

Пермский филиал  
федерального государственного автономного  
образовательного учреждения  
высшего профессионального образования  
Национальный исследовательский университет  
«Высшая школа экономики»

**О.С. Ерахтина**

**Договоры в сфере предпринимательской деятельности  
(проблемы оптимизации правового воздействия)**

Пермь 2011

ББК 67.404.91

Е 69

**Рецензенты:**

Голубцов В.Г.,

д.ю.н., доцент, судья Семнадцатого арбитражного апелляционного суда;

Кузнецова О.А.,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и процесса  
Пермского государственного национального исследовательского университета

**Ерахтина О.С.**

Договоры в сфере предпринимательской деятельности

Е 69 (проблемы оптимизации правового воздействия). – Пермь,  
2011. – 120 с.

ISBN 978-5-900414-14-0

В монографии представлена функциональная роль предпринимательского договора в рыночной экономике, определены задачи договорного права в сфере предпринимательской деятельности, а также критерии оценки экономической эффективности действующих правовых норм.

Автором исследованы особенности договорной ответственности в коммерческом обороте, проведен анализ сравнительной эффективности форм договорной ответственности и определены экономико-правовые последствия применения действующих правовых норм.

Данный подход позволил автору поставить ряд вопросов, не нашедших должного освещения в юридической литературе, выявить недостатки правовых норм, регулирующих договорные отношения предпринимателей, и подготовить некоторые рекомендации по их устранению.

**ББК 67.404.91**

**ISBN 978-5-900414-14-0**

© Ерахтина О.С., 2011

© НИУ ВШЭ – Пермь, 2011

## Содержание

<b>Предисловие</b> .....	4
<b>Глава 1. Регулятивная роль предпринимательского договора</b> .....	7
1.1. Понятие и основные особенности предпринимательского договора.....	7
1.2. Регулирующая функция предпринимательского договора.....	12
<b>Глава 2. Проблемы повышения эффективности института договорной ответственности</b> .....	22
2.1. Особенности договорной ответственности в коммерческом обороте.....	22
2.2. Возмещение убытков, причиненных нарушением договора.....	28
2.3. Проблемы применения неустойки в договорных обязательствах.....	41
2.4. Уплата процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами.....	60
<b>Глава 3. Проблемы исполнения предпринимательских договоров</b> .....	74
3.1. Изменившиеся обстоятельства и концепция экономической невозможности.....	74
3.2. Становление и развитие института существенных затруднений в российском праве.....	84
3.3. Договорные условия о форс-мажоре и затруднительных обстоятельствах в предпринимательской практике.....	93
<b>Библиографический список</b> .....	114

## Предисловие

Экономические преобразования в России потребовали пересмотра устоявшихся подходов к правовому регулированию договорных отношений хозяйствующих субъектов. В командно-административной экономике взаимодействие хозяйствующих субъектов не было обусловлено их экономическими интересами, и значение договора было сведено к маскировке, позволяющей игнорировать объективные экономические законы. Это, помимо прочего, атрофировало в известной мере развитие гражданско-правовых норм, регулирующих хозяйственные отношения<sup>1</sup>.

В рыночной экономике основной формой хозяйствования является предпринимательство. Договор же становится основной правовой формой, опосредующей взаимоотношения участников хозяйственного оборота. Прежде всего он является универсальной формой рыночного обмена, а также используется для оформления процессов кооперации производства и централизации капитала.

Вместе с тем недостаточно рассматривать договор только как правовую форму, опосредующую разнообразные хозяйственные отношения, не затрагивая при этом его макроэкономическую составляющую. Как справедливо отмечал М.И. Кулагин, институт договора используется не только в качестве юридической формы обмена, но и как правовой инструмент организации рыночного хозяйства, опосредующий процессы концентрации капитала и производства<sup>2</sup>. На наш взгляд, такой подход наиболее полно раскрывает экономическое содержание договора и его функциональную роль в рыночной экономике.

Опосредуя процессы рыночного обмена, концентрации капитала и кооперации производства, предпринимательский договор тем самым выступает средством организации и обеспечения функционирования рыночной системы хозяйствования. Это является основной

---

<sup>1</sup> Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. – М.: Юрид. лит., 1991. – С. 4.

<sup>2</sup> Кулагин М.И. Избранные труды // Классика российской цивилистики. – М.: Статут, 1997. – С. 259.

особенностью предпринимательских договоров, которую необходимо учитывать при осуществлении правового воздействия на процесс их заключения и исполнения.

При этом действующее договорное право не в полной мере учитывает особенности предпринимательских договоров. Нормы, регулирующие договорные отношения коммерческих субъектов, зачастую не адекватны современной динамичной хозяйственной практике.

В монографии рассматриваются основные особенности предпринимательского договора, способы его оптимизации и развития. Используя методы экономического анализа права, автор оценивает экономическую эффективность договорных институтов.

Представляется, что основными условиями экономической эффективности норм договорного права являются направленность на создание новой стоимости (блага) и поддержание непрерывности рыночного обмена.

В работе анализируется сравнительная эффективность форм договорной ответственности. Неустойка, возмещение убытков, уплата процентов за пользование чужими денежными средствами являются основными мерами борьбы с оппортунистическими нарушениями договоров. Анализ их сравнительной эффективности предполагает оценку полезности для сторон договора и оборота в целом.

Для субъектов коммерческого оборота важно, чтобы реализация определенной меры ответственности позволила им в минимальные сроки и с минимальными издержками восстановить нарушенное право. В то же время возможность оперативного воздействия на нарушителя обеспечивает непрерывность рыночного обмена.

Применение той или иной меры ответственности за нарушение договорных обязательств с точки зрения экономической эффективности имеет определенные ограничения. Так, возмещение убытков как мера ответственности демонстрирует свою неэффективность в отношении благ (товаров), не доступных для покупателя на открытом рынке, а также в отношении благ, стоимость которых не имеет точного денежного выражения.

В свою очередь, неустойка, как и любая другая гарантия, ослабляет переговорные позиции стороны, ее предоставившей. В особенности это касается штрафной неустойки.

Институт договорной ответственности является очень важным для обеспечения эффективности договора как средства регулирования экономических отношений. Вместе с тем в большинстве случаев нарушения договорных обязательств не являются оппортунистическими. В предпринимательской практике нарушение договора может быть вызвано и непредвиденными обстоятельствами. В таких случаях правовые нормы должны способствовать гармоничной адаптации договора к реальности, обеспечивая тем самым непрерывность отношений обмена.

После заключения договора любые переговоры по поводу условий его расторжения будут заведомо неэффективными. Во-первых, они связаны с дополнительными издержками. Во-вторых, переговорная позиция кредитора будет изначально сильнее. Договориться о взаимной выгоде сторонам вряд ли удастся. В случае же судебных разбирательств из-за неизбежных судебных издержек проиграют обе стороны.

В такой ситуации они нуждаются в максимально возможной правовой поддержке. Правовые нормы должны содержать четко прописанные механизмы, позволяющие адаптировать договор к изменившимся условиям и заранее четко определяющие правовые последствия для сторон.

Выполнение договорным правом поставленных задач позволит реализовать его основную экономическую функцию, которая состоит в обеспечении эффективной и бесперебойной работы экономической системы.

## — Глава 1 —

### Регулятивная роль предпринимательского договора

#### §1.1. Понятие и основные особенности предпринимательского договора

В своей работе «Предпринимательство и право: опыт запада» М.И. Кулагин отмечал, что во многих западных странах экономические преобразования привели к значительным изменениям в системе договорного права. В результате процесса юридической дезинтеграции договоры коммерсантов, предпринимателей выделились в особую категорию торговых сделок. Последние регламентируются специальными нормами торгового законодательства и торговыми обычаями<sup>3</sup>.

При определении понятия торговой сделки западное законодательство и практика исходят из двух критериев: объективного – признания самого коммерческого содержания сделки (Франция, Бельгия, Испания, страны Латинской Америки) и субъективного – определения сделки в качестве торговой по признаку совершения ее коммерсантом (ФРГ, Япония)<sup>4</sup>.

В России торговое законодательство никогда не существовало обособленно. Тем не менее идея о том, что взаимоотношения предпринимателей (коммерсантов) нуждаются в особом правовом регулировании, не является новой для российского права.

Впервые определение торговой сделки дал Г.Ф. Шершеневич, указав, что торговая сделка – вид юридических сделок, с которыми соединяется возникновение, изменение или прекращение права на почве торговых отношений. Отличие торговых сделок от общегражданских основывается не на особенности их юридической природы, а только на цели, которой они служат. Купля-продажа, заем, наем, поклада по своей юридической конструкции всегда одинаковы, несмотря на то что они могут быть заключены в торговом обороте или вне его. Сделка становится торговой потому, что она совершается для торговли<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Кулагин М.И. Указ. соч. – С. 261–262.

<sup>4</sup> Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Е.А. Васильева. – М., 1992. – С. 108.

<sup>5</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: в 3 т. – М.: «Статут», 2003. – Т. 1: Введение. Торговые деятели. – С. 102.

Ученый указывал также на то, что значение определения круга торговых сделок представляется важным со стороны как материальной, так и формальной. В первом отношении торговая сделка подчиняется особому праву, на нее распространяются те постановления, которые не имеют силы для всех прочих юридических действий. С другой стороны, дела, возникшие из торговых сделок, разбирают коммерческие суды<sup>6</sup>.

Таким образом, отличительным признаком торговых сделок является цель, которой они служат. «Сделка становится торговой потому, что она совершается для торговли», т.е. в коммерческих целях. Правовыми последствиями признания сделки торговой являются регулирование нормативными актами торгового законодательства и особый порядок рассмотрения споров.

Вместе с тем теория торговой (коммерческой) сделки не получила в российском праве должного развития. В советский период правовой формой, опосредующей хозяйственные отношения, выступал хозяйственный договор. Среди конститутивных признаков хозяйственных договоров исследователи отмечали особый состав участников (социалистические организации) и товарный характер.

Особенностью хозяйственных договоров являлся их плановый характер. Основанием для их заключения служил плановый акт, который «спускался» сверху. Хозяйственная самостоятельность советских производителей была минимальной. «Взаимодействие хозяйствующих субъектов не было обусловлено их экономическими интересами, и значение договора было сведено к маскировке, позволяющей игнорировать объективные экономические законы. Это, помимо прочего, атрофировало в известной мере развитие гражданско-правовых норм, регулирующих хозяйственные отношения»<sup>7</sup>.

Экономические преобразования в России потребовали пересмотра устоявшихся подходов к правовому регулированию договорных отношений хозяйствующих субъектов. В рыночной экономике основной формой хозяйствования является предпринимательство. Договор же является основной правовой формой, опосредующей взаимоотношения участников хозяйственного оборота.

---

<sup>6</sup> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. – С. 102.

<sup>7</sup> Комаров А.С. Указ. соч. – С. 4.



В ответ на запросы современной хозяйственной практики в Гражданском кодексе осуществлена углубленная систематизация договорных отношений. Термин «предпринимательский договор» в ГК РФ отсутствует. Тем не менее в ряде статей Кодекса, отражающих те или иные особенности предпринимательского договора, говорится о договоре или обязательстве, связанном с осуществлением предпринимательской деятельности или возникающем в сфере предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 184; п. 4 ст. 23; п. 3 ст. 401; п. 3 ст. 428 и др.)<sup>8</sup>. Кроме того, ГК содержит нормы, регламентирующие порядок заключения и исполнения договоров исключительно между субъектами предпринимательской деятельности (§3–4 гл. 30, §6 гл. 34, гл. 43, гл. 54 и др.).

В то же время действующее договорное право не в полной мере учитывает особенности предпринимательских договоров. Нормы, регулирующие договорные отношения коммерческих субъектов, зачастую не адекватны современной динамичной хозяйственной практике. Вследствие этого одной из первоочередных задач хозяйственно-правовой науки должна стать теоретическая разработка особенностей предпринимательских договоров.

Изучая особенности предпринимательских договоров, исследователи, как правило, обращают внимание на их связь с предпринимательской деятельностью. «Заключая договор в сфере предпринимательства, предприниматель стремится к определенной цели – получению прибыли. Получение прибыли, расчет на прибыль (спекуляция) являются побудительной причиной для ведения предпринимательской деятельности вообще»<sup>9</sup> и заключения договоров в частности. Направленность на получение прибыли – основной, но не единственный признак предпринимательской деятельности. Когда речь идет о предпринимательстве, экономисты обычно обращают внимание на инновационный и рисковый характер такой деятельности.

Появление в экономике новых объектов оборота и, как следствие, новых форм обмена становится возможным благодаря технологическим и организационным нововведениям предпринимателей<sup>10</sup>. Вступая

---

<sup>8</sup> Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник в 2 т. / отв. ред. О.М. Олейник. – М.: Юристъ, 2000. – Т. 1. – С. 414.

<sup>9</sup> Коммерческое право / А.Ю. Бушуев, О.А. Городов, Н.Л. Вещунова. – СПб., 1998. – Ч. 1.

<sup>10</sup> В экономической теории предпринимателей называют agents of change.

в договорные правоотношения, они решают задачи, связанные с модернизацией производства, внедрением научно-технических достижений, освоением выпуска новых изделий, улучшением их качества.

Однако, как справедливо отмечал Г.Ф. Шершеневич, быстрое нарастание новых форм обмена может быть стеснено отсутствием в праве эластичности<sup>11</sup>. Ученый также отмечал, что гражданское право всегда отличалось формализмом, коммерческая же сделка всегда добивалась свободы от формы.

Форма, по мнению Г.Ф. Шершеневича, дает возможность контрагентам взвесить последствия прежде, чем они наступят. Форма требуется, когда сделка является редким событием домашней жизни. Когда же приходится постоянно, несколько раз в день, вступать в юридические сделки, сложность формы становится тормозом для хозяйственной деятельности<sup>12</sup>.

Бескомпромиссность, сложность правовой формы, ее социально-экономическая неадекватность могут стать сдерживающим фактором не только для хозяйственной деятельности отдельного предпринимателя, но и для экономического развития страны в целом.

Еще одним отличительным признаком предпринимательской деятельности является риск. Предпринимательский риск имеет объективную основу из-за неопределенности внешней среды. «Каждый участник рыночных отношений изначально лишен заранее известных, однозначно заданных параметров, гарантий успеха: обеспеченной доли участия на рынке, доступа к производственным ресурсам по фиксированным ценам, устойчивости покупательной способности денежных единиц, неизменности норм и нормативов и других инструментов экономического управления»<sup>13</sup>.

Таким образом, предприниматели осуществляют взаимодействие в условиях нестабильной внешней среды. Заключая договор, они не могут предвидеть, какие условия (политические, экономические, правовые) будут преобладать в определенный период. Изменения внешней среды могут существенно нарушить баланс интересов сторон, к которому они стремятся на этапе заключения договора.

---

<sup>11</sup> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. – С. 80.

<sup>12</sup> Там же. – С. 47–48.

<sup>13</sup> Шевченко И.К. Организация предпринимательской деятельности: учеб. пособие. – Таганрог: ТРТУ, 2004. – С. 92.

Зависимость рыночной сделки от непредсказуемости будущих событий может быть слабой или сильной. Очевидно, что эта зависимость тем сильнее, чем больше времени проходит от момента заключения сделки до момента исполнения договоренностей. Вместе с тем в предпринимательской практике институт договора, как правило, используется для организации длительных хозяйственных связей.

М.И. Кулагин, анализируя изменения, произошедшие в западном договорном праве во второй половине прошлого столетия, отмечал противоречивость развития института исполнения предпринимательского договора. С одной стороны, развитие института исполнения договора диктует требование строжайшего соблюдения договорных связей как необходимого условия функционирования сложной хозяйственной системы. Отказ от исполнения или ненадлежащее исполнение договора в современных условиях могут повлечь за собой лавинообразный процесс распада хозяйственных связей. И в современном гражданском праве обнаруживается тенденция развития всевозможных средств и приемов, направленных на принуждение должника надлежащим образом исполнить договорное обязательство.

С другой стороны, именно в хозяйственной практике достаточно часто возникают ситуации, когда участнику договорных отношений становится невозможно или чрезвычайно затруднительно исполнить договор. В связи с этим, отмечает ученый, определяющей тенденцией, которая характерна для изменений в правовом регулировании исполнения договорных обязательств, является все же не усиление юридических средств, направленных на стимулирование исполнения, а тенденция к сужению принципа «святости» договора<sup>14</sup>.

Представляется, что способы обеспечения устойчивости и стабильности договорных отношений в предпринимательской сфере имеют некоторые особенности. Так, законодательством многих стран допускаются отступления от начал классического договорного права в процедуре исполнения предпринимательского договора. В частности, возможно внесение изменений в договор или даже расторжение договора с учетом неожиданно возникших экономических обстоятельств.

---

<sup>14</sup> Кулагин М.И. Указ. соч. – С. 271–272.

В свою очередь в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА и в Единообразном торговом кодексе США предусмотрена возможность заключения договоров с открытыми условиями.

В Гражданском кодексе РФ предусмотрена возможность адаптации к изменившимся обстоятельствам договоров страхования, аренды, подряда, возмездного оказания услуг, перевозки.

Между тем специфика предпринимательского договора обусловлена не только сущностью предпринимательской деятельности как таковой, но и усилением его регулирующей роли в связи с развитием экономических отношений. Рассматривать предпринимательский договор только как правовую форму, опосредующую разнообразные хозяйственные отношения, не затрагивая при этом его макроэкономическую составляющую, недостаточно.

Существенная особенность предпринимательского договора заключается в том, что он выступает единицей координации многочисленных и многообразных хозяйственных связей на всех уровнях экономической системы. Опосредуя процессы рыночного обмена, концентрации капитала и кооперации производства, он тем самым выступает одним из основных средств организации и обеспечения функционирования рыночной системы хозяйствования.

Таким образом, *частный договор играет важную роль в организации экономической деятельности на макроуровне*. Эта особенность предпринимательского договора пока не рассматривается теорией и мало учитывается на практике.

## **§1.2. Регулирующая функция предпринимательского договора**

Вопрос о функциях договора имеет важное практическое значение. Он позволяет рассмотреть договор не только со стороны его формы, внутреннего строения и содержания, но и с точки зрения его разносторонних возможностей в ходе правового регулирования<sup>15</sup>.

Как уже отмечалось в работе, основанием для заключения договора в командной экономике служил плановый акт, который

---

<sup>15</sup> Коломенская Е.В. Функциональный подход к исследованию договора // Журнал российского права. – 2005. – № 5. – С. 123.

«спускался» сверху. Хозяйственная самостоятельность советских производителей была минимальной. В таких условиях хозяйственный договор утратил свою регулирующую функцию.

