из нарушенного договора, кредитор должен провести претензионную работу, про-

³⁰ Комаров А.С. *Ответственность в коммерческом обороте*. М., 1991. С. 94; Цвайгерт К., Кётиц Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*. Т. 2. М., 1998. С. 234–235; Treitel G.H. *Op. cit.* P. 337.

ждать определенный срок, затем подать иск в суд, убедить суд в существенности нарушения, возможно, подтвердить свой успех на апелляционной стадии и дожидаться вступления решения в силу. Соблюдение всех этих процедур может занять продолжительное время: с учетом апелляции и возможной кассации период неопределенности может растянуться на долгие месяцы. И все это время договор будет считаться действующим, должник будет иметь возможность произвести исполнение, а кредитор должен быть готов его принять и обязан осуществить встречное исполнение. При этом кредитор в течение указанного срока не имеет права переориентироваться и найти нового партнера, быстро и эффективно распорядиться своим временем, капиталом, продукцией или иными ресурсами, не потеряв представившихся рыночных возможностей.

Таким образом, в соответствии с ГК РФ процедура выхода из нарушенного контракта для пострадавшего кредитора предельно усложнена. В СССР, где предприятия были рабами плана, этот подход, возможно, и являлся уместным, так как односторонний отказ от договора кредитором мог разорвать цепочку планового прикрепления. Но вполне очевидно, что сейчас эта особенность нашего права не адекватна современным условиям рыночной экономики, которая постепенно переходит на постиндустриальный этап развития, когда начинают доминировать услуги, информационные технологии, финансовые операции и современные средства связи, экономическая конъюнктура (цены, биржевые котировки, макроэкономические и микроэкономические показатели и другие факторы) меняется очень быстро и важнейшим элементом успешного ведения бизнеса является умение своевременно и оперативно принимать наиболее эффективное решение в условиях жесткой конкуренции. С нашей точки зрения, норма о судебном порядке расторжения никак не согласуется с духом времени и не отвечает на соответствующий социально-экономический запрос.

Неадекватность судебной процедуры расторжения нарушенного договора была очевидна российским юристам еще дореволюционного периода, в проекте Гражданского уложения отказавшимся от идеи о необходимости соблюдения судебной процедуры³¹. Как отмечается в комментариях к тексту этого проекта, в основе предоставления пострадавшему от нарушения кредитором права на односторонний отказ от договора лежит «стремление развязать отношения сторон по возможности без участия суда»³².

Кроме того, принятый в России подход к процедуре расторжения не может быть оправдан и с точки зрения справедливости. В условиях, когда многие страны мира, в том числе и Россия, принимают правило о недопустимости расторжения при несущественном нарушении, интересы кредитора уже в достаточной степени защищены. Предоставление нарушившему договор должнику еще и такого

³¹ Подробнее о признании права на односторонний отказ в дореволюционном российском праве см.: Карапетов А.Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. С. 143–147.

³² Гражданское уложение. Книга пятая: Обязательственное право. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. 2-я редакция, с объяснениями. СПб., 1902. С. 261.

преимущества, как переложение на кредитора обязанности по направлению предложения о расторжении, возбуждению судебной процедуры, уплате государственной пошлины и доказыванию существенности нарушения, явно излишне. Такое решение носит очевидно продебиторский и несбалансированный характер.

Соответственно в современных условиях вслед за правопорядками почти всех стран мира и актами международной унификации договорного права экономически намного целесообразнее и справедливее было бы имплементировать правило об одностороннем отказе применительно к случаям расторжения нарушенного договора по крайней мере между предпринимателями.

Опасения о возможных злоупотреблениях со стороны кредитора вряд ли обоснованны. Кредитора во всех странах мира сдерживает от произвола угроза отмены его отказа судом по иску должника, а также риск быть привлеченным к ответственности за необоснованное уклонение от исполнения договора, который кредитор, как выясняется, ошибочно посчитал прекращенным. Если кредитор отказался от договора при несущественном нарушении, его отказ не имеет юридической силы, и должник вправе его игнорировать. Если же нарушение существенно, то заставлять кредитора идти в суд неразумно.

При этом вполне разумным будет сохранить судебную процедуру в качестве исключения из общего правила для отдельных случаев (например, в отношении договора аренды недвижимости), а также в качестве доступной кредитору, желающему максимальной определенности, альтернативы. В последнем случае кредитор, имеющий право на односторонний отказ, вправе вместо этого предъявить иск о расторжении в суд.

Корректировка статьи 310 ГК РФ

На наш взгляд, следует также изменить редакцию ст. 310 ГК РФ, исходя из которой сейчас стороны могут предусмотреть в договоре право на односторонний отказ от исполнения обязательства, только если это обязательство связано с осуществлением обеими сторонами предпринимательской деятельности. Если обязательство связывает предпринимателя и частное лицо, то, как признают современные авторы³³, с точки зрения ст. 310 ГК РФ оно носит непредпринимательский характер. Следовательно, в соответствии с буквальным прочтением ст. 310 ГК РФ в договор, где участвует хотя бы один «непредприниматель», недопустимо включать условие о праве одностороннего отказа.

Имеет ли смысл данное правило? По нашему мнению, включение в ГК РФ запрета на договорное условие о праве одностороннего отказа в сделках с участием лиц, не являющихся предпринимателями, не может быть признано разум-

³³ Соменков С.А. *Расторжение договоров в гражданском обороте: теория и практика*. М., 2002. С. 104.

ным. Трудно представить, что хотел этим сказать законодатель и действительно ли он вкладывал такой смысл в нормы ст. 310 ГК РФ. В любом случае с точки зрения нынешнего рыночного восприятия гражданского права такое ограничение автономии воли сторон не имеет никаких логических или практических оснований.

Причины, которые могли побудить законодателя включить в ст. 310 ГК РФ описанное выше ограничение принципа свободы договора, вкратце можно изложить следующим образом.

Прежде всего законодатель, видимо, заботился об интересах менее защищенной стороны по договору. Речь идет о защите прав «слабой» стороны договора, которой более «сильная» с точки зрения переговорных возможностей или юридически грамотная сторона может навязать условие о праве одностороннего отказа, а потом произвольно воспользоваться им. Как правило, в коммерческих отношениях выступают профессионалы, обладающие необходимыми юридическими знаниями и коммерческим опытом, позволяющим здраво оценить последствия включения в договор подобной оговорки. Поэтому применительно к сугубо коммерческим отношениям нет причин ограничивать стороны в праве санкционировать односторонний отказ. В тех же обязательствах, где участвуют лица, не являющиеся предпринимателями и не обладающие зачастую необходимыми знаниями и опытом, закон вмешивается и ограничивает свободу усмотрения сторон с целью предотвратить возможные злоупотребления со стороны более «сильного» контрагента.

Кроме того, проводя разграничение между коммерческими обязательствами и обязательствами, не связанными с осуществлением предпринимательской деятельности, законодатель, вероятно, хотел еще раз сделать акцент на важности принципа нерушимости договора и невозможности отказа от него. Указав на то, что отступление от принципа невозможности одностороннего отказа может быть установлено исключительно на уровне закона, он хотел подчеркнуть, что этот постулат нельзя обойти даже договорным условием. Далее, предусмотрев возможность включения в договор оговорок о праве одностороннего отказа применительно к обязательствам, носящим предпринимательский характер, законодатель как бы вынужденно отошел от общего принципа, так как не мог игнорировать потребности рыночной экономики, требующей большей мобильности и оперативности.

Оценивая приведенные выше две линии аргументации, мы приходим к выводу, что закон определил неверные цели и выбрал неудачный вариант их реализации.