С переходом к рынку роль договора в экономике существенно изменилась. Система договоров, по справедливому замечанию Б.И. Пугинского и Д.Н. Сафиуллина, становится ядром рыночной экономики, дополняемым иными методами регулирования<sup>16</sup>.

Функции договора в рыночной экономике исследуются в работе Б.И. Пугинского «Теория и практика договорного регулирования». По мнению ученого, на договоре лежит основная нагрузка в реализации такого важнейшего условия экономической деятельности, как поддержание и развитие производственной кооперации, углубление специализации производства. Ученый отмечает также роль договора в становлении и развитии мирового разделения труда и создании мирового рынка<sup>17</sup>.

В свою очередь, Н.Д. Егоров указывает на то, что институт договора может быть использован в качестве механизма распределения общественного богатства. С его помощью совершенствуется процесс распределения произведенных в обществе материальных благ. Договор обеспечивает эффективный обмен произведенными и распределенными материальными благами в случае изменения потребностей участников экономического оборота<sup>18</sup>.

Регулятивный потенциал договора огромен, однако он недостаточно используется для решения задач, стоящих перед предпринимателями и обществом в целом. Правовая доктрина по-прежнему уделяет недостаточно внимания значению договорного права для развития национальной экономики.

По справедливому замечанию И.В. Цветкова, отечественная юридическая наука так и не смогла уйти дальше общих рассуждений о том, что в рыночной экономике «договор служит идеальной формой активности участников гражданского оборота» и что он «представляет

---

<sup>16</sup> Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления. – М., 1991. – С. 150.

<sup>17</sup> Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2008. – С. 57.

<sup>18</sup> Гражданское право: учебник в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. – Т. 1. – С. 587.

собой универсальное средство, обеспечивающее налаженность, организованность и стабильность в сфере экономических отношений»<sup>19</sup>.

В работе «Теория и практика договорного регулирования» Б.И. Пугинский определяет основные задачи, решение которых должно способствовать усилению регулирующей функции договора.

Прежде всего, по мнению ученого, необходимо определить факторы, создающие регулирующие возможности договора. Затем установить, за счет каких мер достигается реальное усиление каждого фактора.

К основным факторам, создающим регулятивные возможности договора, ученый относит:

- *согласованное волеизъявление сторон, направленное на установление между ними взаимных прав и обязанностей;*
- *обеспечение государством судебной защиты устанавливаемых договором субъективных прав и возможности принуждения к исполнению договорных обязательств*<sup>20</sup>.

Рассмотрим действие первого фактора более подробно. Действительно, договорное обязательство возникает по воле сторон и их обоюдному согласию. Договор не способен образовать рыночные связи, однако он выполняет очень важную функцию согласования интересов сторон. Помимо этого, он вносит организованность во взаимосвязанную деятельность контрагентов.

В то же время следует отметить, что порядок и организованность на всех этапах взаимодействия сторон обеспечивает не сам договор, а нормы и институты договорного права. Следовательно, регулирующая функция договора реализуется посредством правового регулирования.

На стадии заключения договора (*ex ante*) роль правового регулирования неочевидна. На первый взгляд, стороны могут самостоятельно разработать все детали взаимодействия соответственно своим конкретным нуждам. Однако процесс изучения и согласования деталей рыночной сделки может оказаться трудоемким и дорогостоящим. Правовые нормы, содержащие стандартные условия и процедуры, позволяют предпринимателям с минимальными издержками выработать договоренность об условиях взаимодействия.

---

<sup>19</sup> Цветков И.В. Договорная дисциплина в хозяйственной деятельности предприятий: теория и практика. – М.: Книжный мир, 2006. – С. 7.

<sup>20</sup> Пугинский Б.И. Указ. соч. – С. 47, 52.

Более того, признавая разнородность рыночных сделок, договорное право предоставляет сторонам свободу изменять стандартные условия. «Наличие совокупности стандартных доктрин, управляющих контрактным торговым обменом, в сочетании с возможностью “выйти за рамки структур управления, предоставляемых государством, или оставить эти структуры в стороне, разработав частный порядок улаживания конфликтов”, делает конструирование контрактных отношений более экономным и гибким»<sup>21</sup>.

Разрабатывая условия взаимодействия, стороны должны также согласовать и включить в договор механизмы, поддерживающие его исполнение. Вместе с тем стороны не всегда могут ex ante определить механизмы, предупреждающие нарушение договорных обязательств, а также оптимальный способ разрешения потенциальных конфликтов.

Во-первых, институциональная экономическая теория выдвигает предпосылку об ограниченной рациональности экономических агентов. Асимметричное распределение информации на рынке и ограниченные познавательные способности экономических агентов не позволяют им осознать все возможные альтернативы (тем более – оценить все возможные последствия каждой из них) и выработать оптимальное экономическое решение.

Во-вторых, в рамках договора определяются взаимные обязательства и действия сторон в предвидимых ими обстоятельствах. Между тем совершенно очевидно, что предвидеть все обстоятельства, имеющие значение для исполнения договора, невозможно. В особенности это касается случаев, когда обмен, о котором достигнута договоренность, не происходит мгновенно (on the spot).

Действие фактора неопределенности наряду с ограниченной рациональностью экономических агентов приводит к тому, что действия, которые необходимо предпринимать в различных ситуациях, либо не определены в договоре, либо определены неверно, либо определены неточно, что в свою очередь создает возможность их различного толкования. Обозначенная проблема в институциональной экономической теории получила название *«проблема неполноты (несовершенства) контрактных условий»*<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Уильямсон О. Экономические институты капитализма. – СПб.: Лениздат, 1996. – С. 311.

<sup>22</sup> Следует отметить, что, согласно выводам институциональной экономической теории, контракты являются неполными не столько из-за небрежности сторон, сколько по объективным причинам.

Именно поэтому (*по причине неполноты контрактов*. – Прим. авт.) в каждой стране право восполняет непредусмотрительность людей, делая для них то, что они сделали бы для себя, если бы их воображение предвосхитило развитие событий<sup>23</sup>.

Таким образом, на стадии *ex ante* основная задача правового регулирования состоит в определении стандартных условий и процедур, позволяющих хозяйствующим субъектам с минимальными издержками выработать договоренность об условиях взаимодействия, а также предупредить конфликты и злоупотребления в процессе взаимодействия.

Обратимся к исследованию второго фактора, создающего регулятивные возможности договора. Очевидно, что наряду с оптимизацией процесса заключения договора правовые нормы должны также способствовать надлежащему исполнению договорных обязательств и достижению контрагентами поставленных целей.

Одной из основных проблем рыночного обмена является неспособность сторон гарантировать исполнение взятых на себя обязательств. Она возникает по двум причинам, отмеченным Р. Познером. Процессу обмена, считает ученый, угрожают две опасности: оппортунизм<sup>24</sup> контрагентов и непредвиденные обстоятельства. Средства противостояния им должно предоставить право<sup>25</sup>.

В условиях совершенной конкуренции рыночные механизмы<sup>26</sup> создают предпосылки для взаимовыгодного сотрудничества и гарантируют соблюдение сторонами условий соглашения. Осуществление рыночных взаимодействий в обстановке неопределенности и асимметрии информации обуславливает необходимость правового вмешательства в процесс исполнения рыночных сделок.

Рыночные (неформальные) механизмы более органичны и в определенной степени могут сдерживать контрагентов от проявления

---

<sup>23</sup> Bentham J. A General View of a Complete Code of Laws // The Works of Jeremy Bentham 157, 191 (John Bowring ed. 1843).

<sup>24</sup> Франц. *opportunism*, от лат. *opportunus* – «удобный, выгодный». В экономической теории – стремление максимизировать свое благосостояние за счет контрагента.

<sup>25</sup> Познер Р.А. Экономический анализ права: в 2 т. / под ред. В.Л. Тамбовцева; пер. с англ. – СПб.: Экономическая школа, 2004. – Т. 1. – С. 124.

<sup>26</sup> К рыночным механизмам, поддерживающим исполнение контракта, в частности, относятся конкуренция в сфере взаимодействия экономических агентов, прибыльность сделки, значение для сторон деловой репутации.



оппортунизма по отношению друг к другу. Однако, если такой механизм «не сработал», интересы потерпевшей стороны могут остаться незащищенными.

В таких случаях стороны полагаются на возможность использования формальной техники для разрешения вероятных конфликтов между ними и на возможность государственного принуждения к исполнению обещаний, зафиксированных в контракте<sup>27</sup>.

Важная особенность правовых способов, поддерживающих исполнение договорных обязательств, заключается в том, что они снабжены действенным механизмом принуждения.

«Полностью добровольная система, – пишет Р. Познер, – не может быть эффективной. Помимо того, что методы самозащиты требуют издержек <...>, они еще могут не всегда срабатывать <...> и фундаментальная функция контрактного права состоит в том, чтобы удерживать людей от оппортунистического поведения по отношению к другой стороне контракта и тем самым поддерживать оптимальные временные характеристики экономической деятельности и избегать дорогостоящих мер защиты»<sup>28</sup>.

Тем самым ученый указывает на превентивный характер правовых норм – предупреждение нарушений. Действительно, сама возможность формального принуждения является действенным стимулом к исполнению договорных обязательств. Но уникальность правовых механизмов заключается в том, что у участников взаимодействия всегда есть возможность прибегнуть к правовому механизму защиты *ex post*.

Таким образом, на стадии исполнения договора задача правового регулирования состоит в предоставлении участникам взаимодействия оптимальных средств защиты, позволяющих с минимальными издержками восстановить нарушенное право и сократить издержки разрешения договорных споров в случае возникновения конфликтов и злоупотреблений.

Вместе с тем в большинстве случаев нарушения договорных обязательств не являются оппортунистическими. Как уже отмечалось, в хозяйственной практике достаточно часто возникают

---

<sup>27</sup> Тамбовцев В.Л. Введение в экономическую теорию контрактов: учеб. пособие – М.: ИНФРА-М, 2004. – 144 с.

<sup>28</sup> Познер Р. Указ. соч. – С. 126–127.

ситуации, когда в силу действия объективных факторов для одной из сторон становится невозможно или чрезвычайно трудно исполнить договор.

В случае наступления непредвиденных обстоятельств стороны вынуждены искать способы, позволяющие видоизменить их отношения. Очевидно, что переговоры в условиях изменившихся обстоятельств приведут к дополнительным расходам сторон. Следует также отметить, что исполнение договора в условиях изменившихся обстоятельств, как правило, невыгодно лишь одной из сторон. В такой ситуации вторая сторона, рассчитывая получить дополнительные выгоды, будет настаивать на продолжении взаимодействия на прежних условиях (поведет себя оппортунистически). Следовательно, правовые нормы в первую очередь должны устанавливать барьеры для оппортунизма контрагентов в условиях изменившихся обстоятельств. Кроме того, правовые нормы должны содержать определенные механизмы, позволяющие адаптировать договор к изменившимся условиям, обеспечивая тем самым непрерывность отношений обмена.

Решение договорным правом поставленных задач как на стадии *ex ante*, так и на стадии *ex post* позволит выполнить его основную задачу и экономическую функцию – обеспечить эффективную и бесперебойную работу экономической системы. При этом направляющим принципом договорного регулирования хозяйственных отношений должна стать экономическая эффективность. Суть данного принципа заключается в следующем. Реализация рыночной сделки должна привести к созданию новой стоимости (блага). *Правовые нормы должны способствовать максимизации создаваемой стоимости.*

Реализация данного принципа на практике предполагает, что при разработке норм, опосредующих договорные отношения предпринимателей, будут учитываться следующие требования.

*Во-первых*, правовые нормы должны *способствовать взаимовыгодному обмену*. Только в случае, если в результате исполнения договора возрастет благосостояние обеих сторон, его реализация приведет к эффективному распределению благ.

*Во-вторых*, нарушение договора, опосредующего предпринимательские взаимодействия, наносит вред не только потерпевшей стороне, но и хозяйственному процессу в целом. Правовые нормы

должны обеспечить защиту имущественных интересов сторон в максимально короткие сроки, тем самым обеспечивая непрерывность рыночного обмена и бесперебойную работу хозяйственного механизма.

*В-третьих*, правовые нормы должны отвечать требованию определенности, суть которого состоит в определенности содержания самой правовой нормы (четкости требований, предсказуемости применения санкций). Кроме того, недопустимы противоречия нормативных актов и их произвольное изменение.

*В-четвертых*, поскольку нарушения предпринимательских договоров имеют неодинаковые причины (действие фактора неопределенности, несовершенство договорных условий, недобросовестное поведение партнера и др.), правовая норма должна предлагать альтернативные способы защиты интересов сторон. Именно наличие альтернатив делает конструирование договорных отношений более экономным и гибким.

*И наконец*, обращение экономического агента к правовому способу защиты должно позволить ему с минимальными издержками восстановить нарушенное право, по крайней мере выгоды от применения правового способа защиты должны быть больше, чем издержки.

### ***Итоговые положения***

Главная отличительная особенность предпринимательского договора заключается в его способности к формированию и организации хозяйственных связей на всех уровнях экономической системы. Данная особенность является одним из основных факторов, создающих регулирующие возможности предпринимательского договора.

На предпринимательском договоре лежит основная нагрузка в реализации такого важнейшего условия экономической деятельности, как поддержание и развитие производственной кооперации, углубление специализации производства. Институт договора может быть использован в качестве механизма распределения общественного богатства. С его помощью совершенствуется процесс распределения произведенных в обществе материальных благ.

Регулятивный потенциал предпринимательского договора огромен. Вместе с тем он недостаточно используется для решения задач, стоящих перед предпринимателями и обществом в целом. Правовая

доктрина по-прежнему уделяет недостаточно внимания значению договорного права для развития национальной экономики.

В условиях несовершенного рыночного обмена договорное право должно способствовать выработке, осуществлению и обеспечению соблюдения достигнутых договоренностей.

На стадии *ex ante* основная задача договорного права состоит в определении стандартных условий и процедур, позволяющих экономическим агентам с минимальными издержками выработать договоренность об условиях взаимодействия, а также предупредить конфликты и злоупотребления в процессе взаимодействия.

Наряду с оптимизацией процесса заключения договора правовые нормы должны также способствовать надлежащему исполнению договорных обязательств и достижению контрагентами поставленных целей.

В условиях совершенной конкуренции рыночные механизмы создают условия для взаимовыгодного сотрудничества и гарантируют соблюдение сторонами условий соглашения. Осуществление рыночных взаимодействий в условиях неопределенности и асимметрии информации обуславливает необходимость правового вмешательства в процесс исполнения рыночных сделок.

При осуществлении долгосрочных и сложных взаимодействий стороны в большей степени полагаются на возможность использования юридической техники для разрешения вероятных конфликтов между ними и на возможность государственного принуждения к исполнению обещаний, зафиксированных в контракте.

На стадии *ex post* задачей правового регулирования является предоставление оптимальных средств защиты интересов сторон, позволяющих с минимальными издержками восстановить нарушенное право и сократить издержки разрешения договорных споров в случае возникновения конфликтов и злоупотреблений.

Необходимо также учитывать, что в хозяйственной практике достаточно часто возникают ситуации, когда в силу действия объективных факторов для одной из сторон становится невозможно или чрезвычайно трудно исполнить договор. Наиболее уязвимыми перед воздействием неблагоприятных факторов являются долгосрочные договоры.

В случае возникновения непредвиденных обстоятельств правовые нормы должны способствовать гармоничной адаптации договора

к реальности, обеспечивая тем самым непрерывность отношений обмена.

Выполнение договорным правом поставленных задач позволит реализовать его основную экономическую функцию, которая состоит в обеспечении эффективной и бесперебойной работы экономической системы.

К основным условиям экономической эффективности норм договорного права относятся направленность на создание новой стоимости (блага) и поддержание непрерывности рыночного обмена.

## — Глава 2 —

### Проблемы повышения эффективности института договорной ответственности

#### §2.1. Особенности договорной ответственности в коммерческом обороте

##### *Функции и условия наступления гражданско-правовой ответственности*

Основная цель, суть гражданско-правовой ответственности состоит в том, чтобы возместить участнику имущественного оборота материальные потери, причиненные правонарушением, неисполнением или ненадлежащим исполнением договорного обязательства<sup>29</sup>. Вследствие этого компенсационная функция, действие которой направлено на восстановление имущественной сферы потерпевшего, является основной функцией гражданско-правовой ответственности.

Наряду с компенсационной, гражданско-правовая ответственность выполняет также превентивную функцию, заключающуюся в предостережении должника и других субъектов от совершения нарушения; стимулирующую функцию, побуждающую участников договорных отношений к надлежащему поведению<sup>30</sup>.

Гражданско-правовая ответственность основана на принципе полноты возмещения причиненного вреда или убытков. Лицо, причинившее убытки, по общему правилу должно возместить их в полном объеме, включая как реальный ущерб, так и неполученные доходы (п. 2 ст. 393 ГК). Данный принцип обусловлен главенствующей ролью компенсационной функции в гражданском обороте.

Для привлечения нарушившей договор стороны к имущественной ответственности необходимы общие условия, при которых наступает гражданско-правовая ответственность. К общим условиям гражданско-правовой ответственности относятся:

- *противоправный характер поведения (действий или бездействия) лица, на которое предполагается наложить*

<sup>29</sup> Кулагин М.И. Указ. соч. – С. 279.

<sup>30</sup> См., например: Пугинский Б.И. Коммерческое право России. – М., 2000. – С. 265; Гражданское право: учебник в 2 т. / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 1998. – Т. 1. – С. 432.

*ответственность;*

- *наличие у потерпевшего лица вреда или убытков;*
- *причинная связь между противоправным поведением нарушителя и наступившими вредоносными последствиями;*
- *вина правонарушителя.*

Отсутствие хотя бы одного из указанных условий по общему правилу исключает применение гражданско-правовой ответственности. Вместе с тем из этого правила есть ряд исключений. Наиболее распространены такие исключения в сфере предпринимательской деятельности.

### ***Особенности договорной ответственности в коммерческом обороте***

Основной особенностью гражданско-правовой ответственности в сфере предпринимательства является отказ от принципа вины как одного из основных условий такой ответственности. Так, в соответствии с п. 3 ст. 401 ГК в обязательствах, возникающих при осуществлении предпринимательской деятельности, сторона, не исполнившая лежащую на ней обязанность должным образом, несет имущественную ответственность перед контрагентом не только при наличии своей вины в возникновении убытков, но и при их появлении в результате случайных обстоятельств, если иное не установлено законом или договором.

Предприниматель – профессиональный участник имущественного оборота, и к нему предъявляются повышенные требования заботливости и осмотрительности в делах.