Во-первых, непонятно, по какой причине закон сузил сферу применения этого ограничения принципа свободы договора, указав на обязательства непредпринимательского характера. Такой подход означает запрет на включение в договор указания на внесудебный отказ независимо от того, в чьих интересах это право вводится в договор. Представим себе следующую ситуацию. В договор между некоммерческим учреждением и коммерческой фирмой вносится условие о праве учреждения на односторонний отказ от договора в слу-

чае его нарушения фирмой. В силу ст. 310 ГК РФ данное условие, на самом деле направленное на защиту интересов теоретически более «слабой» стороны, должно быть признано незаконным и не иметь юридической силы, что не вяжется с той идеей, которая лежит в основе ограничения, заложенного в ст. 310 ГК РФ. Если законодатель хотел предоставить дополнительную защиту условно менее защищенным некоммерческим должникам, то следовало бы указать на невозможность для лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, сослаться на предоставленное ему договором право одностороннего отказа. Это позволяло бы использовать договорные условия о праве одностороннего отказа в тех случаях, когда они направлены на защиту прав некоммерческих участников сделки. В нынешнем же своем виде положения ст. 310 ГК РФ решают поставленную задачу слишком грубо и нередко приводят к искажению самой идеи.

Во-вторых, вызывает сомнение принцип проведения водораздела. Напомним, что закон принял в качестве критерия, допускающего включение в договор оговорки о праве одностороннего отказа, исключительно предпринимательский характер обязательств. Введение запрета на включение в договор оговорки о праве одностороннего отказа для всех договоров с участием некоммерческих участников оборота носит неоправданно широкий характер и без каких-либо разумных оснований ограничивает усмотрение сторон особенно в тех случаях, когда в договоре нет очевидно «слабой» или «сильной» стороны и политико-правовых оснований для ограничения свободы договора. Почему два равноправных гражданина не могут заключить, например, договор, оговорив право на односторонний отказ кредитора на случай существенного нарушения договора должником?

В-третьих, в отношении довода о необходимости учитывать принцип нерушимости договора следует отметить, что принцип *pacta sunt servanda*³⁴, безусловно, важен для гражданского права и оборота. Но вряд ли разумно делать из него фетиш и запрещать сторонам по своей доброй воле согласовывать односторонний порядок отказа от договора. Этот принцип предполагает запрет на несанкционированный отказ от исполнения договора. Он никак не ограничивает волю сторон по расторжению договора при наличии согласия сторон. Ведь никому в голову не приходит отказать сторонам в праве расторгать договоры по взаимному согласию? Такое право прямо предусмотрено в п. 1 ст. 450 ГК РФ. Почему же закон не позволяет дать свое согласие на расторжение заранее, включив в договор соответствующую оговорку? На наш взгляд, возможность включения в договор указания на право одной из сторон отказаться от него в одностороннем порядке никак не противоречит принципу нерушимости договора.

В-четвертых, оценивая в целом смысл ограничения, заложенного в ст. 310 ГК РФ, мы приходим к выводу о том, что сама идея о необходимости введения ограничения на возможность включать в договор оговорки о праве одностороннего отказа тем более не может быть оправдана, когда речь идет о праве кредитора в одностороннем порядке отказаться от нарушенного должником договора. Такое ограни-

³⁴ договоры следует выполнять (лат.).

чение предоставляет нарушителю договора чрезмерную защиту и необоснованно усложняет пострадавшему лицу защиту его прав. Следует иметь в виду, что интересы должника в достаточной степени защищаются правилом о существенности нарушения. С учетом этого запрет на право пострадавшего от нарушения кредитора воспользоваться положением, согласованным сторонами при заключении договора, и в одностороннем порядке отказаться от нарушенного договора нарушает баланс интересов сторон, направлен на неуместную и неадекватную защиту интересов правонарушителя и не может быть оправдан с точки зрения здравого смысла.

Итак, спорную норму, содержащуюся в ст. 310 ГК РФ и запрещающую согласование в контракте с участием некоммерческого участника оборота права на односторонний отказ, необходимо либо вовсе исключить, либо существенно отредактировать, как минимум допустив оговорку об одностороннем отказе в некоммерческих договорах, если этот отказ увязывается с существенным нарушением должником договора.