В то же время ответственность, не зависящая от вины, не означает абсолютную, безграничную ответственность предпринимателя за причиненный убыток. Он может быть освобожден от ответственности, если докажет действие непреодолимой силы или наличие вины потерпевшего.

Кроме того, по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, ответственность строится на общих принципах. Так, производитель сельскохозяйственной продукции, не исполнивший обязательство либо ненадлежащим образом исполнивший обязательство, несет ответственность при наличии его вины (ст. 538 ГК РФ). По соглашению сторон в договор подряда может быть включено условие об освобождении причинителя убытков от ответственности

в случае отсутствия его вины в нарушении договора (ст. 723 ГК РФ).

Отказ от принципа вины как одного из основных условий гражданско-правовой ответственности повлек за собой отступление от принципа полного возмещения вреда. По отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть установлена ограниченная ответственность (п. 1 ст. 400 ГК).

Характерным примером законодательного ограничения ответственности является ответственность перевозчика в транспортном праве. Прежде всего ограничения касаются возмещения потерпевшему упущенной выгоды. Так, в соответствии со ст. 796 ГК РФ, перевозчик отвечает за ущерб, причиненный утратой, недостачей или повреждением груза или багажа, только в размере стоимости утраченного или недостающего груза или багажа (при повреждении – в размере суммы, на которую понизилась их стоимость). То есть упущенная выгода возмещению не подлежит.

К тому же законодательно устанавливается максимальный предел имущественной ответственности перевозчика. Так, согласно ч. 1 ст. 119 Воздушного кодекса РФ, за утрату, недостачу или повреждение (порчу) багажа, груза, принятых к воздушной перевозке без объявления ценности, перевозчик несет ответственность в размере их стоимости, но не более чем в размере двух установленных федеральным законом минимальных размеров оплаты труда за килограмм веса багажа или груза.

Участникам договорных отношений также предоставлена возможность уменьшать в договоре размер ответственности, установленной законом (п. 1 ст. 15). Однако для отдельных видов обязательств законом может быть установлен запрет таких соглашений. В частности, согласно ст. 122 КВВТ РФ, соглашения перевозчиков с грузоотправителями, имеющие целью ограничение установленной законом ответственности и освобождение от нее, считаются ничтожными.

Развитие института безвиновной ответственности явилось основой для широкого применения страхования гражданской ответственности. Для потерпевшего страхование ответственности причинителя ущерба создает практически абсолютную гарантию получения компенсации, причем, как правило, без обременительной процедуры. Лицу, деятельность которого может причинить имущественный ущерб другим



лицам, страхование дает возможность ограничить свои расходы в случае выплаты компенсации заранее определенными суммами (страховыми платежами)<sup>31</sup>.

Ст. 933 ГК РФ предусматривает возможность заключения договора страхования предпринимательского риска, под которым, согласно ст. 929 ГК, понимается риск убытков из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам.

Вместе с тем в случаях, установленных законом, страхование имущественной ответственности участников коммерческого оборота является обязательным. В соответствии со ст. 134 Воздушного кодекса РФ перевозчик обязан страховать ответственность перед грузовладельцем или грузоотправителем за утрату, недостачу или повреждение (порчу) груза.

Таким образом, мы рассмотрели особенности правового режима ответственности в коммерческом обороте, обусловленные отказом от принципа вины. Однако необходимо отметить, что предприниматель может быть привлечен к ответственности за нарушение договора и при отсутствии других общих оснований гражданско-правовой ответственности.

Ответственность за нарушение договорных обязанностей в коммерческом обороте может наступать независимо от наличия убытков. Так, просрочка в передаче товара по договору поставки может повлечь применение предусмотренного договором штрафа независимо от того, появились в результате убытки у приобретателя или нет. Однако, как справедливо отмечает Е.А. Суханов, такие случаи являются исключительными, ибо компенсаторная направленность и имущественный характер ответственности в гражданском праве предполагают ее применение главным образом в случаях возникновения имущественного вреда (убытков)<sup>32</sup>.

При отсутствии необходимости доказывать убытки отпадает также необходимость обоснования причинной связи между противоправным поведением нарушителя и наступившими вредоносными

---

<sup>31</sup> Кулагин М.И. Указ. соч. – С. 282–283.

<sup>32</sup> Гражданское право: учебник в 2 т. / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 1998. – Т. 1. – С. 443.

последствиями. Это обстоятельство является очень важным, поскольку взаимозависимость между понесенными убытками и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств по предпринимательскому договору доказать не так просто. Достаточно трудно установить, в какой мере убытки вызваны недопоставкой контрагента, а в какой – являются следствием собственных просчетов. Задача еще более усложняется, если предприниматель терпит убытки сразу от нескольких контрагентов. Определить «долю» каждого причинителя практически невозможно.

К тому же, убыточные последствия вредоносных действий могут проявиться через длительный промежуток времени, что еще больше затрудняет установление причинной связи.

Что касается условия противоправности поведения нарушителя договора, то здесь можно указать следующее. В договорном праве действует большое число диспозитивных норм, допускающих определение прав и обязанностей сторон по их выбору. В связи с чем основанием для договорной ответственности во многих случаях является не нарушение правовых норм как таковых, а нарушение условий договора, не противоречащих законодательным предписаниям.

Самым востребованным способом защиты нарушенных прав в сфере предпринимательской деятельности является взыскание неустойки. Данная мера воздействия на нарушителя аккумулирует в себе основные особенности ответственности в коммерческом обороте. Как указывал М.И. Кулагин, неустойка есть разновидность безвиновной ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств<sup>33</sup>. К этому можно добавить, что при взыскании неустойки потерпевшая сторона должна доказывать не только вину контрагента, но и наличие убытков, а следовательно, обосновывать их размер и причинную связь между возникновением убытков и действиями нарушителя.

Исследуя особенности имущественной ответственности в коммерческом обороте, необходимо также отметить возможность привлечения предпринимателя к повышенной имущественной ответственности (взыскание убытков в полной сумме сверх неустойки). Такая возможность, согласно п. 1 ст. 394 ГК РФ, может быть

---

<sup>33</sup> Кулагин М.И. Указ. соч. – С. 281.

предусмотрена законом или договором.

Так, согласно п. 1 ст. 120 КВВТ РФ, за неправильное указание в транспортной накладной наименования груза, особых отметок и необходимых при перевозке груза мер предосторожности, за предъявление запрещенного для перевозки груза или неправильное указание свойств груза с грузоотправителя взыскивается штраф в размере пятикратной платы за перевозку такого груза на все расстояние его перевозки независимо от возмещения вызванных данным обстоятельством убытков перевозчика<sup>34</sup>.

Вместе с тем, как справедливо отмечает Е.А. Суханов, размер гражданско-правовой ответственности не должен превышать сумму убытков, поскольку даже полная компенсация потерпевшему не предполагает его обогащения вследствие правонарушения<sup>35</sup>. Основной функцией гражданско-правовой ответственности является компенсационная функция, которая должна отражать соразмерность применяемых мер ответственности и вызванных правонарушением убытков. Преувеличение значения предупредительной функции по сравнению с основной функцией восстановления имущественного положения потерпевшей стороны, на наш взгляд, является недопустимым<sup>36</sup>.

Ст. 332 ГК РФ предусматривает право договаривающихся сторон на увеличение размера законной неустойки<sup>37</sup>. В то же время с целью предотвращения злоупотреблений участников оборота введена норма, предоставляющая суду право уменьшить неустойку, если она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства (ст. 333 ГК).

Таким образом, были рассмотрены основные особенности ответственности за нарушение договорных обязанностей в коммерческом обороте. Договорная ответственность за нарушение предпринимательского договора может наступать независимо от наличия вины и убытков. К основным особенностям договорной ответственности в сфере предпринимательства можно также отнести следующие:

---

<sup>34</sup> Такой же размер имущественной ответственности грузоотправителя установлен ст. 98 Устава Железнодорожного транспорта РФ.

<sup>35</sup> Гражданское право: учебник в 2 т. / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 1998. – Т. 1. – С. 454.

<sup>36</sup> Подробнее эта проблема исследуется в §3 настоящей главы.

<sup>37</sup> Для отдельных видов обязательств может быть установлен запрет таких соглашений.

отступление от принципа полного возмещения вреда по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности; установление предельного размера возмещения; введение института обязательного страхования ответственности предпринимателя, осуществляющего деятельность, связанную с повышенным риском.

На следующем этапе исследования будет проведен анализ сравнительной эффективности форм договорной ответственности.

Неустойка, возмещение убытков, уплата процентов за пользование чужими денежными средствами являются основными мерами борьбы с оппортунизмом экономических агентов. Как меры гражданско-правовой ответственности, они имеют много общего. Вместе с тем каждому из этих институтов присущи и свои особенности. Для субъектов коммерческого оборота важно, чтобы реализация определенной меры ответственности позволила им в минимальные сроки и с минимальными издержками восстановить нарушенное право. Однако применение той или иной меры ответственности за нарушение договорных обязательств с точки зрения экономической эффективности имеет определенные ограничения. Используемый в этой главе метод сравнительного анализа, на наш взгляд, поможет лучше понять специфику исследуемых правовых институтов и оценить их сравнительные преимущества и недостатки.

## **§2.2. Возмещение убытков, причиненных нарушением договора**

Возмещение убытков представляет собой универсальный способ защиты нарушенных гражданских прав. Необходимость обращения к данному средству защиты возникает при самых различных нарушениях гражданских прав, в том числе если убытки вызваны неисполнением или ненадлежащим исполнением должником обязательств, вытекающих из заключенного договора (п. 1 ст. 393 ГК РФ).

Согласно ст. 7.4.1 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, любое неисполнение дает потерпевшей стороне право на возмещение убытков либо исключительно, либо в сочетании с любыми другими средствами правовой защиты, кроме случаев, когда в соответствии с данными принципами ответственность не наступает. В соответствии со ст. 7.4.2 Принципов потерпевшая сторона имеет право на полную компенсацию ущерба, возникшего в результате

неисполнения. Такой ущерб включает любые понесенные стороной потери и всякую выгоду потерпевшей стороны, полученную ею в результате того, что она избежала расходов или ущерба<sup>38</sup>.

Принцип полного возмещения убытков закреплён и в российском гражданском законодательстве. В соответствии с п. 1 ст. 15 ГК лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере<sup>39</sup>. Прежде всего это означает, что по общему правилу возмещению подлежат обе части убытков – как реальный ущерб, так и упущенная выгода.

В то же время приходится признать, что осуществление права на возмещение убытков вызывает на практике множество проблем, которые должны решаться в процессе нормотворчества и правоприменения.

С точки зрения экономической теории реализация права на возмещение убытков, как правило, приводит к систематической недооценке издержек потерпевшей стороны. Во-первых, компенсация, назначенная судом, не учитывает субъективные оценки блага<sup>40</sup>. Во-вторых, оценка ущерба может оказаться чрезвычайно сложной. В-третьих, данный способ защиты гражданских прав изначально демонстрирует свою неэффективность в отношении благ (товаров), не доступных для покупателей на открытом рынке, а также в отношении благ, стоимость которых не имеет точного денежного выражения.

Однако основная проблема заключается не в объективных ограничениях применения данного института, а в сложности создания доказательственной базы для возмещения убытков. Громоздкость системы доказывания убытков в большинстве случаев заставляет предпринимателей отказываться от использования данной меры ответственности в качестве средства защиты своих прав.

<sup>38</sup> Принципы международных коммерческих договоров / пер. с англ. А.С. Комарова. – М., 1996. – С. 223–248.

<sup>39</sup> По отдельным видам обязательств и обязательствам, связанным с определенным видом деятельности (в частности, с перевозкой), законом может быть ограничено право на полное возмещение (ст.ст. 400, 796 ГК РФ). Так, в соответствии со ст. 796 ГК перевозчик отвечает за ущерб, причиненный утратой, недостачей или повреждением груза или багажа, только в размере стоимости утраченного или недостающего груза или багажа (при повреждении – в размере суммы, на которую понизилась их стоимость). Упущенная выгода возмещению не подлежит.

<sup>40</sup> Чем ограниченнее количество определенных материальных благ, тем выше будет их субъективная оценка.

Как свидетельствует российская арбитражная практика, из общего числа дел о неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств, ежегодно рассматриваемых арбитражными судами, доля споров о возмещении убытков не превышает 3,5%<sup>41</sup>. В случае нарушения договоров предприниматели отдают предпочтение таким видам ответственности, как проценты за неправомерное пользование денежными средствами по ст. 395 ГК РФ либо неустойка.

По справедливому замечанию В.С. Евтеева, это связано с широко распространенной уверенностью в бесперспективности дел об убытках в рамках судебного производства<sup>42</sup> и относительным удобством применения процентов и неустойки. При этом субъекты предпринимательской деятельности, как правило, смиряются с наличием невозмещаемых потерь от нарушения договоров<sup>43</sup>.

Отказ от применения возмещения убытков, равно как и малоэффективное использование данного института, негативно сказывается на имущественном положении участников оборота.

Вопросы формирования доказательственной базы для возмещения убытков не урегулированы в позитивном праве и мало исследованы в научной доктрине. В связи с этим представляется целесообразным проанализировать общие подходы и принципы, которые необходимо учитывать при решении вопросов по доказыванию и, в конечном счете, возмещению убытков в гражданском и арбитражном процессах.

В гражданском праве действует принцип достоверности ущерба. Нельзя не согласиться с С.Л. Дегтяревым в том, что свойство необходимости доказывания убытков является дополнительным признаком, позволяющим отграничить убытки в их правовом (юридическом) смысле от иных потерь, или убытков в экономическом смысле. Убытки, какими бы они ни были очевидными для всех окружающих, не смогут быть возмещены в принудительном порядке без выполнения действий по их доказыванию стороной по делу<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> На основании справок основных показателей работы арбитражных судов РФ в 2004–2007 гг.

<sup>42</sup> По данным областных (краевых) арбитражных судов из числа всех заявленных исков о возмещении убытков, удовлетворяется не более 55%. При этом одной из основных причин отказа в иске о возмещении убытков является недоказанность их размера.

<sup>43</sup> Евтеев В.С. Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности: магистр. дис. – М., 2001.

<sup>44</sup> Дегтярев С.Л. Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. – М., 2003. – С. 21–22.

Согласно п. 6 Письма ВАС РФ от 10 сентября 1993 г. № С-13/ОП276 для взыскания понесенных убытков в судебном порядке истец должен представить суду доказательства, подтверждающие:

- 1) нарушение ответчиком принятых по договору обязательств;
- 2) причинную связь между понесенными убытками и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств;
- 3) размер убытков, возникших у истца в связи с нарушением ответчиком своих обязательств.

Непредставление доказательств по любому из этих пунктов является безусловным основанием для отказа в удовлетворении требований лица, права которого нарушены. В свою очередь неисследованность в ходе судебных разбирательств вопроса о наличии либо отсутствии указанных обстоятельств служит основанием для отмены принятых судебных решений.

Процесс доказывания в суде наличия убытков, подтверждения их размера, обоснования причинно-следственных связей между нарушением обязательства и возникшими убытками сложен и сопряжен с представлением многочисленных документов и доказательств. При этом довольно часто суды отказывают в иске о возмещении убытков ввиду недостаточности доказательств.

В то же время обоснование, например, взаимозависимости между понесенными убытками и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств по предпринимательскому договору доказать достаточно сложно. Особые трудности у потерпевших вызывает доказывание причинно-следственных связей между нарушением обязательства и возникшими убытками в виде неполученной прибыли. Арбитражные суды требуют предоставления доказательств прямой связи между ними, в то время как убыточные последствия тех или иных действий могут проявиться через длительный промежуток времени.

По многим делам суды отказывают в возмещении либо всех убытков, либо отдельных видов, особенно упущенной выгоды ввиду недоказанности размера убытков. Представляется, что данная проблема должна решаться путем детального регулирования порядка и способов определения размера убытков и их доказывания.

Пункт 3 ст. 393 ГК РФ устанавливает элементарные правила исчисления убытков: «Если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, при определении убытков

принимаются во внимание цены, существовавшие в том месте, где обязательство должно было быть исполнено, в день добровольного удовлетворения должником требования кредитора, а если требование добровольно удовлетворено не было – в день предъявления иска. Исходя из обстоятельств, суд может удовлетворить требование о возмещении убытков, принимая во внимание цены, существующие в день вынесения решения».

Таким образом, основным механизмом, позволяющим определить размер убытков, является рыночная цена. Вполне обоснована «привязка» цены к месту и времени исполнения обязательства. Законодатель учел также возможность инфляции и изменения вследствие этого размера убытков. Более того, сторонам предоставлено право самим определить в договоре, какие цены берутся во внимание при расчете убытков в случае его нарушения<sup>45</sup>.

Однако необходимо отметить следующее. Установление размера (расчет) убытков на базе рыночной цены, безусловно, имеет важное преимущество в условиях рыночной экономики, поскольку, по справедливому замечанию А.С. Комарова, дает возможность быстро и достаточно точно определять в «ликвидной» (т.е. денежной) форме издержки коммерческой деятельности. Вместе с тем применение «абстрактного» способа расчета объективно не всегда является универсальным средством определения объема возмещения ущерба, поскольку не учитывает все разнообразие хозяйственной практики и особенности конкретных ситуаций.

По мнению ученого, при определении размера убытков на основании рыночной стоимости исключаются важные критерии стоимости вещи, а именно: расходы на ее производство или приобретение для того лица, которому она принадлежит, и цена, за которую он может продать эту вещь. Другими словами, это попытка установить (насколько практически допускает имеющийся «рынок»), за какую сумму продали бы товар, если он предложен покупателю без промедления с тем, чтобы получить за него справедливую цену<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Учитывая диспозитивный характер норм гражданского права, стороны могут определить в договоре не только то, «какие цены берутся во внимание при расчете убытков», но и возможный объем взаимной ответственности. Однако все это будет иметь значение только при добровольном возмещении виновной стороной возникших убытков. В случае возникновения судебного спора потерпевшему придется доказывать все элементы юридического состава убытков.

<sup>46</sup> Комаров А.С. Указ. соч. – С. 116–122.



Выбор того или иного способа определения размера убытков, по мнению американского судьи Кутера, зависит, во-первых, от характера и содержания договора, в частности, от того, является ли он потребительской сделкой или коммерческим договором, а во-вторых, от того, было ли неисполнение полным или частичным<sup>47</sup>.

Так, в отличие от определения размера убытков покупателя в результате несдачи товаров при отказе от договора на основе разницы между рыночной и договорной ценой (ст. 2–713 ЕТК), размер убытков покупателя при нарушении договора в отношении принятых товаров устанавливается исходя из разницы «стоимостей» фактически поставленного и предусмотренного договором товара (ст. 2–714 ЕТК)<sup>48</sup>.

К сожалению, Гражданский кодекс РФ не содержит норм (помимо положений об используемых ценах), детально регламентирующих порядок исчисления убытков. В определенной степени данный пробел восполняется судебной практикой. В частности, в совместном Постановлении Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса РФ» имеются некоторые разъяснения, направленные на определение объема подлежащих возмещению убытков при нарушении обязательств. В соответствии с п. 10 рассматриваемого Постановления при разрешении споров, связанных с возмещением убытков, причиненных гражданам и юридическим лицам нарушением их прав, необходимо иметь в виду, что в состав реального ущерба входят не только фактически понесенные соответствующим лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права. Необходимость таких расходов и их предполагаемый размер должны быть подтверждены обоснованным расчетом, доказательствами, в качестве которых могут быть представлены смета (калькуляция) затрат на устранение недостатков товаров, работ, услуг, договор, определяющий размер ответственности за нарушение обязательств, и т.п.<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Комаров А.С. Указ. соч. – С. 115.

<sup>48</sup> Единообразный торговый кодекс США / пер. с англ. // Современное зарубежное и международное частное право. – М., 1996.

<sup>49</sup> Однако стоит отметить, что указанные доказательства могут быть признаны недостаточными или односторонними. См., например: Постановление ФАС Поволжского округа от 02.04.2008 по делу № А65-24437/2007; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 15.04.2008 № Ф08-932/2008 по делу № А32-13949/2007-64/390.

В п. 49 Постановления применительно к спорам, связанным с неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств, разъясняется, что, если нарушенное право может быть восстановлено кредитором в натуре путем приобретения определенных вещей (товаров) или выполнения работ (оказания услуг), стоимость соответствующих вещей (товаров), работ или услуг должна определяться по правилам п. 3 ст. 393 ГК и в случаях, когда на момент предъявления иска или вынесения решения фактические затраты кредитором еще не произведены.

Как уже было отмечено, особые трудности у кредитора вызывают исчисление и подтверждение упущенной выгоды. ГК РФ по сути оставляет эти вопросы нерешенными. В п. 2 ст. 15 определен минимальный предел размера упущенной выгоды в случае, когда должник, нарушивший обязательство, получил вследствие этого доходы. В подобных ситуациях размер упущенной выгоды не может быть меньше, чем доходы, полученные нарушителем.

Пункт 4 ст. 393 ГК указывает на то, что при определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления.

В п. 11 совместного постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 арбитражным судам и судам общей юрисдикции предложено определять размер упущенной выгоды с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести, если бы обязательство было исполнено. В частности, по требованию о возмещении убытков в виде неполученного дохода, причиненных недопоставкой сырья или комплектующих изделий, размер такого дохода должен определяться исходя из цены реализации готовых товаров, предусмотренной договорами с покупателями этих товаров, за вычетом стоимости недопоставленного сырья или комплектующих изделий, транспортно-заготовительных расходов и других затрат, связанных с производством готовых товаров.

По мнению Н.Д. Егорова, при определении размера упущенной выгоды также должны учитываться только точные данные, которые бесспорно подтверждают реальную возможность получения денежных сумм или иного имущества, если бы обязательство было исполнено должником надлежащим образом. Ничем не подтвержденные расчеты кредитора о предполагаемых доходах не должны приниматься во внимание<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Гражданское право: в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М., 2003. – Т. 1. – С. 649.

Судебная арбитражная статистика свидетельствует о том, что такой подход к оценке обоснования расчетов упущенной выгоды сводит на нет возможность ее взыскания с нарушителя договора. В связи с этим интересен подход германского законодателя к решению проблемы установления упущенной выгоды. Положение, предусмотренное §252 ГГУ, применяется не столько как критерий, ограничивающий размер возмещаемых убытков, сколько как правило, возлагающее бремя доказывания на потерпевшую сторону. Абсолютной определенности в получении упущенной выгоды не требуется: вполне достаточно вероятности ее наступления<sup>51</sup>.

С.С. Занковский в качестве метода определения размера упущенной выгоды предлагает конструкцию утраченного среднего дохода. По его мнению, можно рассчитать средний уровень дохода по определенному виду договора, что освободит потерпевшую сторону от необходимости доказывания упущенной выгоды<sup>52</sup>. Представляется, что применение данного метода возможно для ограниченного круга договоров. Прежде всего в тех случаях, когда одна из сторон использует стандартные условия при заключении договора. Кроме того, и нарушения договора, и последствия таких нарушений должны носить типичный характер. Сам автор в качестве примера приводит договор банковского кредита, что представляется вполне логичным.

В подавляющем же большинстве случаев рассчитать средний уровень дохода по определенному договору не представляется возможным. Для этого большинства будет действовать правило, сформулированное во Временной методике определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров: «убытки определяются исходя из характера последствий нарушения договорного обязательства <...>. Одно и то же нарушение (например, недопоставка) может вызвать различные последствия (уменьшение объема производства, снижение качества продукции и др.), равно как различные нарушения (недопоставка, поставка некомплектной продукции или продукции ненадлежащего качества и др.) могут вызвать одно и то же последствие. Например, при уменьшении объема производства убытки рассчитываются одинаково,

---

<sup>51</sup> Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / пер. с нем. – М., 2001.

<sup>52</sup> Занковский С.С. Предпринимательские договоры в России. Проблемы теории и законодательства: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2004.

независимо от того, какое нарушение явилось причиной уменьшения объема производства»<sup>53</sup>.

В то же время стороны могут сами рассчитать средний уровень дохода по договору и установить твердую сумму подлежащих возмещению убытков. Кроме того, прогнозируя последствия нарушения соглашения, стороны могут предусмотреть в договоре порядок определения убытков. Однако, как уже отмечалось, все это будет иметь смысл только при добровольном возмещении виновной стороной возникших убытков. В случае возникновения судебного спора потерпевшему придется представить суду надлежащие доказательства, подтверждающие произведенный расчет.

И законодательство РФ, и «разъяснения Высшего Арбитражного Суда РФ оставляют открытым один вопрос: как должен поступить суд в ситуации, когда факт нарушения должником обязательства и вследствие этого причинения кредитору убытков не вызывает сомнения, но размер убытков, требование о взыскании которых предъявлено кредитором, не подтвержден надлежащими доказательствами? Ответ на этот вопрос (на первый взгляд) представляется однозначным: коль бремя доказывания размера причиненных убытков возложено на кредитора, отсутствие надлежащих доказательств, подтверждающих объем заявленных требований, является основанием к отказу в иске. Вместе с тем представляется, что такой ответ на вопрос о судьбе требований о возмещении убытков, не доказанных по размеру, слишком упрощает ситуацию и не учитывает всего многообразия вариантов, возникающих на практике»<sup>54</sup>.

В связи с этим заслуживают внимания рассуждения Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения: для истца доказать в точных цифрах размер убытков представляется в большинстве случаев невозможным, и суды, несмотря на доказанность самого права на вознаграждение, на несомненное существование убытков, отказывают в иске лишь по недоказанности точной цифры убытков. Подобная несправедливость в отношении лиц, потерпевших убытки, равняющаяся в сущности отказу им в правосудии, должна быть

---

<sup>53</sup> Временная методика определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров (приложение к Письму Госарбитража СССР от 28.12.1990 № С-12/НА-225) // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. – № 8. – 1991.

<sup>54</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – М., 2001.

устранена предоставлением суду права определять размер убытков по своему усмотрению. Разумеется, усмотрение суда не должно быть произвольным: суд обязан установить размер убытков по соображениям всех обстоятельств дела<sup>55</sup>.

Данные рассуждения послужили основанием для включения в книгу V «Обязательственное право» проекта Гражданского Уложения нормы следующего содержания: «Если установление размера вознаграждения за убытки... по свойству требования не может быть подчинено общему правилу о подтверждении иска доказательствами, то вознаграждение может быть назначено судом по справедливому усмотрению, основанному на соображении всех обстоятельств дела» (ст. 1657).

Зарубежное законодательство и международное частное право, исповедуя принцип достоверности убытков, проявляют при этом определенную лояльность к потерпевшему.

Общие принципы американской доктрины убытков приводит в своей работе А.С. Комаров: «а) если факт ущерба достоверно доказан, его объем и сумма могут быть предметом разумного предположения; б) трудность установления размера ущерба не является препятствием к его возмещению; в) математическая точность в установлении конкретной суммы ущерба не требуется; г) если самое убедительное свидетельство (best evidence), которое позволяет ситуация, представлено, это является достаточным; д) истец может компенсировать “стоимость” своего договора, которая определена ожидаемыми прибылями (expected profits); е) “прибыли”, если их потерю нельзя возместить, могут все-таки иногда рассматриваться как доказательство ущерба»<sup>56</sup>.

Особенность французского права в вопросе о размере возмещаемых убытков заключается в том, что его решение полностью лежит в сфере усмотрения суда.

Согласно ст. 7.4.3 (п. 3) Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, «если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда». В официальном комментарии указывается, что возможен ущерб, существование которого

---

<sup>55</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 648.

<sup>56</sup> Комаров А.С. Указ. соч. – С. 131.

не подлежит сомнению, но его трудно установить в количественном отношении. Поэтому, если сумма убытков не может быть установлена с достаточной степенью достоверности (определенности), «суд, вместо того чтобы отказать в возмещении или присудить возмещение номинальных убытков, вправе определить справедливый размер понесенного ущерба».

По справедливому замечанию М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, отсутствие такой нормы в российском гражданском законодательстве не препятствует изменению арбитражно-судебной практики.

Безусловный интерес в рамках настоящего исследования представляет принцип непредотвратимости убытков. Следуя этому принципу, потерпевшая сторона должна предпринять меры к предотвращению убытков. Она имеет право на возмещение только тех убытков, которые не смогла бы предотвратить разумными действиями.

Данный принцип нашел свое отражение в ст. 77 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи. «Сторона, ссылающаяся на нарушение договора, должна принять меры, которые являются разумными при данных обстоятельствах, для уменьшения ущерба, возникшего вследствие нарушения договора. Если она не предпримет таких мер, то нарушившая договор сторона может требовать сокращения возмещаемых убытков на сумму, на которую они могут быть уменьшены»<sup>57</sup>.

О необходимости принятия потерпевшим мер к предотвращению или уменьшению убытков указано и в §254 Германского гражданского уложения.

Меры, которые может предпринять потерпевшая сторона, зависят от конкретных обстоятельств. В предпринимательской практике наиболее распространенным способом уменьшения убытков является совершение заменяющей сделки. Так, например, согласно ст. 2-704 ЕТК США, в случае необоснованного отказа покупателя от заключенного договора купли-продажи продавец может продать имеющиеся товары, предназначенные покупателю, другому лицу и прекратить дальнейшее их производство либо, придя к разумному с коммерческой точки зрения решению, в целях избежания убытков и для эффективной реализации завершить изготовление и реализовать товары.

---

<sup>57</sup> Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий. – М., 1994.

Если потерпевшая сторона не совершила заменяющую сделку в разумный срок и рыночная ситуация изменилась не в ее пользу, она не вправе требовать компенсации ущерба, ставшего результатом изменения рыночной конъюнктуры<sup>58</sup>.

В некоторых случаях могут быть оправданными действия покупателя по самостоятельному исправлению дефектов товара, неустранение которых при определенных условиях может вызвать дополнительный ущерб.

Экономическая оправданность принципа непредотвратимости не вызывает сомнения. Причины неисполнения (ненадлежащего исполнения) договорных обязательств могут быть различными, пассивная позиция кредитора зачастую способствует увеличению убытков. Правовые нормы должны стимулировать потерпевшую сторону принимать разумные меры к уменьшению неблагоприятных последствий нарушения договора посредством использования рыночных альтернатив. Ограничение ответственности должника вследствие неприятия кредитором мер по уменьшению ущерба направлено на разделение предпринимательских рисков между ними.

Следует отметить, что по законодательству РФ совершение заменяющей сделки – право, но не обязанность потерпевшей стороны (ст. 397 ГК). В определенной мере принципу непредотвратимости (уменьшение потерпевшим своими разумными действиями возникших в связи с нарушением договора убытков) соответствует положение ст. 404 ГК, предусматривающее возможность суда уменьшить размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением договора, либо не принял разумных мер к их уменьшению.

Анализ арбитражной судебной практики показывает, что суды уменьшают размер взыскиваемых убытков в соответствии со ст. 404 ГК лишь в случае, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению их размера. Возможность принятия кредитором разумных мер к уменьшению ущерба суды, как правило, не исследуют.

---

<sup>58</sup> Комаров А.С. Указ. соч. – С. 137.

С большой долей уверенности можно предположить, что выбор кредитора между необходимостью доказывания факта наличия убытков, документального подтверждения их размера, обоснования причинной связи между понесенными убытками и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств и необходимостью предпринять разумные меры к уменьшению ущерба будет сделан в пользу последнего.

### ***Оценка сравнительной эффективности института возмещения убытков***

Возмещение убытков представляет собой универсальный способ защиты нарушенных гражданских прав. У потерпевшей стороны всегда есть возможность требовать от нарушителя возмещения причиненного вреда. Необходимость обращаться к данному средству защиты своих прав возникает при самых различных нарушениях гражданских прав.

Суть института возмещения убытков заключается в том, что в результате их взыскания имущество кредитора должно оказаться в таком положении, в каком оно могло находиться в случае, если бы должник исполнил обязательство надлежащим образом.

В то же время с точки зрения экономического анализа применение в качестве меры гражданско-правовой ответственности возмещения убытков, как правило, приводит к систематической недооценке издержек потерпевшей стороны. Во-первых, компенсация не учитывает субъективные оценки блага. Во-вторых, оценка ущерба может оказаться чрезвычайно сложной. Данная мера ответственности демонстрирует свою неэффективность в отношении благ (товаров), не доступных для покупателей на открытом рынке, а также в отношении благ, стоимость которых не имеет точного денежного выражения.

Строгое следование принципу достоверности ущерба усугубляет обозначенную проблему и приводит к снижению экономической эффективности рыночных трансакций как для общества в целом (поскольку основной акцент сделан не на создание новой стоимости, а на перераспределение уже созданной), так и для самих предпринимателей (поскольку в большинстве случаев заставляет отказываться от использования данной меры ответственности в качестве средства защиты своих прав).



Напротив, применение принципа непредотвратимости, стимулирующего кредитора сделать все возможное для уменьшения неблагоприятных последствий нарушения договора, является экономически обоснованным и целесообразным. Ограничение ответственности должника вследствие непринятия кредитором мер по уменьшению ущерба направлено на разделение предпринимательских рисков между ними.

Таким образом, ГК РФ содержит серьезные просчеты в регулировании порядка и способов определения размера убытков и их доказывания. В результате ни потерпевшая сторона, ни впоследствии суд не могут понять основания и порядок их исчисления.

Существующие официальные и неофициальные методики в определенной степени помогают потерпевшей стороне рассчитать убытки, но не решают проблему их доказывания. В то же время российская арбитражная практика сложилась таким образом, что суды требуют бесспорных доказательств каждого элемента убытков. Суды отказывают в иске о возмещении убытков даже в том случае, если факт нарушения должником обязательства и вследствие этого причинения кредитору убытков не вызывает сомнения, но размер убытков, требование о взыскании которых предъявлено кредитором, не подтвержден надлежащими доказательствами.

Представляется, что такой подход и является основной причиной как низкой активности пострадавших, так и низкой удовлетворяемости исковых требований о возмещении убытков.

Между тем и зарубежные правовые порядки, и международное частное право следуют правилу: «если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда». В российском гражданском законодательстве явно не хватает такой нормы.

### **§2.3. Проблемы применения неустойки в договорных обязательствах**

Неустойка – это денежная сумма, определенная законом или договором, которую должник должен уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения им договорного обязательства (п. 1 ст. 330).

Будучи денежной суммой, неустойка может быть установлена в форме штрафа (определена в твердой денежной сумме) или в форме пени (определена в процентном отношении к неисполненной части обязательства, как правило, за каждый день просрочки).

При взыскании неустойки потерпевшая сторона доказывает только факт нарушения договора контрагентом. Не требуется доказывать и обосновывать размер понесенных ею убытков, а также причинную связь между их возникновением и действиями нарушителя договорных обязательств. Это облегчает взыскание неустойки и делает ее наиболее распространенной мерой договорной ответственности.

Поскольку неустойка может быть взыскана до фактического исполнения обязательства, она является оперативным средством воздействия на нарушителя договорных обязательств.

Вместе с тем применение неустойки в качестве меры ответственности всегда порождало дискуссии как в научной литературе, так и на практике.

### *Теории неустойки*

В юридической литературе не раз поднимался, но так до сих пор не разрешен вопрос о том, носит ли неустойка штрафной либо компенсационный характер. Решение обозначенной дилеммы связано с анализом двух теорий неустойки – оценочной и штрафной.

Оценочная теория неустойки основывается на идее о том, что неустойка – это заранее обусловленная оценка возможных в будущем убытков.

Как видно из §340 Германского гражданского уложения, германское право понимает договорную неустойку как заранее определенные сторонами возможные убытки от неисполнения заключенного между ними обязательства. При этом, согласно положениям §340 ГГУ, неустойка определяется как минимальная сумма возмещения убытков.

Французская доктрина также рассматривает неустойку как договорное определение убытков. Согласно Французскому гражданскому кодексу, неустойка – условие договора, по которому должник в целях обеспечения исполнения своего обязательства обязывает себя совершить что-то в пользу кредитора в случае нарушения договора (ст. 1226 ФГК). По терминологии французского законодателя, условие о неустойке носит характер особого способа компенсации убытков (ст. 1229 ФГК).

В доктрине стран общего права неустойка допускается только в виде заранее оцененных убытков, а неустойка, имеющая характер штрафа, никогда не может быть взыскана в силу действия принципа компенсационной направленности гражданско-правовых средств защиты<sup>59</sup>.

Вместе с тем в российской правовой доктрине ведущие позиции занимает штрафная теория неустойки. Согласно выводам данной теории, обеспечительная, стимулирующая роль неустойки проявляется в реальной возможности наступления повышенной имущественной ответственности (взыскание неустойки сверх убытков) для нарушителя договорных обязательств.