Существенность нарушения применительно к праву на односторонний отказ

Также, на наш взгляд, следует несколько скорректировать ст. 450 ГК РФ, прямо указав, что существенность нарушения является универсальным условием допустимости расторжения нарушенного договора независимо от того, в какой форме (судебной или внесудебной) происходит расторжение. Сейчас на основе анализа ст. 450 ГК РФ складывается впечатление, что если законом или договором пострадавшему от нарушения договора кредитору предоставлено право на односторонний отказ, то он вправе им воспользоваться независимо от существенности нарушения. Многие юристы действительно выводят такое решение. В частности, М.И. Брагинский, комментируя ст. 328 ГК РФ, которая дает кредитору, не получившему исполнения от должника, право отказаться от своего встречного исполнения, пришел к неправильному, на наш взгляд, выводу о том, что ст. 328 ГК РФ в данном вопросе предусматривает исключение из общего правила и освобождает кредитора от необходимости доказывать существенность нарушения³⁵.

Нет нужды долго объяснять, почему существенность нарушения должна ограничивать право кредитора на расторжение договора, даже если ему предоставлено право на односторонний отказ. В данном случае имеет место одно из проявлений универсального принципа соразмерности санкции и серьезности правонарушения. Если выводить право на односторонний отказ из-под действия общего правила о существенности нарушения как основания расторжения, это порождает возможность несправедливости и произвола, когда кредитор будет расторгать договор в одностороннем порядке в случае самой незначительной просрочки. В этой связи нельзя согласиться с позицией М.И. Брагинского. Создание четкой, логичной и эффективной системы пра-

³⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Книга первая: Общие положения.* М., 2003. С. 389.

вового регулирования расторжения договора требует, чтобы все случаи расторжения нарушенного договора подчинялись общему правовому режиму в вопросе об условиях допустимости расторжения, если закон или договор прямо и недвусмысленно не исключает применения общего правила о существенности нарушения.

Более того, как мы уже отмечали, практически во всех странах мира нарушенный договор расторгается путем одностороннего отказа. Никому из законодателей, кодифицировавших гражданское право в XX в., не пришла в голову странная идея о соблюдении судебной процедуры. При этом односторонний отказ как единственно возможная форма расторжения предусматривается и Венской конвенцией 1980 г. (откуда при разработке ГК РФ и было почти дословно переписано определение существенного нарушения), и Принципами УНИДРУА, и Принципами европейского контрактного права. И везде этот односторонний отказ оговаривается существенностью нарушения или схожими условиями (*Nachfrist* в Германии). Нигде законодатель не оставляет должника, нарушившего договор, один на один с произволом кредитора. Кредитор вправе заявить об одностороннем отказе, только если нарушение существенное. Страх возможного обжалования состоявшегося отказа в суде со стороны должника со ссылкой на несущественность нарушения сдерживает кредитора от несоразмерной реакции на незначительные нарушения. Поэтому предлагаемое выше расширение сферы применения одностороннего отказа и установление этой процедуры в качестве презумпции обязательно должно сочетаться с уточнением формулировок ст. 450 ГК РФ, с тем чтобы они отражали идею о применимости критерия существенности нарушения в отношении любой процедуры расторжения нарушенного договора.

Разумный срок на расторжение

Необходимо также серьезно подумать об имплементации в российском праве ограничительного срока на расторжение применительно к тем случаям, когда в основании расторжения лежит принятие кредитором ненадлежащего исполнения. Мы подробно писали об этом в одной из своих работ³⁶.

В праве многих стран установлено правило, согласно которому кредитор в случае получения от должника исполнения с определенными дефектами или с просрочкой вправе отказаться от принятия данного исполнения в счет договора, только если заявит об этом в течение разумного срока после фактического получения такого исполнения³⁷. Если кредитор не заявляет отказ от принятия ненадлежащего исполнения в течение разумного срока, исполнение считается принятым, кредитор теряет право как на расторжение договора, так и на требование об исполнении в натуре (замену исполнения) и ограничен правом требовать компенсации своих

³⁶ Карпетов А.Г. *Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве*. С. 511–559.

³⁷ *Treitel G.H. Op. cit.* P. 399–403.