Полемика о природе неустойки велась еще в дореволюционной России. Так, Г.Ф. Шершеневич, исследуя природу неустойки, указывал на то, что она имеет двоякое значение, являясь не только средством обеспечения обязательства, но и способом определения размера вознаграждения за отступление от обязательств. «Неустойка, – писал ученый, – имеет в виду или 1) побудить должника к исполнению под страхом невыгодных последствий (штраф за неисправность), или 2) установить заранее размер причиненного неисполнением ущерба, особенно когда доказывание величины его представляется затруднительным (возмещение ущерба)»<sup>60</sup>.

С мнением Г. Шершеневича не соглашался К. Анненков: «Найти, однако же, в нашем законе какие-либо указания на то, чтобы наш закон присваивал неустойке это последнее значение, нельзя, вследствие чего и указание Шершеневича на двоякое значение неустойки у нас представляется совершенно не соответствующим определению ее значения нашим законом»<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Критерии, которыми руководствуются английские судьи, наиболее отчетливо отражены в ключевом в отношении интересующей нас проблемы решении по делу *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd* (1915). В нем судья сформулировал ряд правил, позволяющих четко квалифицировать конкретное договорное условие в качестве неустойки в чистом виде или в ЗОУ (заранее оцененных убытках). См. подробно: Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. – М.: Статут, 2005. – С. 17–27.

<sup>60</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: в 3 т. – М.: Статут, 2003. – Т. 1: Введение. Торговая деятельность. – С. 293.

<sup>61</sup> Цит. по: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. первая: Общие положения. – 3-е изд., стер. – М.: «Статут», 2001. – С. 490.

Научные дискуссии касательно значения неустойки в хозяйственном обороте не прекращались и в советское время. Так, К.А. Граве полагал, что любая неустойка, кроме штрафной, носит оценочный характер, будучи способом предварительного подсчета возможных при неисполнении договора убытков, освобождающих от сложной обязанности доказывания их размера в будущем. Значение неустойки К.А. Граве видел в том, что она «обеспечивает возмещение интереса кредитора, фиксируя наперед размер этого интереса, т.е. размер возможных убытков для кредитора от неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства»<sup>62</sup>.

В то же время В.К. Райхер указывал на то, что заранее производимая оценка будущих убытков – чистейшая фикция: если убытки трудно определить даже после нарушения обязательства, то определить их в момент заключения договора просто невозможно<sup>63</sup>.

К сожалению, в настоящее время правовая доктрина не уделяет должного внимания оценочной теории неустойки, что приводит к серьезным проблемам на практике.

В преддверии анализа данных проблем целесообразно исследовать основные принципы соотношения требований об исполнении обязательства и о взыскании неустойки, а также соотношения неустойки с убытками.

### ***Соотношение требований об исполнении обязательства в натуре и о взыскании неустойки***

Правила соотношения требований об исполнении обязательства в натуре и о взыскании неустойки определены ст. 396 ГК РФ. Согласно п. 1 ст. 396 ГК, уплата неустойки и возмещение убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательства не освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено законом или договором. В то же время возмещение убытков в случае неисполнения обязательства и уплата неустойки за его неисполнение, по общему правилу, освобождают должника от исполнения обязательства в натуре (п. 2 ст. 396 ГК).

---

<sup>62</sup> Граве К.А. Договорная неустойка в советском праве. – М., 1950. – С. 15.

<sup>63</sup> Цит. по: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 667.

Представляется, что данная норма направлена прежде всего на защиту долгосрочных договоров, поскольку нарушение длительно действующих обязательств, как правило, принимает форму не полного отказа от их исполнения, а ненадлежащего исполнения. При этом реальное исполнение может быть как в интересах кредитора, так и в интересах должника<sup>64</sup>.

Законодатель установил различные последствия нарушения договора в зависимости от того, является оно неисполнением или ненадлежащим исполнением. Вместе с тем ненадлежащим исполнением может быть как просрочка исполнения, так и дефектное исполнение. Ст. 396 ГК оставляет данное деление без внимания, что позволяет сделать вывод о том, что оба нарушения влекут одинаковые правовые последствия.

Между тем данный вопрос решается законодателями разных стран неоднозначно. В ч. 2 ст. 1229 ФГК, а также в §341 ГГУ указано на то, что, если неустойка была установлена сторонами на случай просрочки исполнения обязательства, кредитор, взыскивающий неустойку, сохраняет за собой право требовать исполнения обязательства в натуре.

Действительно, начисление неустойки за просрочку само по себе направлено на косвенное принуждение должника к исполнению обязательства в натуре и подразумевает, что кредитор сохраняет заинтересованность в реальном исполнении и право его потребовать через суд.

Что касается вопроса о влиянии неустойки за дефектное исполнение на возможность требовать исполнения в натуре, то французский законодатель во всех случаях взыскания неустойки за ненадлежащее исполнение обязательств (кроме просрочки) исключает требование реального исполнения (ст. 1229 ФГК), так как презюмирует, что неустойка за ненадлежащее исполнение с точки зрения обеспечиваемого ею результата нарушения носит характер восполнительной санкции.

---

<sup>64</sup> Так, например, подрядчиком разработана компьютерная программа, при установке которой произошли серьезные сбои. Налицо ненадлежащее исполнение договорных обязательств. Заказчик в этом случае может отказаться от договора либо потребовать безвозмездного устранения недостатков, а может отказаться от предложенной программы, не отказываясь от всего договора в целом, и требовать замены программного продукта. Если, к тому же, предположить, что разработка программы заняла достаточно длительное время, то вряд ли отказ от договора будет в интересах подрядчика.

Германский законодатель установил, что взыскание неустойки в случае ненадлежащего исполнения (включая просрочку) не прекращает обязательство. На первый взгляд, российский законодатель занял такую же позицию. В то же время, согласно п. 3 §341 ГГУ, если кредитор все же принял дефектное исполнение, он сохраняет за собой право требовать прописанную в договоре неустойку при условии, что при принятии дефектного исполнения он специальным образом оговорил такое право.

Ст. 396 ГК РФ не делает никаких изъятий из права кредитора наряду со взысканием неустойки за ненадлежащее исполнение требовать исполнения обязательства в натуре<sup>65</sup>. В таком подходе есть определенный смысл.

Принятие кредитором дефектного исполнения отнюдь не означает, что он намерен мириться с недостатками исполнения. Так, в соответствии со ст. 475 ГК при поставке товара ненадлежащего качества покупатель может принять исполнение, но потребовать соразмерного уменьшения покупной цены либо возмещения своих расходов на устранение недостатков<sup>66</sup>. То есть кредитор, приняв исполнение, имеет право взыскать восполнительные убытки.

Неустойка в определенной степени выступает альтернативой институту возмещения убытков, поэтому принятие дефектного исполнения вполне совместимо с требованием уплаты неустойки. Однако в этом случае должны применяться правила соотношений неустойки с убытками.

### ***Соотношение неустойки с убытками***

Особенность неустойки заключается в том, что она одновременно является мерой ответственности и способом обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств (ст. 329, 394 ГК РФ).

Обеспечительная функция неустойки особенно четко проявляется в праве кредитора требовать уплаты обусловленной договором неустойки, не доказывая ни само существование убытков (т.е. их может и не быть), ни их размер. Должник не может отказываться от уплаты неустойки, ссылаясь на отсутствие у кредитора убытков. Таким образом, неустойка

---

<sup>65</sup> Вместе с тем в п. 3 ст. 396 исключительная неустойка признана разновидностью отступного, вследствие чего ее уплата освобождает должника от исполнения обязательства в натуре.

<sup>66</sup> Аналогичную норму содержит п. 1 ст. 737 ГК РФ.

освобождает кредитора от необходимости точно исчислять и доказывать не только размер убытков, но и их наличие. Таковы общие принципы соотношения убытков и неустойки, они характерны для любой правовой системы, предусматривающей данную меру ответственности.

Вместе с тем в российском праве институт неустойки имеет определенные особенности. Правила соотношения убытков и неустойки определены ст. 394 ГК РФ. В зависимости от соотношения со взыскиваемыми убытками различают зачетные, штрафные, исключительные и альтернативные неустойки. Любая из них может быть предусмотрена как законом, так и договором.

Общим правилом является зачетная неустойка, которая зачитывается в сумму убытков. В случае если зачетная неустойка не покрыла убытки кредитора, он получает возможность довыскать убытки в части, не покрытой неустойкой (п. 1 ст. 394)<sup>67</sup>.

Применение альтернативной неустойки дает кредитору возможность выбора между взысканием с должника убытков либо неустойки.

При взыскании исключительной неустойки право кредитора на взыскание убытков исключается.

Применение исключительной неустойки обусловлено двумя причинами: спецификой деятельности<sup>68</sup>, а также тем фактом, что при нарушении отдельных обязательств размер убытков может быть оценен заранее и заложен в сумму исключительной неустойки.

П. 1 ст. 394 предусматривает также возможность взыскания убытков в полной сумме сверх неустойки (штрафная неустойка). Штрафная неустойка может быть предусмотрена законом<sup>69</sup> или оговорена в условиях заключаемого сторонами договора.

Штрафная неустойка, по утверждению Н.Ю. Рассказовой, рассматривается как исключение из общего правила о том, что ответственность в гражданском праве носит компенсационный характер, поскольку кредитор при ее взыскании получит больше, чем потерял<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> В §340 ГГУ содержится аналогичная норма, согласно которой кредитор вправе предъявить в суд требование о возмещении убытков «в сумме, превышающей размер неустойки».

<sup>68</sup> В виде исключительной неустойки, например, применяется большинство штрафов, установленных транспортными уставами и кодексами (за задержку транспортных средств под погрузкой и выгрузкой, за просрочку доставки грузов и др.).

<sup>69</sup> См., например: ст. 622 ГК; п. 2 ст. 13 Закона РФ «О защите прав потребителей»; ст. 120 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ; ст. 98 Устава железнодорожного транспорта РФ.

<sup>70</sup> Гражданское право / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2003. – Т. 1. – С. 692.

Вместе с тем в теории вопрос о необходимости применения в гражданском обороте штрафных неустоек является дискуссионным.

Анализ положений транспортного законодательства позволяет сделать следующие выводы. Штрафная неустойка предусматривается за действия, препятствующие нормальному осуществлению перевозочного процесса, а именно: за задержку вагонов, контейнеров, принадлежащих транспортной организации, простой перевозочных средств, превышение грузоподъемности (перегруз) транспортных средств и т.п.

Кроме того, штрафная неустойка предусмотрена за действия (бездействие) клиентов транспортной организации, затрудняющие, а в некоторых случаях делающие невозможным надлежащее исполнение договора. Например, неправильное указание в транспортной накладной наименования груза, пункта назначения, свойств груза и т.п.

Очевидно, что в рассмотренных случаях применение штрафной неустойки нацелено на предупреждение определенных нарушений в сфере транспортных услуг.

Ранее уже было указано на то, что неустойка является и способом обеспечения исполнения обязательств, и формой гражданско-правовой ответственности. При применении неустойки в качестве способа обеспечения исполнения обязательства ее основной целью является предотвращение определенных нарушений. Таким образом, она выполняет превентивную функцию.

В то же время применение неустойки в качестве меры ответственности неизбежно приводит к проблеме ее соотношения с убытками. Как мера гражданско-правовой ответственности она должна быть направлена на восстановление имущественной сферы потерпевшего. И ее размер, на наш взгляд, не должен превышать сумму убытков. То есть существующие в настоящее время штрафные неустойки должны быть признаны зачетными, как это сделано в ст. 120 Устава железнодорожного транспорта РФ: «Право на предъявление к перевозчику претензии, связанной с осуществлением перевозок груза, грузобагажа, или иска имеют <...> грузополучатель или грузоотправитель в случае взыскания штрафа и возмещения убытков, понесенных вследствие повреждения перевозчиком вагонов, контейнеров или их узлов и деталей, принадлежащих грузоотправителям, грузополучателям, иным юридическим или физическим лицам либо арендованных ими. К претензии должны быть приложены акт общей формы и другие



документы, подтверждающие факт и размер повреждения перевозчиком указанных вагонов, контейнеров или их узлов и деталей, а также расчет убытков, понесенных владельцами вагонов, контейнеров вследствие их повреждения, в части, не покрытой штрафом».

### ***Проблема определения размера неустойки***

С принятием Гражданского кодекса предприниматели получили возможность самостоятельно определять размер договорной неустойки, а также порядок ее исчисления. В современном российском законодательстве отсутствуют какие-либо законодательные ограничения размера договорной неустойки. Таким ограничением на практике служит лишь явная несоразмерность начисленной неустойки последствиям нарушения. Так, согласно ст. 333 ГК РФ, если неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения, допущенного должником, суд имеет право уменьшить ее размер.

До введения в действие ГК РФ в силу действия законных неустоек хозяйствующие субъекты не сталкивались с проблемой исчисления размера неустоек. И по большому счету оказались не готовы к предоставленной возможности по своему усмотрению определять размер неустойки и условия ее соотношения с убытками.

М.И. Брагинский и В.В. Витрянский указывают на то, что в огромном числе договоров устанавливаются неустойки, во много раз превышающие все разумные пределы<sup>71</sup>. Согласно исследованию, проведенному В. Вятчиным, стороны часто устанавливают в договоре неустойки в больших размерах, а также по одному договору применяют несколько последовательных неустоек, составляющих к моменту вынесения судебного решения в совокупности от 100 до 2 000 и более процентов от суммы основного обязательства<sup>72</sup>. Арбитражная судебная практика подтверждает данный вывод<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 673.

<sup>72</sup> Вятчин В.А. О некоторых проблемах и роли неустойки в условиях свободы договора // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. – 2002. – № 3. – С. 102.

<sup>73</sup> В договорах устанавливается пеня в размере от 1 до 5% от всей суммы договора за каждый день просрочки. Предел роста санкции договором, как правило, не предусматривается. В результате размер неустойки даже за непродолжительный период просрочки превышает сумму неисполненного обязательства в несколько раз. См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 18.01.2000 № 2022/97; Постановление ФАС ЗСО от 16.08.1999 № Ф04/1638-430/А03-99; Постановление Арбитражного суда Пермской области от 16.07.2001 № А50-4376/2001-Г-2.

Авторы постатейного комментария к ГК РФ концептуально обобщили некоторую практику применения правил о признании неустойки, «явно несоразмерной» последствиям нарушения обязательства. Так, они указывают, что ВАС РФ счел необходимым применить указанные правила, например, в деле, в котором сторона должна была получать по договору 30 млн руб., а размер истребуемой с нее неустойки составил 1 млрд руб.<sup>74</sup> В другом деле истец, не предоставивший какие бы то ни было доказательства причинения ему убытков невозвратом тары, требовал неустойку в размере 1 млрд 360 млн руб.<sup>75</sup> Еще в одном деле размер неустойки в полтора раза превысил понесенные стороной убытки<sup>76</sup>.

В зарубежных аналогах внешнеторговых контрактов предусматривается неустойка в размере 0,5% от суммы задолженности за каждый день просрочки, но не более 20% от суммы договора<sup>77</sup>.

В. Вятчин в качестве меры борьбы с чрезмерными неустойками предлагает признавать соглашения о кабальной неустойке недействительными (ничтожными) без ущерба для исполнения основного обязательства<sup>78</sup>.

В юридической литературе также высказывается мнение о том, что применение штрафных неустоек в договорах между субъектами предпринимательской деятельности должно быть ограничено установленным законом пределом. Одновременно с этим необходимо исключить применение ст. 333 ГК по отношению к договорам в сфере предпринимательской деятельности.

На наш взгляд, решению данной проблемы в определенной степени может способствовать разработка методики определения размера договорной неустойки.

Большой интерес в связи с этим представляет исследование имущественных санкций, применяемых в хозяйственной сфере, проведенное в свое время О.С. Иоффе. Прежде всего ученый исследовал практическую целесообразность установления неустойки либо в форме пени, либо в форме штрафа.

Согласно его выводам, такая форма ответственности, как пеня, должна применяться для сравнительно небольшого числа нарушений,

<sup>74</sup> Вестник ВАС РФ. – 1997. – № 4. – С. 47.

<sup>75</sup> Вестник ВАС РФ. – 1997. – № 2. – С. 59.

<sup>76</sup> Вестник ВАС РФ. – 1996. – № 2. – С. 84.

<sup>77</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 673.

<sup>78</sup> Вятчин В.А. Указ. соч. – С. 103.

прежде всего за просрочку платежа. Данная мера может применяться и за другие нарушения, в том числе за просрочку поставки, просрочку в исправлении конструктивных недостатков поставленного товара и т.п. Вместе с тем ученый обоснованно указывал на то, что, поскольку пеня предполагает нарастание силы санкции в зависимости от длительности (допущенной просрочки), ее применение может отрицательно сказаться на финансовом положении неисправного контрагента. Это обстоятельство диктует необходимость регулирования размера неустойки. В частности, за просрочку платежа – 0,03% от суммы просроченного платежа за каждый день просрочки, за другие нарушения – от 1 до 5% от стоимости нарушенного обязательства.

Штрафы могут определяться в виде сравнительно небольшого процента от цены нарушенного обязательства (если же процент значителен, предусматривается максимальный предел ответственности), а могут определяться и в твердой сумме.

Определенный интерес представляют также подходы к определению размера законных неустоек, действующих в период 1988–1994 гг.<sup>79</sup> Форма и размер взыскиваемой неустойки в это время зависели от вида договора (поставка, подряд, перевозка); вида нарушения договора (по договору поставки: просрочка поставки, ненадлежащее качество поставленного товара, несвоевременная оплата; по договору перевозки: утрата груза, недостача груза, повреждение груза).

Более того, по договорам поставки размер неустойки зависел от вида поставляемого товара (товары производственно-технического назначения, народного потребления).

Представляется возможным в определенной мере принять данный подход при разработке методики расчета договорных неустоек.

### ***Уменьшение неустойки согласно ст. 333 ГК РФ***

Как уже отмечалось, согласно ст. 333 ГК РФ, если неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения, допущенного должником, суд имеет право уменьшить ее размер. Это правило применимо ко всем видам неустойки.

---

<sup>79</sup> Постановление Совета Министров СССР от 25.07.1988 № 888 «Об утверждении положения о поставках продукции производственно-технического назначения, Положения о поставках товаров народного потребления и основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций»; Постановление Совета Министров СССР от 30.07.1988 № 929 «Об упорядочении системы экономических (имущественных) санкций, применяемых к предприятиям, объединениям и организациям».

Вопрос о целесообразности правила о снижении неустойки является в литературе дискуссионным. Более того, конституционность положений ст. 333 ГК РФ неоднократно оспаривалась в Конституционном суде<sup>80</sup>.

Представляется, что данное правило прежде всего направлено на защиту экономически слабой стороны в сделке. «В английском языке для такого случая существует специальный термин *bargaining power*, который характеризует силы и возможности сторон при заключении договора. Одна сторона может иметь высокий уровень *bargaining power* в силу монополистического положения на рынке, большого количества потенциальных контрагентов, огромных финансовых возможностей, неограниченности во времени ведения переговоров, а другая сторона – низкий уровень в силу крайней заинтересованности в заключении контракта именно с данным контрагентом, отсутствия большого выбора на данном рынке, невысоких экономических возможностей или необходимости заключения договора в кратчайшие сроки»<sup>81</sup>.

Правило о снижении неустойки включается в законодательство большинства развитых стран. Так, Французский гражданский кодекс предусматривает возможность суда не только уменьшить, но и увеличить размер неустойки, предусмотренной в договоре, если она явно чрезмерна или незначительна (ст. 1152, абз. 2).

В соответствии со ст. 343 ГГУ при несоразмерности неустойки суд может снизить ее «до соответствующего размера». Условием такого снижения является ходатайство должника.

Вместе с тем, согласно §348 Германского Торгового уложения, право суда уменьшить размер неустойки прямо исключается, если она содержится в договоре, заключенном профессиональным предпринимателем в процессе осуществления предпринимательской деятельности<sup>82</sup>. Представляется, что в России ввиду низкого уровня договорной культуры предпринимателей установление такого исключения является нецелесообразным.

---

<sup>80</sup> См., например: Определение Конституционного Суда РФ от 22.01.2004 № 13-О.

<sup>81</sup> Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. – М.: Статут, 2005. – С. 182.

<sup>82</sup> Приводится по: Комаров А.С. Указ. соч. – С. 148–149.

### **Основания для снижения неустойки**

Как следует из ст. 333 ГК РФ, основанием для снижения неустойки является ее явная несоразмерность последствиям нарушения. Высшие судебные инстанции в этом вопросе попытались уточнить данную норму. Так, в соответствии с п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 14.07.1997 № 17, критериями для установления несоразмерности в каждом конкретном случае могут быть: чрезмерно высокий процент неустойки; ситуация, при которой сумма неустойки значительно превышает сумму возможных убытков, вызванных нарушением обязательств; длительность неисполнения обязательств и др.<sup>83</sup> Согласно п. 4 указанного документа, к последствиям нарушения обязательства могут быть отнесены не полученные истцом имущество и денежные средства, понесенные убытки (в том числе упущенная выгода), другие имущественные или неимущественные права, на которые истец вправе рассчитывать в соответствии с законодательством и договором.

При оценке таких последствий судом могут приниматься во внимание в том числе обстоятельства, не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения обязательства (цена товаров, работ, услуг, сумма договора и т.п.)<sup>84</sup>.

Кроме того, в практике Верховного суда РФ можно найти указания на необходимость при применении ст. 333 ГК учитывать и такие факторы, как имущественное положение кредитора, а также имущественный и всякий заслуживающий уважения неимущественный интерес ответчика<sup>85</sup>.

Представляется, что высшие судебные инстанции в данном случае не столько уточнили, сколько «размыли» критерий, установленный

---

<sup>83</sup> Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2003. – Спец. прилож. к № 10.

<sup>84</sup> П. 42 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 1996. – № 9.

<sup>85</sup> См.: п. 12 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 29.09.1994 № 7 «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей» в ред. Постановления Пленума Верховного суда РФ от 17.01.1997 № 2; п. 3 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ «Некоторые вопросы судебной практики Верховного Суда РФ по гражданским делам» от 15.05.2003.

ст. 333 ГК РФ, что оказывает неблагоприятное влияние на формирующуюся судебную практику.

Тем не менее анализ арбитражной судебной практики показал, что суды в подавляющем большинстве случаев оставляют рекомендации ВАС РФ без внимания. Принимая решение о применении ст. 333 ГК, суды, как правило, не поясняют, почему, на их взгляд, неустойка несоизмерима последствиям нарушения обязательства и не исследуют, к каким именно негативным последствиям для потерпевшего привело нарушение договорных обязательств. Чаще всего суды ограничиваются формулировкой ст. 333 ГК «явная несоизмеримость последствиям нарушения»<sup>86</sup>, в некоторых случаях «исходя из соответствия размера штрафа к основному долгу». При этом сумма неустойки является зеркальным отражением суммы основного долга<sup>87</sup>.

Размер долга к последствиям нарушения не относится. Тем не менее практика снижения неустойки до размера основного долга широко распространена. Особенно тревожным является то обстоятельство, что в судебной практике можно найти ряд дел, при разрешении которых Высший арбитражный суд апеллировал к размеру основного долга<sup>88</sup>.

Другой пример искаженного применения ст. 333 ГК представляет встречающаяся практика снижения неустойки в форме пени до ставки рефинансирования ЦБ РФ<sup>89</sup>. Как справедливо отмечает А.Г. Карапетов, ставка рефинансирования может выступать в качестве одного из ориентиров при решении вопроса о соразмерности, но заменить необходимость реально оценивать убытки кредитора и иные последствия нарушения данная условная величина не может<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28 января 2010 г. № А46-15379/2009.

<sup>87</sup> См., например: Решение Арбитражного суда Пермской области от 10.05.2001 № А50-4376/2001-Г-2; Решение Арбитражного суда Пермской области от 06.11.2001 № А50-10716/2001-Г14. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 18.09.2003 № Ф04/4753-1004/А03-2003.

<sup>88</sup> Постановления Президиума ВАС от 24.06.1997 № 250/97; от 08.07.1997 № 1387/97; от 23.09.1997 № 402/97; от 03.02.1998 № 2423/96.

<sup>89</sup> Постановления Президиума ВАС РФ от 14.03.2000 № 7446/99; от 11.04.2000 № 1048/99; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16.08.1999 № Ф04/1638-430/а03-99; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22.02.2005 № Ф04-433/255(8525-А46-12); Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 01.04.2010 № А53-14245/2009.

<sup>90</sup> Карапетов А.Г. Указ. соч. – С. 204.

Такой подход объясняется желанием судов упростить решение вопроса об оценке соразмерности. Однако первопричина искаженного применения ст. 333 ГК РФ заключается, на наш взгляд, в негативном восприятии оценочной теории в юридической доктрине и практике.

При решении данной проблемы особого внимания заслуживает практика МКАС при ТПП РФ. Так, при рассмотрении спора из контракта строительного подряда между югославской фирмой (подрядчик) и российской организацией (заказчик) МКАС признал подлежащую уплате неустойку за просрочку платежа явно несоразмерной последствиям нарушения денежного обязательства, установив, что верхний предел неустойки указан в контракте в процентном отношении не к размеру просроченного платежа, а к общей стоимости всего контракта<sup>91</sup>. В результате неустойка оказалась эквивалентной убыткам по кредитному договору в сумме задолженности заказчика за двухлетний срок пользования кредитом при кредитной ставке, равной 28% годовых. Признав, что при надлежащем и разумном ведении дела подрядчик не мог понести такие убытки при современном состоянии международного кредитного рынка, МКАС нашел справедливым и разумным снизить размер неустойки до уровня ставки Libor+2%, что эквивалентно 8% годовых. Особо было оговорено, что неустойка установлена в контракте за невыполнение денежного обязательства, а не на случай расторжения контракта. Поэтому, оценивая размер этой неустойки, суд не может учитывать те последствия, которые, по заявлению истца, наступили в результате расторжения контракта. Что касается убытков, вызванных расторжением контракта по обстоятельствам, за которые несет ответственность заказчик, то в решении отмечено: подрядчик вправе требовать их полного возмещения в доказанном размере без учета суммы указанной неустойки. Этот вывод основывается на принципиальной установке, согласно которой наличие в контракте условия о неустойке по определенному в нем основанию, носящей в силу закона зачетный характер, не лишает сторону, в отношении которой допущены нарушения, требовать по другим основаниям полного возмещения убытков.

Таким образом, вопросы об основаниях для снижения неустойки требуют более глубокой и основательной проработки на уровне обобщения судебной практики.

<sup>91</sup> ЭЖ-Юрист. – 2001. – № 34. – С. 7–8.

### ***Право суда снижать неустойку по собственной инициативе***

Вопрос о возможности снижения неустойки судом по собственной инициативе в законодательстве зарубежных стран решается неоднозначно. Так, во Франции суды имеют право самостоятельно снижать неустойки. В Германии такой возможности у судов нет, т.е. вопрос о снижении неустойки может быть поставлен только стороной по делу.

Гражданский кодекс РФ оставляет данный вопрос без внимания. Позиция, занятая ВАС РФ по данному вопросу, нашла отражение в п. 1 Информационного письма от 14.07.1997 № 17 «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 333 ГК РФ»: суд может снизить неустойку даже без соответствующего ходатайства ответчика.

По мнению А.Г. Карапетова, такое решение теоретически и практически вполне оправданно, особенно в российских условиях. Если закон берется защищать нерадивого должника, согласившегося на включение в договор неадекватно высокой неустойки, то нужно быть последовательным и защищать его интересы в суде, когда он «забудет» заявить соответствующее ходатайство<sup>92</sup>.

На наш взгляд, суд должен иметь право инициировать снижение неустойки только в том случае, если со стороны ответчика выступает гражданин, не имеющий статуса предпринимателя. Поощрять же забывчивость и нерадивость профессионального участника оборота нельзя. В связи с этим целесообразно вернуться к §348 Германского Торгового уложения, в соответствии с которым право суда уменьшить размер неустойки прямо исключается, если она содержится в договоре, заключенном профессиональным предпринимателем в процессе осуществления предпринимательской деятельности.

Кроме того, если у суда имеются основания для снижения неустойки, вопрос о ее соразмерности последствиям нарушения должен быть поставлен на обсуждение сторон в ходе процесса. Арбитражная практика в России сложилась таким образом, что суд принимает решение о снижении неустойки в момент вынесения судебного акта и тем самым лишает кредитора возможности обосновать размер установленной в договоре неустойки.

---

<sup>92</sup> Карапетов А.Г. Указ. соч. – С. 185.



***Анализ сравнительной эффективности неустойки как меры ответственности за нарушение договорных обязательств***

Применение ответственности в форме убытков или неустойки, во-первых, должно обеспечить полноту возмещаемых кредитором потерь, а во-вторых, неотвратимость ответственности.

Вместе с тем доказать причинение убытков, в особенности их размер, весьма трудно, а доказать нарушение договора, за которое назначена неустойка, напротив, сравнительно легко. Вот почему неустойка в состоянии сильнее побуждать должника к исполнению обязательства и вернее и легче обеспечивать верителя, нежели взыскание убытков<sup>93</sup>.

В свое время О.С. Иоффе обращал внимание на следующие отличительные черты неустойки по сравнению с убытками<sup>94</sup>.

*1. Убытки – величина неопределенная, они выявляются лишь после правонарушения, неустойка – величина точно фиксированная, заранее установленная и известная участникам обязательства. Установление условия о неустойке, подчеркивал ученый, с самого начала вносит ясность: по крайней мере в ее пределах ответственность должна наступить. Неустойка, следовательно, усиливает действенность мер гражданско-правовой ответственности, делает их достаточно определенными<sup>95</sup>.*

*2. Когда устанавливаются длительно действующие обязательства, их нарушение чаще всего сводится не к полному отказу от исполнения, а к ненадлежащему исполнению. В момент самого нарушения убытки либо еще не наступают, либо не получают осязаемого выражения. Вопрос об их компенсации может быть поставлен по истечении определенного времени. Неустойка является оперативным и более маневренным средством, она действует на протяжении всего времени, пока длится правонарушение, а не только в момент, когда выявятся причиненные убытки.*

<sup>93</sup> Матер. Ред. ком. по сост. Гражданского Уложения: приводится по: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 483, 665.

<sup>94</sup> Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 160.

<sup>95</sup> В настоящее время, если принять во внимание возможность снижения размера неустойки судом, договорное условие о неустойке является лишь предварительным расчетом санкции. Но несмотря на то, что существует высокий риск корректировки размера неустойки судом, по сравнению с убытками она имеет большую степень определенности.

*3. Неустойка дифференцируется в зависимости от значения обязательства, характера правонарушения и других существенных моментов, что позволяет ей стимулировать исполнение обязательств с тем большей силой, чем более важное значение то или иное обязательство имеет.*

По мнению автора, деление неустойки на четыре вида дает возможность сторонам при заключении соглашения выбрать оптимальный механизм, защищающий их интересы в процессе взаимодействия. Вместе с тем при установлении договорной неустойки стороны должны иметь в виду, что такое деление направлено прежде всего на защиту прав кредитора. При зачетной неустойке кредитор получает возможность взыскать убытки в части, не покрытой неустойкой. При установлении штрафной неустойки убытки могут быть им взысканы в полной сумме сверх неустойки. При определении неустойки как альтернативной кредитор имеет возможность выбрать между взысканием убытков или неустойкой.

Исключительная неустойка не дает кредитору права на взыскание убытков. Исключительная неустойка, установленная законом, в определенной мере ограничивает права кредитора. При установлении исключительной неустойки в договоре стороны на стадии его заключения должны оценить размер убытков (что не всегда возможно) и заложить его в сумму неустойки. Кроме того, уплата исключительной неустойки освобождает должника от исполнения обязательства в натуре, а потому ее размер имеет большое значение для кредитора.

С точки зрения экономической теории неустойка является своеобразной гарантией исполнения договорных обязательств. С одной стороны, ее применение позволяет на стадии *ex ante* «отсеивать» ненадежных партнеров. С другой – как и любая гарантия, она ослабляет переговорные позиции стороны, ее предоставившей, и делает ее открытой для оппортунизма контрагента.

В любом случае «осведомленность контрагента о пределе его ответственности по возмещению убытков в известной мере позволяет быть ему более гибким в своей коммерческой деятельности»<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Оговорки о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках: докл. Ген. секр. Комиссии ООН по праву междунар. торг. (А/С № 9/161) (приводится по: Комаров А.С. Указ. соч. – С. 140).

Проведенное исследование позволяет сделать следующие выводы. В сравнении с другими мерами гражданско-правовой ответственности прежде всего необходимо отметить стимулирующее значение неустойки для выполнения договорных обязательств. Кроме того, поскольку размер суммы, подлежащей уплате в качестве компенсации за нарушение договора, определяется уже во время его заключения, то это обстоятельство, во-первых, дает возможность кредитору избежать расходов на доказательство размеров фактических убытков, а во-вторых, в известной мере позволяет должнику быть более гибким в своей коммерческой деятельности.

Как мера гражданско-правовой ответственности неустойка должна компенсировать возможные потери кредитора. Именно этой идеей объясняется то, что, по общему правилу, убытки взыскиваются в сумме, не покрытой взысканной неустойкой. Тем же руководствуются суды, соизмеряя размер взыскиваемой неустойки с последствиями допущенного должником нарушения (ст. 333 ГК)<sup>97</sup>.

Размер договорной неустойки, порядок ее исчисления, а в определенной степени и условия ее применения определяются по усмотрению сторон. По усмотрению сторон определяется также соотношение неустойки и убытков (ст. 394 ГК РФ), если это соотношение не установлено законом. Требование, которое необходимо соблюдать, – соразмерность последствиям допущенного нарушения обязательств.

Предоставление возможности сторонам по своему усмотрению формулировать условие договора о неустойке позволяет приспособить ее к конкретным взаимоотношениям сторон и усилить ее целенаправленное воздействие.

Анализ арбитражной судебной практики позволяет сделать следующие выводы. В подавляющем большинстве предпринимательских договоров устанавливается неустойка, в несколько раз превышающая убытки кредиторов. На наш взгляд, такая ситуация обусловлена прежде всего тем, что оценочная теория неустойки не получила в России должного развития. В отсутствие каких-либо ориентиров стороны произвольно определяют размер неустойки. В определенной степени

---

<sup>97</sup> Гражданское право: учебник в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2003. – Т. 1. – С. 691.

способствовать решению данной проблемы позволит разработка методики определения размера договорной неустойки.

В соответствии со ст. 333 ГК РФ, если неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения, допущенного должником, суд имеет право уменьшить ее размер. Это правило применимо ко всем видам неустойки. Таким образом, основанием для снижения неустойки является ее явная несоразмерность последствиям нарушения.

Упрощенный подход судов к определению несоразмерности неустойки последствиям нарушения требует более глубокой и основательной проработки данного вопроса на уровне обобщения судебной практики. Особого внимания при решении данной проблемы заслуживает практика МКАС при ТПП РФ.

Кроме того, предоставленная судам возможность самостоятельно инициировать снижение размера неустойки должна быть ограничена двумя условиями:

*1) во-первых, суд должен иметь право инициировать снижение неустойки только в том случае, если со стороны ответчика выступает гражданин, не имеющий статуса предпринимателя;*

*2) во-вторых, если у суда имеются основания снижения неустойки, вопрос о ее соразмерности последствиям нарушения, должен быть поставлен на обсуждение сторон в ходе процесса, с тем чтобы кредитор имел возможность обосновать размер установленной в договоре неустойки.*

#### **§2.4. Уплата процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами**

С принятием Гражданского кодекса РФ законодателем введена совокупность специальных норм, регулирующих отношения, связанные с использованием лицом чужих денежных средств. Нововведением, в частности, явились положения ст. 395 ГК РФ, предусматривающие начисление процентов на сумму неисполненного денежного обязательства.

Согласно п. 1. ст. 395 ГК РФ, *за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате либо неосновательного*

*получения или сбережения за счет другого лица подлежат уплате проценты на сумму этих средств.*

С экономической точки зрения введение данного института имеет большое значение для защиты прав стороны, потерпевшей неблагоприятные последствия от неисполнения договора контрагентом.

Вместе с тем положения указанной статьи вызвали в научной литературе острую дискуссию относительно правовых последствий ее применения, правовой природы взыскиваемых процентов, соотношения обязанности уплаты процентов с другими мерами гражданско-правовой ответственности.

Не менее важной представляется проблема определения размера процентов, взыскиваемых за неправомерное использование чужих денежных средств, поскольку применение данной меры ответственности непосредственно сказывается на имущественном положении участников гражданского оборота.

В преддверии анализа данной проблемы следует обратить внимание на то, что уплата процентов – специальная мера гражданско-правовой ответственности, которая применяется только за неисполнение денежных обязательств. В связи с этим применение данной меры ответственности имеет некоторые особенности. Так, например, взыскание на нарушителя налагается независимо от вины – в силу самого факта пользования чужими денежными средствами. Деньги – особый объект гражданских прав, они постоянно заменимы, поскольку всегда присутствуют в имущественном обороте. Поэтому в денежных обязательствах практически исключается невозможность исполнения.