потерь, вызванных принятием ненадлежащего исполнения (например, компенсации своих расходов на устранение дефекта, уменьшения цены). Этот разумный срок четко отделяется от срока исковой давности и обычно намного короче. Наличие этого срока дисциплинирует кредитора, получившего ненадлежащее исполнение, и призвано устранить нежелательную неопределенность и необоснованное ущемление интересов должника, осуществившего ненадлежащее исполнение и находящегося в неведении в отношении планов кредитора. Представим себе ситуацию, когда должник осуществил исполнение с просрочкой или с иными дефектами, а кредитор фактически принял такое исполнение, но никак не обозначает свою позицию в отношении того, принимает ли он это ненадлежащее исполнение в счет договора и считает ли договорное обязательство прекращенным. Должник в этой ситуации не знает, как отреагирует кредитор на ненадлежащее исполнение. И эта неопределенность может длиться сколь угодно долго. И в течение всего этого времени должник теоретически должен быть готов к тому, что кредитор может в любой момент отказаться от принятия ненадлежащего исполнения, заявив, что в силу ст. 408 ГК РФ ненадлежащее исполнение не прекращает обязательство, отказаться от договора и потребовать возврата предоплаты.

Приведем классический пример. Лицо взяло в банке долгосрочный кредит и за достаточно длительный период использования денег допустило несколько просрочек. Согласно договору банк был вправе отказаться от договора и потребовать досрочного возврата кредита, если заемщик допустит более двух просрочек. Последняя из допущенных заемщиком просрочек имела место летом 2007 г. После этого он своевременно и аккуратно вносил ежемесячные платежи по кредиту более полутора лет. Весной 2009 г. банк, столкнувшийся с финансовыми затруднениями, вызванными экономическим кризисом, направил заемщику уведомление об отказе от договора, сославшись на допущенные заемщиком просрочки, и потребовал досрочного возврата кредита, несмотря на то что с момента последнего нарушения прошло более полутора лет и все это время банк регулярно принимал платежи, осуществлял иное обслуживание заемщика, даже не заикаясь о желании воспользоваться своим правом на отказ от договора.

Очевидно, что описанная выше ситуация крайне нежелательна и не должна допускаться правом. Именно поэтому многие правовые порядки ограничивают право кредитора отказаться от договора в случае ненадлежащего исполнения разумным сроком, по истечении которого право на отказ утрачивается.

В нашем праве нет английской доктрины *estoppel*, которая могла бы защитить должника при таком развитии событий. Ограничить произвол кредитора теоретически мог бы принцип недопустимости злоупотребления правом. Тем не менее лучшим, на наш взгляд, решением было бы внесение поправки в текст ГК РФ.

Праву многих стран известны разные подходы к законодательному отражению этого ограничения³⁸. Лишение кредитора права на расторжение, в случае если он не заявит об этом в течение разумного срока после нарушения, упоминается в Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи (ст. 49, 64).

³⁸ Подробный обзор см.: *Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. P. 415–416.*

Кроме того, п. 2 ст. 9:303 Принципов европейского контрактного права содержит правило, согласно которому кредитор теряет право на расторжение, если не заявит об этом в течение разумного срока после того, как он узнал или должен был узнать о неисполнении. Эта же идея отражена и в норме п. 2 ст. 7.3.2 Принципов УНИДРУА, по которой кредитор теряет право на расторжение договора, в случае если исполнение уже осуществлено с просрочкой или иными недостатками, а кредитор в разумный срок, после того как он узнал или должен был узнать о нарушении, не заявил о расторжении договора.

Вслед за разработчиками указанных выше источников унификации международного договорного права мы считаем допустимым, чтобы право заявить о расторжении договора не ограничивалось разумным сроком, рассчитываемым с момента, когда кредитор узнал или должен был узнать о нарушении договора, если имеет место текущая просрочка (неисполнение) в отношении как денежного, так и неденежного обязательства должника. Соответственно можно вести речь лишь об имплементации принципа, согласно которому право на расторжение договора утрачивается исключительно на случай ненадлежащего (дефектного или просроченного) исполнения.