Кроме того, кредитор может начислить проценты независимо от наличия или отсутствия у него убытков<sup>98</sup>. Одна из основных особенностей денег, по замечанию В. Груздева, – их повышенная оборотоспособность, обеспечивающая практическую неизбежность их прироста<sup>99</sup>. Учитывая этот факт, предусмотренные ст. 395 ГК проценты можно определить как «определенный законом размер тех минимальных убытков, которые участник оборота всегда несет, если кто-то неправомерно пользуется его денежными средствами»<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Следовательно, убытки не нуждаются в обосновании.

<sup>99</sup> Груздев В.В. Ответственность за нарушение денежного обязательства: основания и условия ответственности // Право и экономика. – 1999. – № 11. – С. 12–13.

<sup>100</sup> Гражданское право: учебник в 3 т. / под. ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: Велби, изд-во Проспект, 2003. – Т. 1. – С. 658.

Следовательно, размер имущественной ответственности должника должен быть эквивалентен минимальному убытку кредитора. И основная проблема заключается в определении показателя, позволяющего установить размер минимального убытка, который участник оборота всегда несет, если кто-то неправомерно пользуется его денежными средствами.

Представляется, что первоначально следует выяснить, почему при несвоевременном возвращении денежных средств у кредитора всегда возникает убыток.

При своевременном возвращении денежных средств должником кредитор может использовать их для получения определенной выгоды: вложить в банк, ценные бумаги, уставные капиталы хозяйственных обществ, использовать другие рыночные альтернативы.

Таким образом, искомый нами показатель должен соответствовать минимально гарантированному доходу, приносимому деньгами. Такой подход был использован при подготовке проекта Гражданского Уложения России. В ст. 1666 и в комментарии к ГУ проценты названы вознаграждением за убытки, их размер определен исходя из минимально гарантированного дохода, приносимого деньгами<sup>101</sup>.

В.В. Витрянский, анализируя Материалы редакционной комиссии по составлению проекта Гражданского Уложения России 1913 г., отмечает, что размер процентов в ГУ был установлен исходя из того, что «капитал в надежные процентные бумаги (государственные или правительственные) нельзя поместить более чем из пяти процентов»<sup>102</sup>.

Вместе с тем кредитор, вовремя не получивший причитающиеся ему платежи, лишен возможности использовать соответствующую сумму. Следовательно, размер процентного возмещения должен учитывать возникающую у кредитора необходимость восполнения изъятых из оборота средств. Наиболее вероятными источниками финансирования могут выступить банковские кредиты и займы третьих лиц. Но за пользование заемными средствами кредитор должен заплатить займодавцу определенную сумму, выражающуюся

---

<sup>101</sup> Гражданское уложение: проект Высочайше утвержденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения / под ред. И.М. Тютрюмова. – СПб., 1910. – Т. 2 – С. 258.

<sup>102</sup> Витрянский В.В. Проценты по денежному обязательству как форма ответственности // Хозяйство и право. – 1997. – № 8. – С. 63.

обычно в процентах годовых. Эти расходы кредитора должник обязан возместить в виде процента на сумму невозвращенных средств.

Таким образом, размер ответственности за неправомерное пользование чужими денежными средствами должен быть приурочен к ставке банковского процента, поскольку по своей экономической сущности процент является ценой кредита. Тем не менее размер процентного возмещения должен быть эквивалентен минимальному убытку кредитора.

В международной практике используются два подхода к определению размера банковского процента. Так, в соответствии со ст. 7.4.9 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА при расчете процентов должна применяться средняя банковская ставка по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков<sup>103</sup>. Такой подход, согласно УНИДРУА, лучше всего соответствует потребностям торговли и наиболее подходит для обеспечения адекватной компенсации понесенного ущерба. Средняя банковская ставка по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков в экономически развитых странах составляет 2–4% годовых.

Согласно ст. 83 Единообразного закона о международной купле-продаже товаров, если нарушение договора заключается в просрочке в уплате цены, то продавец будет иметь при всех обстоятельствах право на проценты на неуплаченные суммы по ставке, равной официальной учетной ставке<sup>104</sup> страны, в которой продавец имеет свое предприятие или, при отсутствии такового, свое постоянное пребывание, плюс 1%.

Как первый, так и второй подход – варианты определения так называемого «плавающего процента». Вместе с тем размер начисляемых процентов может также определяться и в твердой величине.

Так, согласно §246 ГГУ, если стороны не договорились о процентах, то их размер ограничивается 4% годовых. Однако из данного правила есть несколько исключений. Для предпринимателей действует

---

<sup>103</sup> Принципы международных коммерческих договоров / пер. с англ. А.С. Комарова – М., 1996. – С. 239–241.

<sup>104</sup> Официальная учетная ставка – процент, взимаемый Центральным банком с кредитных учреждений при переучете коммерческих векселей, а также при покупке векселей организаций-экспортеров. Как следует из практики центральных банков зарубежных стран, официальная учетная ставка в зависимости от экономической ситуации в стране может колебаться в довольно широких пределах – от 3 до 15% в год. При переучете иностранных векселей и векселей, выставленных экспортером, могут действовать льготные ставки.

§352 Торгового Кодекса и взимается 5% годовых. Для требований по чекам и вексям – 2% свыше дисконта Немецкого федерального банка<sup>105</sup>.

Е.А. Суханов указывает на то, что в европейских континентальных правопорядках процент, начисляемый за неправомерное пользование чужими денежными средствами, составляет от 3 до 5% годовых на сумму долга<sup>106</sup>.

Теперь обратимся к российской правовой практике.

Согласно п. 1 ст. 395 ГК, размер процентов определяется учетной ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части, установленной в месте жительства кредитора, если он является физическим лицом, или в месте его нахождения, если кредитор – лицо юридическое.

В научной литературе неоднократно отмечалась некорректная формулировка показателя, в соответствии с которым определяется размер взыскиваемых процентов («учетная ставка банковского процента») как с экономической, так и с правовой точек зрения.

В экономической науке сложились две трактовки понятия «учетная ставка». *Учетная ставка, ставка учетного процента* – 1) ставка процента, под который федеральная резервная система, центральный банк предоставляют кредиты коммерческим банкам для пополнения их денежных резервов и кредитования клиентов; 2) ставка, по которой банки учитывают векселя, дисконтная ставка<sup>107</sup>. В связи с этим использование данного показателя в нормативных актах требует уточнения. Так, например, согласно ч. 1 ст. 809 ГК, при отсутствии в договоре условия о размере процентов их размер определяется ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части, установленной в месте жительства кредитора, если он является физическим лицом, или в месте его нахождения, если кредитор – лицо юридическое.

Непосредственно в ст. 395 Гражданского кодекса такого уточнения нет. Вместе с тем оно содержится в совместном Постановлении

---

<sup>105</sup> Жалинский А., Рёрих Т.-Л. Введение в немецкое право. – М.: Спарк, 2001. – С. 341.

<sup>106</sup> Гражданское право: учебник в 2 т. / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 1998. – Т. 1 – С. 457.

<sup>107</sup> Современный экономический словарь / Б.А. Райзберг, Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева. – М.: ИНФРА-М, 2006.



Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ: «в настоящее время в отношениях между организациями и гражданами Российской Федерации подлежат уплате проценты в размере единой учетной ставки Центрального банка Российской Федерации по кредитным ресурсам, предоставляемым коммерческим банкам (ставка рефинансирования)»<sup>108</sup>.

Е.А. Суханов отмечает целесообразность применения «плавающих» процентов и зависимость их размера от «средней ставки предоставления кредитов Центральным банком». Как отмечает ученый, «это было сделано в условиях инфляции, обусловившей довольно резкие колебания такой ставки (*ставок коммерческих банков*. – Прим. автора) с учетом быстро меняющейся рыночной конъюнктуры»<sup>109</sup>.

С данным выводом нельзя согласиться. Во-первых, представляется не вполне корректным определение ставки рефинансирования как средней ставки предоставления кредитов Центральным банком. Ставка рефинансирования представляет собой не только проценты, под которые Центральный Банк РФ кредитует коммерческие банки, но и один из инструментов денежно-кредитной политики. Кроме того, ставка, по которой коммерческие банки выплачивают проценты на вклады граждан и организаций или по которой предоставляют им кредиты хотя и формируется под влиянием ставки рефинансирования, но ей не равна.

Необходимо также отметить, что «плавающий» процент по своей природе является рыночным показателем, чего никак нельзя сказать о ставке рефинансирования. Последняя в силу специфики выполняемых функций в экономике далека от рыночной реальности гражданского оборота.

Так, с 27.05.1998 единая ставка рефинансирования ЦБ РФ была установлена в размере 150% годовых. С 24.07.1998 ее размер снизился до 60%, с 24.01.2000 – до 45%, с 9.04.2002 – до 23%<sup>110</sup>. Для сравнения:

---

<sup>108</sup> Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса РФ».

<sup>109</sup> Гражданское право: учебник в 2 т. / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 1998. – Т. 1. – С. 457.

<sup>110</sup> Телеграмма ЦБ РФ от 27.05.1998 № 241-У; Телеграмма ЦБ РФ от 24.07.1998 № 298-У; Телеграмма ЦБ РФ от 21.01.2000 № 734-У; Телеграмма ЦБ РФ от 08.04.2002 № 1133-У.

средняя банковская ставка по кредитам, предоставленным юридическим лицам в период 1998–1999 гг., составила 45%; к 2000 г. она снизилась до 35%; к 2001 г. – до 20% годовых.

Применение ставки рефинансирования в качестве показателя, определяющего размер процентов, на практике привело к тому, что сумма взыскиваемых процентов по денежным обязательствам во много раз превышала сумму основного долга.

Представляется, что именно высокая ставка процента, взыскиваемого за неправомерное использование чужих денежных средств, стала причиной принятия 08.10.1998 совместного Постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами». П. 7 данного документа установлено, что, если определенный в соответствии со ст. 395 размер (ставка) процентов, уплачиваемых при неисполнении или просрочке исполнения денежного обязательства, явно несоразмерен последствиям просрочки исполнения, суд, учитывая компенсационную природу процентов, вправе уменьшить ставку взыскиваемых процентов на основании ст. 333 ГК.

Анализ практики применения судами ст. 333, 395 ГК позволяет сделать следующие выводы. Имея возможность апеллировать к официальной ставке рефинансирования, суды не исследуют возможность снижения размера процентов. Так, например, применяя ставку 55% годовых, суд не усматривает оснований для ее уменьшения<sup>111</sup>.

В некоторых случаях суды ограничиваются правом, предоставленным им п. 1 ст. 395 ГК, и применяют ставку, которая действует на момент вынесения решения или на день предъявления иска. Это позволяет в определенной степени снизить размер взыскиваемых процентов.

В одном из решений Арбитражный суд Пермской области в качестве основания для снижения размера взыскиваемых процентов назвал незначительный период просрочки<sup>112</sup>. На наш взгляд, данный фактор не может служить основанием для снижения размера процентов за

---

<sup>111</sup> См.: Постановление апелляционной инстанции Арбитражного Суда Пермской области от 10 ноября 1999 г. по делу № А50-6644/99-Г-4.

<sup>112</sup> Решение от 15.05.2000 по делу № А50-3264/2000-Г-13.

пользование чужими денежными средствами (как и неустойки в форме пени). Данные санкции потому и применяются за просрочку исполнения, поскольку являются в данном случае саморегулируемыми мерами ответственности: чем меньше дней просрочки, тем меньше взysкиваемый процент (пеня) и наоборот.

Отождествление ставки рефинансирования и учетной ставки банковского процента прочно вошло в судебную и предпринимательскую практику. Вместе с тем, как ранее было указано, в экономической науке сложились две трактовки понятия «учетная ставка»: ставка рефинансирования и ставка, по которой банки учитывают коммерческие векселя.

Вернемся к положениям ст. 395 ГК РФ: размер процентов определяется учетной ставкой банковского процента, установленной в месте жительства кредитора, если он является физическим лицом, или в месте нахождения кредитора, если он – лицо юридическое. Указание в статье на место жительства (нахождения) кредитора дает основание предположить, что законодатель все-таки имел в виду не ставку рефинансирования, а ставку, по которой коммерческие банки учитывают векселя.

Применение учетной ставки коммерческих банков для расчета минимального убытка кредитора является экономически обоснованным. К тому же, как уже указывалось, аналогичный показатель используется в Единообразном законе о международной купле-продаже товаров.

Ставка учетного процента (как ставка, по которой банки учитывают векселя) является равновесным показателем, учитывающим как интересы банка, так и интересы векселедержателя. Просроченный вексель не подлежит учету. Следовательно, банк взимает процент исключительно за пользование его денежными средствами. При этом ставка учетного процента варьируется в зависимости от срока платежа по векселю<sup>113</sup>. Для векселедержателя продажа векселя – возможность оперативной реализации прав, вытекающих из дебиторской задолженности и восполнения недостающих в обороте денежных

---

<sup>113</sup> Так, в четвертом квартале 2006 г. ставка по учтенным векселям со сроком погашения до 30 дней составила 11,4% годовых, со сроком погашения от 31 до 90 дней – 10% годовых, от 91 до 180 дней – 10,4%, от 181 дня до 1 года – 9,2%, от 1 года до 3 лет – 8,5%, свыше 3 лет – 9,5% годовых. См.: Бюллетень банковской статистики. – 2007. – № 2 (165). – С. 112.

средств. Таким образом, учетная ставка, отражая стоимость кредитных ресурсов, должна стимулировать товарно-денежный оборот.

Достаточно сложная и неоднозначная ситуация складывается и при определении размера процентов за пользование чужими денежными средствами, выраженными в иностранной валюте.

Согласно п. 52 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса РФ», в случаях, когда в соответствии с законодательством о валютном регулировании и валютном контроле денежное обязательство выражено в иностранной валюте и отсутствует официальная учетная ставка банковского процента по валютным кредитам на день исполнения денежного обязательства в месте нахождения кредитора, размер процентов определяется на основании публикаций в официальных источниках информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставляемым в месте нахождения кредитора. Если же отсутствуют и такие публикации, размер подлежащих взысканию процентов устанавливается на основании предоставляемой истцом в качестве доказательства справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора, подтверждающей применяемую им ставку по краткосрочным валютным кредитам<sup>114</sup>.

В отсутствие официальной ставки банковского процента суды применяли среднюю ставку по межбанковскому валютному кредиту и даже ставку банковского процента рефинансирования по рублевым кредитам. Тем не менее с 1998 г. информация о средних ставках по краткосрочным валютным кредитам публикуется в «Вестнике Банка России».

Кроме того, в рассматриваемом постановлении не затрагивается вопрос о том, как применять положения ст. 395 ГК, если в России отсутствует ставка процентов по валюте, в которой выражено обязательство.

Разъяснение можно найти в п. 2 ст. 7.4.9 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА: при отсутствии учетной ставки банковского процента в месте платежа применяется средняя банковская ставка по краткосрочному кредитованию первоклассных

---

<sup>114</sup> См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 1996. – № 9. – С. 17–18.

заемщиков, превалирующая в отношении валюты платежа в государстве валюты платежа.

***Особенности уплаты процентов за пользование денежными средствами по сравнению с другими мерами ответственности***

Особенности рассматриваемой меры гражданско-правовой ответственности проявляются в специфике исчисления, доказывания, применения, в специфическом предмете самого денежного обязательства.

В отличие от возмещения убытков, уплата процентов – специальная мера гражданско-правовой ответственности, которая применяется за неисполнение только денежных обязательств. Кредитор может начислить проценты независимо от наличия или отсутствия у него убытков, следовательно, последние не нуждаются в обосновании.

Специфика этой формы гражданско-правовой ответственности выражается также в том, что при взимании процентов за неисполнение денежного обязательства не должны приниматься во внимание нормы, содержащиеся в ст. 401, 416 ГК<sup>115</sup>. Взыскание налагается на нарушителя независимо от вины – в силу самого факта пользования чужими денежными средствами.

Как уже было сказано, деньги – особый объект гражданских прав, они всегда заменимы, поскольку постоянно наличествуют в имущественном обороте. Поэтому в денежных обязательствах исключается невозможность исполнения, а отсутствие у должника необходимых денежных средств ни при каких условиях, даже при наличии обстоятельств, которые могут быть квалифицированы как непреодолимая сила (форс-мажор), не может служить основанием для освобождения должника от ответственности за неисполнение денежного обязательства.

Проведенный анализ позволяет сделать следующие выводы. С экономической точки зрения введение института ответственности за неправомерное использование чужих денежных средств имеет большое значение для защиты прав стороны, потерпевшей неблагоприятные последствия от неисполнения договора контрагентом. Прежде всего право кредитора в случае неисполнения денежного обязательства начислить проценты на сумму долга является сильным

---

<sup>115</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ соч. – С. 690.

стимулом к исполнению договорных обязательств. Кроме того, проценты причитаются кредитору независимо от наличия или отсутствия у него убытков. Вместе с тем при наличии убытков кредитор имеет право на их взыскание в сумме, превышающей размер начисленных процентов.

Тем не менее взимание процентов за пользование чужими денежными средствами как институт гражданско-правовой ответственности нуждается в серьезной доработке.

Взимание процентов, как и любая другая мера гражданско-правовой ответственности, носит компенсационный характер. Ее основная цель – восстановить нарушенное право. Следовательно, кредитор не должен обогатиться за счет должника. Размер имущественной ответственности должника должен быть эквивалентен минимальному убытку, который участник оборота всегда несет, если кто-то неправомерно пользуется его денежными средствами.

Для того чтобы соблюдалось это требование, необходимо пересмотреть показатель, в соответствии с которым определяется размер имущественной ответственности должника. Этот показатель определен в ст. 395 ГК РФ некорректно и требует уточнения.

Применение судами ставки рефинансирования экономически не оправдано. Ставка рефинансирования не является рыночным показателем и не отражает реальные потребности участников гражданского оборота. Несмотря на то что наблюдается устойчивая тенденция к снижению ставки рефинансирования, ее применение может привести к существенному дисбалансу интересов должника и кредитора.

По мнению автора, оптимальным показателем для расчета минимального убытка кредитора является ставка, по которой коммерческие банки учитывают векселя. Данный показатель адаптирован к гражданскому обороту, отражает стоимость кредитных ресурсов, учитывает срок задержки платежа. К тому же аналогичный показатель используется в международной практике.