В настоящее время российское законодательство лишь изредка вспоминает об этом механизме, фрагментарно включая его в специальные нормы о конкретных договорах. В частности, согласно п. 3 ст. 495 ГК РФ если покупателю по заключенному договору розничной купли-продажи не сообщили всю необходимую информацию о товаре, то он вправе в разумный срок отказаться от исполнения договора. Но какой-либо общей нормы российского правового регулирования по данному вопросу не содержит.

Отсутствие подобной нормы создает сложности в коммерческой практике, так как необоснованно ставит исполнившего договор с отдельными недостатками или с просрочкой должника в неудобное положение: теоретически он может годами находиться в неведении в вопросе о том, принял ли кредитор это исполнение в счет договора или в ближайшее время заявит о своем отказе от принятия по причине тех или иных недостатков. Такая недопустимая в гражданском праве неопределенность дает кредитору широкие возможности по злоупотреблению правом и может причинить значительный и ничем не оправданный ущерб должнику. Поэтому идея о необходимости имплементации в российском праве норм о разумном сроке для расторжения на случай ненадлежащего исполнения в целом представляется логичной.

Отрадно, что и в Проекте, и в Концепции (п. 9.1 раздела V) эта проблема замечена, но предлагаемое решение, на наш взгляд, не является оптимальным. Авторы считают, что необходимо установить в ГК РФ следующую норму: в случае когда при наличии основания для отказа от договора сторона, имеющая право на отказ от договора, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, отказ от договора не допускается.

Такое решение по сути совпадает с предложенным нами, за одним важным исключением. Проект говорит о том, что кредитор лишается права на отказ от

договора, если он подтверждает действие договора. Эта фраза означает совершение кредитором неких активных действий. Но что если, например, рекламодатель заявляет об отказе от договора и возврате предоплаты из-за дефектов, допущенных рекламным агентством при оказании рекламных услуг, через год после окончания рекламной кампании? Удастся ли агентству найти доказательства активных действий со стороны заказчика по «подтверждению действия договора»? Далеко не всегда. В то же время очевидно, что молчание рекламодателя говорит само за себя.

С нашей точки зрения, следует остановиться на предлагаемой нами редакции, указывающей на разумный срок, в течение которого отказ от договора может быть заявлен. Именно такое решение наиболее широко распространено в зарубежном праве.

Оптимизация правового режима последствий расторжения договора

Кроме того, на наш взгляд, требуется полностью переписать нормы ст. 453 ГК РФ о прекращении обязательств при расторжении и недопустимости возврата полученного до расторжения. Практика показала, что они никуда не годятся. Отчасти эта проблема отмечена в Проекте, где в развитие идеи, выраженной в п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2000 № 49, предлагается установить исключение из правил о недопустимости возврата полученного до расторжения на случай, когда отказ в таком возврате будет приводить к неосновательному обогащению одной из сторон.

Между тем проблема куда серьезнее. Нам уже приходилось подробно излагать суть вопроса³⁹, поэтому в настоящей статье ограничимся краткими замечаниями.

Судебная практика ВАС РФ последних лет выявила ряд случаев, когда расторжение нарушенного договора не приводит к прекращению всех обязательств сторон по данному договору⁴⁰.

Речь в первую очередь идет о договорах, исполняемых по частям (то есть о делимых договорах). Последствия расторжения простого разового договора по принципу «утром деньги — вечером стулья» легко описываются имеющимися сейчас в ГК РФ нормами о последствиях расторжения с уточнением о возможности применения кондикционного иска, для того чтобы избежать неосновательное обогащение в тех случаях, когда одна из сторон успела к моменту расторжения свои обязательства исполнить.

В отношении же договоров, исполняемых по частям, эти нормы ст. 453 ГК РФ не работают. Как показывает судебная практика ВАС РФ и как следует из сравни-

³⁹ Карапетов А.Г. *Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве.*

⁴⁰ См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21.12.2005 № 104 (п. 1), постановление Президиума ВАС РФ № 15550/05.

тельно-правового анализа и здравого смысла, далеко не всегда при расторжении такого договора все обязательства сторон прекращаются, как на первый взгляд того требует данная статья. Это противоречие вызывает серьезное непонимание юристов, для которых фраза о том, что договор расторгнут, не вяжется с тем, что определенные обязательства, а значит, частично и сам договор, несмотря на расторжение, продолжают существовать. Парадокс можно устранить, внося в ГК РФ нормы, уточняющие «радиус поражения» обязательств сторон при расторжении длящегося договора.

Описать основные варианты расторжения длящегося делимого договора кредитором, столкнувшимся с неисполнением или ненадлежащим исполнением должником одной из его частей, можно следующим образом.

Во-первых, кредитор вправе принять ненадлежащее исполнение данной нарушенной части (при просроченном или дефектном исполнении) или потребовать ее реального исполнения (в случае текущей просрочки), но расторгнуть договор в отношении лишь будущих частей исполнения, если в рамках встречного исполнения кредитора выделена или выделяема соответствующая пропорциональная часть. В этом случае имеет место *перспективное расторжение*, когда нарушенное должником обязательство расторжением не затрагивается и должно быть исполнено на основании договора. Расторжение же прекращает обязательства, которые должны созреть в будущем. В судебной практике ВАС РФ именно такой сценарий расторжения объявлен основным и чуть ли не единственно возможным. На самом деле это, конечно, не так. Существуют и другие сценарии, которые вытекают из законодательства и используются в зарубежном праве.

Во-вторых, кредитор вправе расторгнуть договор только в отношении данной нарушенной части исполнения, если в рамках встречного исполнения кредитора выделена или выделяема соответствующая пропорциональная часть. При этом договор остается в силе в отношении всех остальных частей, как уже осуществленных ранее, так и намеченных к исполнению позднее. Такое расторжение, вытекающее из ст. 328 ГК РФ, мы называем *пропорциональным*. В этом случае расторжение договора прекращает лишь обязательство, которое не было исполнено, не затрагивая действия обязательств (частей), чей срок исполнения наступит в будущем.

В-третьих, кредитор вправе расторгнуть договор как в отношении той части исполнения, которая должником не исполнена или исполнена ненадлежащим образом, так и в отношении всех будущих частей исполнения. В этом случае имеет место смешение двух предыдущих сценариев. При таком *непропорциональном* расторжении прекращаются все обязательства — как созревшие и не исполненные, так и будущие. Например, Венская конвенция 1980 г. прямо предусматривает такой вариант расторжения. Согласно п. 3 ст. 73 Конвенции покупатель может расторгнуть договор в части той партии, в отношении которой произошло нарушение, и одновременно в части всех подлежащих поставке по данному договору в будущем партий товара по причине их взаимосвязанности.

В-четвертых, кредитор в ряде случаев должен иметь право расторгнуть длящийся делимый договор целиком — как в отношении нарушенной части и частей, запла-

нированных на будущее, так и в отношении тех частей исполнения, которыми стороны успели обменяться ранее, если все указанные части (этапы, партии и т. п.) настолько экономически взаимосвязаны, что расторжение контракта из-за его нарушения должником в отношении последующих этапов лишает кредитора экономического интереса в удержании того, что было им получено ранее. Этот *ретроспективный* сценарий расторжения сложно подвести под режим кондикции, и в идеале он должен быть прямо закреплен в ГК РФ, как, например, это сделано в Венской конвенции 1980 г. (п. 3 ст. 72) или Принципах европейского контрактного права (ст. 9:306)⁴¹.

Как мы видим, расторгнуть длящийся договор можно по-разному. При этом выбор сценария зависит от существенности нарушения, а также в случае ретро-спективного сценария еще и от фактора взаимозависимости частей. Одно и то же нарушение может оправдать пропорциональный отказ, но не оправдать отказ непропорциональный и тем более ретро-спективный.

Выбор сценария принадлежит кредитору, который, объявляя об отказе от договора, должен доводить до должника свою волю и в отношении одного из вышеперечисленных вариантов определения последствий расторжения.

На основе указанных тезисов можно было бы оптимизировать регулирование этой проблематики в ГК РФ, а в качестве образца можно предложить положения Венской конвенции 1980 г., где данные вопросы проработаны достаточно детально.

⁴¹ *Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. P. 413; Treitel G.H. Op. cit. P. 421.*