### ***Итоговые положения***

Применение той или иной меры ответственности за нарушение договорных обязательств с точки зрения экономической эффективности имеет определенные ограничения. Так, например, применение в качестве меры гражданско-правовой ответственности возмещения

ущерба, как правило, приводит к систематической недооценке издержек потерпевшей стороны. Во-первых, компенсация не учитывает субъективные оценки блага. Во-вторых, оценка ущерба может оказаться чрезвычайно сложной. Данная мера ответственности демонстрирует свою неэффективность в отношении благ (товаров), недоступных для покупателя на открытом рынке, а также в отношении благ, стоимость которых не имеет точного денежного выражения.

Возложение на потерпевшую сторону обязанности доказывания размера убытков и причинной связи между возникшими убытками и неправомерными действиями контрагента увеличивает ее издержки (временные и материальные).

Указанные причины в большинстве случаев заставляют предпринимателей отказываться от использования данной меры ответственности в качестве средства защиты своих прав. Доля споров о возмещении убытков в связи с ненадлежащим исполнением договорных обязательств среди всех дел, ежегодно рассматриваемых арбитражными судами, не превышает 3,5%.

Кроме того, строгое следование принципу достоверности ущерба приводит к снижению экономической эффективности рыночных трансакций, поскольку основной акцент сделан не на создание новой стоимости, а на перераспределение уже созданной.

Напротив, применение принципа непредотвратимости убытков, стимулирующего кредитора сделать то, что он может для уменьшения неблагоприятных последствий нарушения договора, является экономически обоснованным и эффективным. Правовые нормы должны стимулировать потерпевшую сторону принимать разумные меры к уменьшению размера ущерба посредством использования различных рыночных альтернатив. Ограничение ответственности должника вследствие непринятия кредитором мер по уменьшению ущерба направлено на разделение предпринимательских рисков между ними. Данный принцип не был закреплен в российском праве.

Неустойка в определенной степени выступает альтернативой институту возмещения убытков. Ее сравнительная эффективность проявляется в следующем. При взыскании неустойки потерпевшая сторона не должна доказывать размер убытков, более того, их может и не быть.

Убытки – величина неопределенная, они выявляются лишь после правонарушения, неустойка – величина точно фиксированная, заранее установленная и известная участникам обязательства *ex ante*. Установление условия о неустойке с самого начала вносит ясность: по крайней мере в ее пределах ответственность должна наступить. Из этого следует:

- *во-первых*, неустойка усиливает действенность мер гражданско-правовой ответственности (неотвратимость ответственности – сильный стимул к выполнению договорных обязательств);
- *во-вторых*, неустойка дает возможность кредитору избежать расходов на доказательство размеров фактических убытков;
- *в-третьих*, неустойка в известной мере позволяет должнику быть более гибким в своей коммерческой деятельности.

Неустойка является оперативным и более маневренным средством, она действует весь период взаимодействия сторон.

С точки зрения экономической теории неустойка является своеобразной гарантией исполнения договорных обязательств. Применение неустойки позволяет на стадии *ex ante* «отсеивать» ненадежных партнеров, однако, как и любая гарантия, неустойка ослабляет переговорные позиции стороны, ее предоставившей. В особенности это касается штрафной неустойки.

Недостаточное развитие оценочной теории неустойки существенно снижает эффективность данного института. Анализ арбитражной судебной практики показал, что в подавляющем большинстве предпринимательских договоров неустойка устанавливается в произвольном (зачастую превышающем все разумные пределы) размере.

На наш взгляд, решению данной проблемы может способствовать разработка методики определения размера договорной неустойки.

Уплата процентов – специальная мера гражданско-правовой ответственности, которая применяется за неисполнение только денежных обязательств.

В отличие от возмещения убытков, проценты причитаются кредитору независимо от наличия или отсутствия убытков, следовательно, последние не нуждаются в обосновании.

Специфика этой формы гражданско-правовой ответственности выражается также в том, что взыскание налагается на нарушителя независимо от вины, в силу самого факта пользования чужими денежными средствами.



С экономической точки зрения введение института ответственности за неправомерное использование чужих денежных средств имеет большое значение для защиты прав стороны, потерпевшей неблагоприятные последствия от неисполнения договора контрагентом. Прежде всего данный институт позволяет учесть альтернативные издержки кредитора. Кроме того, право кредитора в случае неисполнения денежного обязательства начислить проценты на сумму долга является сильным стимулом к исполнению договорных обязательств. Гражданско-правовая ответственность в форме взимания процента может быть предусмотрена договором *ex ante*, а также применена *ex post*.

Вместе с тем взимание процентов за пользование чужими денежными средствами как институт гражданско-правовой ответственности нуждается в серьезной доработке.

Взимание процентов, как и любая другая мера гражданско-правовой ответственности, носит компенсационный характер. Ее основная цель – восстановить нарушенное право. Следовательно, кредитор не должен обогатиться за счет должника. Размер имущественной ответственности должника должен быть эквивалентен минимальному убытку, который участник оборота всегда несет, если кто-то неправомерно пользуется его денежными средствами.

Для того чтобы соблюдалось это требование, необходимо пересмотреть показатель, в соответствии с которым определяется размер имущественной ответственности должника. Этот показатель определен в ст. 395 ГК РФ некорректно и требует уточнения.

Применение судами ставки рефинансирования экономически не оправдано. Ставка рефинансирования не является рыночным показателем и не отражает реальные потребности участников гражданского оборота. Несмотря на то что наблюдается устойчивая тенденция к снижению ставки рефинансирования, ее применение может привести к существенному дисбалансу интересов должника и кредитора.

Представляется, что оптимальным показателем для расчета минимального убытка кредитора является ставка, по которой коммерческие банки учитывают векселя. Данный показатель адаптирован к гражданскому обороту, отражает стоимость кредитных ресурсов, учитывает срок задержки платежа. К тому же аналогичный показатель используется в международной практике.

## — Глава 3 —

### **Проблемы исполнения предпринимательских договоров**

#### **§3.1. Изменившиеся обстоятельства и концепция экономической невозможности**

В предыдущей главе был проведен анализ сравнительной эффективности форм гражданско-правовой ответственности – основных мер борьбы с оппортунистическими нарушениями договоров. Вместе с тем большинство случаев нарушения договорных обязательств не являются оппортунистическими. В предпринимательской практике часто встречаются случаи, когда в силу действия объективных факторов выполнение условий договора становится крайне невыгодным или невозможным.

В теории получили развитие две основные правовые концепции, направленные на решение проблемы изменившихся обстоятельств: концепция невозможности (форс-мажора) и концепция затруднений. Ситуация форс-мажора означает, что исполнение стало невозможным (по крайней мере временно). Затруднениями признается ситуация, когда исполнение стало намного более обременительным, однако остается возможным. Если концепция форс-мажора прежде всего направлена на решение проблем, следующих из невозможности исполнения, путем приостановления или прекращения договора, то концепция затруднений главным образом направлена на адаптацию договора к изменившимся обстоятельствам.

Фактически невозможность исполнения договорных обязательств выражается в том, что обязательство не может быть исполнено в натуре (как правило, в случае, когда предметом обязательства является передача индивидуально-определенной вещи). «Когда предмет обязательства определен индивидуальными признаками, его гибель приводит к невозможности исполнения и обязательство прекращается. Родовые вещи юридически заменимы и до тех пор, пока замена для должника осуществима, обязательство сохраняется, так как оно объективно может быть исполнено»<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Гражданское право: учебник в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2003. – Т. 1. – С. 746.

Такой жесткий подход порождает проблему соразмерности усилий и издержек должника и кредитора. В случаях, когда исполнение договора само по себе возможно, но в результате наступления после его заключения непредвиденных обстоятельств становится крайне затруднительным, целесообразно ставить вопрос об экономической невозможности исполнения.

Экономическая невозможность или неприемлемость исполнения подразумевает наличие ситуации, в которой непредвиденные обстоятельства, наступившие после заключения договора, настолько затрудняют должнику исполнение обязательства, что сделка не только теряет для него экономический смысл, но и ведет к убыткам.

Как указывают Х. Кетц и Ф. Лорман, при возникших затруднениях должник, по меньшей мере, должен освобождаться от строгой обязанности по исполнению<sup>117</sup>.

### ***Концепция экономической невозможности исполнения договора в национальных правовых системах***

В германском праве действует следующее общее правило: если предмет обязательства определен на основании родовых признаков, должник остается обязанным исполнить договор, даже если в результате наступления непредвиденных обстоятельств в его распоряжении не осталось ни одной вещи подобного рода.

Х. Кетц и Ф. Лорман приводят следующий пример: если некто продает товар, ранее полученный у поставщика, и последний неожиданно прекращает поставки (вследствие своей несостоятельности), продавцу остается единственная возможность для передачи исполнения – приобрести товар где-либо «на стороне». При сохранении за ним обязанности по исполнению ему придется заплатить значительно более высокую цену, чем указано в договоре с покупателем.

Ключевое понятие здесь, по мнению ученых, – экономическая невозможность, или неприемлемость исполнения. Если непредвиденные обстоятельства, наступившие после заключения договора, настолько затрудняют должнику исполнение обязательства, что сделка не только теряет для него экономический смысл, но и ведет к убыткам, он по меньшей мере должен освобождаться от строгой обязанности по исполнению.

---

<sup>117</sup> Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / пер. с нем. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – С. 56.

Согласно концепции экономической невозможности, кредитор может требовать исполнения, если только оно не является чрезмерно затруднительным для должника.

Однако прежде чем делать выводы об экономической невозможности исполнения, необходимо проверить наличие соглашения сторон о распределении бремени рисков.

Суд может попытаться найти взаимоприемлемое решение, используя более гибкий институт – отпадение оснований сделки. Данный институт применяется при условии, что стороны не только согласовали взаимные обязательства (и основные, и дополнительные), но и сумели отразить в соглашении определенные ожидания и экономические цели, которые они связывают с заключением договора. Если указанные цели не достигаются или достигаются частично, поскольку после заключения договора обстоятельства изменились, стороны освобождаются от обязанности твердо придерживаться условий соглашения. Близким по смыслу является применяемый во многих правовых системах принцип «договор сохраняет силу при неизменности обязательств».

Если налицо все характеристики института отпадения оснований сделки, то юридические последствия будут состоять в приведении договора в соответствие с изменившимися обстоятельствами.

Важнейшей предпосылкой при этом является отсутствие указаний на фактор риска. Если из толкования договора или законодательных предписаний однозначно следует, что на одну из сторон возлагается бремя риска, договор не подлежит приведению в соответствие с наступившими обстоятельствами.

Как отмечают Х. Кетц и Ф. Лорман, в данном институте ощущается огромная практическая потребность, поскольку он позволяет дифференцированно подходить к оценке проблем и находить более гибкие решения, чем это предусмотрено нормами о нарушении исполнения обязательств. То есть в каждом конкретном случае применяется особое регулирование, что позволяет учитывать взаимные интересы сторон значительно эффективнее, чем при использовании жесткого принципа «все или ничего» в случае оспаривания договора и возмещения убытков<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / пер. с нем. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – С. 62–63.

По мнению ученых, изменившиеся (непредвиденные) обстоятельства ставят перед кредитором и судом следующие вопросы: *освободить или нет должника от исполнения обязательств и кто несет бремя риска?*

Концепция невозможности во французском праве значительно уже по содержанию. «Французские суды с большой осторожностью подходят к заявлению одной из сторон, что наступление непредвиденных обстоятельств существенно затруднило ей исполнение договора. Они признают в качестве освобождающих от ответственности лишь непредвиденные и не относящиеся к должнику препятствия, которые на продолжительное время делают исполнение договора невозможным, поскольку их нельзя устранить»<sup>119</sup>.

Таким образом, невозможность исполнения (наряду с непредвидимостью и непреодолимостью) должна иметь посторонний характер для должника. Например, забастовка на собственном предприятии не будет признана форс-мажором, если у должника имелась возможность ее предотвратить. В любом случае ему необходимо будет доказать, «что ни одна разумная уступка, соответствующая социальной роли предпринимателя и надлежащему управлению предприятием, им не была отвергнута»<sup>120</sup>.

Такой же подход к определению критериев невозможности исполнения характерен и для Венской конвенции о договорах международной купли-продажи. Ст. 79 Конвенции гласит, что сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, «если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля<sup>121</sup> и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий».

Для французского права также характерен более жесткий подход в случае, когда нельзя говорить об абсолютной невозможности исполнения обязательства. Того факта, что договорное обязательство стало в результате определенного события сложным или обременительным, недостаточно для признания невозможности его исполнения.

---

<sup>119</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ соч. – С. 269.

<sup>120</sup> Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. – М.: Юрид. лит., 1991. – С. 69.

<sup>121</sup> То есть событие должно быть внешним по отношению к деятельности должника.

Например, продавец товаров, определенных родовыми признаками, в случае гибели этих товаров вряд ли будет освобожден от своего обязательства по поставке, поскольку он может приобрести эти товары в другом месте для того, чтобы выполнить договор.

Еще одним примером, иллюстрирующим объективный, а не субъективный характер невозможности исполнения, является случай, когда обязательство может быть исполнено должником только ценой собственного финансового краха, т.е. банкротства. Отсутствие у должника достаточных денежных средств не удовлетворяет требованию непредотвратимости, необходимому для наличия форс-мажора.

В германском праве, напротив, в подобных случаях действует принцип защиты от угрозы разорения: простое повышение цен не освобождает от исполнения договорных обязательств, за исключением случаев, когда их исполнение в соответствии с первоначальными условиями договора при инфляции ведет к немедленному банкротству продавца, которому в качестве исключения гарантируется защита от угрозы разорения.

Столь строгая позиция французского законодателя обуславливает необходимость включения в договоры различных оговорок (о войнах, забастовках, валютных оговорок и др.) с целью четкого распределения рисков между сторонами<sup>122</sup>.

Кроме того, как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кетц<sup>123</sup>, обычной стала арбитражная оговорка, которая освобождает от строгого следования закону и наделяет арбитра правом приводить договор в соответствие с изменившимися в процессе его исполнения обстоятельствами.

В отличие от правовых систем стран континентальной Европы, в англо-американском праве вина не является главным элементом ответственности за нарушение договорных обязательств. Общее право рассматривает договор как гарантийное обязательство, опять же в отличие от правопорядков стран континентальной Европы.

Если должник не исполнил обязательство по договору, он возмещает убытки независимо от наличия его вины. То есть не имеет значения, почему ответчик не выполнил договорные обязательства. Если сторона, заключая договор, берет на себя обязанности, она должна выполнять их хорошо, независимо от случайностей, вызванных

---

<sup>122</sup> Такой подход характерен для многих правовых систем.

<sup>123</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. – С. 272.

неизбежной необходимостью, поскольку это можно было предусмотреть в договоре<sup>124</sup>.

Вместе с тем, если должник не может выполнить своих обязательств по поставке индивидуально-определенных вещей, принцип гарантии исполнения договора обычно не действует.

Поставщик, любой другой исполнитель могут освобождаться от ответственности за нарушения своих гарантий и на основании соответствующих оговорок (такие оговорки недопустимы в отношениях с потребителями).

До 60-х гг. XIX в. в общем праве действовало жесткое правило: «когда сторона в соответствии с ее собственным контрактом возлагает на себя обязанность, она должна ее выполнить, несмотря на любой несчастный случай, с неизбежной необходимостью, потому что она могла бы предвидеть такой случай в контракте».

В 1863 г. благодаря судебному решению<sup>125</sup> в английское право была введена доктрина невозможности (impossibility), в соответствии с которой невозможность исполнения, являющаяся результатом гибели человека или вещи, должна исключить ответственность за неисполнение.

Впоследствии судебной практикой на основании ряда дел была разработана концепция тщетности (frustration). Если вследствие форс-мажора исполнение контракта должно иметь место при обстоятельствах, которые радикально отличаются от предусмотренных сторонами, то соглашение считается тщетным.

Когда контракт признан тщетным, судья не может исправлять или корректировать его применительно к новой ситуации. То есть «тщетность» отвергает возможность адаптации контракта к новым условиям. Правовым последствием признания контракта тщетным является освобождение сторон от обязательств по контракту.

Доктрина тщетности нашла свое отражение в Единообразном торговом кодексе США. По существу, американский вариант доктрины сформулирован в ст. 2-615 ЕТК «Освобождение от ответственности при отпадении условий, служивших предпосылкой договора». Суть положений этой статьи выражается в том, что просрочка в поставке или непоставка товаров либо части товаров не рассматривается как

---

<sup>124</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. – С. 249.

<sup>125</sup> Подробнее см.: Комаров А.С. Указ. соч. – С. 58.

нарушение обязательств по договору продажи, если обусловленное исполнение стало неосуществимым (*impracticable*) вследствие непредвиденных обстоятельств, ненаступление которых было основной предпосылкой договора<sup>126</sup>.

В своей статье «Экономический анализ концепции невозможности исполнения договора и родственных ей концепций в договорном праве» Ричард А. Познер и Эндрю М. Розенфельд анализируют три тесно связанных между собой доктрины, которые могут служить в качестве оснований для прекращения обязательств по договору: доктрину невозможности исполнения договора (*impossibility*), доктрину крайнего затруднения в исполнении договора (*impracticability*) и доктрину тщетности договора (*frustration*).

«Невозможность исполнения договора» (*impossibility*) – это категория, используемая, когда выполнение обязательств уже «абсолютно невозможно»; категория «тщетности договора» (*frustration*) – когда выполнение обязательств возможно, однако основная цель сделки уже недостижима.

«Крайнее затруднение» (*impracticability*) – общее название для всех случаев освобождения от договорных обязательств, которые не подходят ни под категорию невозможности исполнения, ни под категорию тщетности договора. Это понятие используется, когда исполнение обязательств возможно и основная цель сделки достижима, но в результате непредвиденных обстоятельств принудительное исполнение обязательств повлечет за собой более значительные издержки, чем предполагалось первоначально.

Как указывают Познер и Розенфельд, нет функциональных различий между делами о невозможности исполнения договора и тщетности договора, с одной стороны, и делами о крайнем затруднении – с другой. В любом деле об освобождении от договорной ответственности основная проблема одна и та же: нужно решить, кто должен нести риск потерь в результате события, которое привело к тому, что для одной из сторон стало экономически невыгодным исполнять договор.

Проблема освобождения от договорной ответственности – это проблема распределения риска между сторонами, поскольку

---

<sup>126</sup> Комаров А.С. Указ. соч. – С. 63.



результатом освобождения от договорной ответственности является возложение риска события, мешающего исполнению обязательств, на кредитора, в то время как результатом отказа в аннулировании договора является возложение риска на должника. Однако до сих пор это понимание было бесплодным из-за неспособности разработать критерий возложения риска на ту или иную сторону<sup>127</sup>.

К аналогичным выводам пришли и немецкие ученые: «Попытки провести различие между обстоятельствами, которые делают выполнение договорных обязательств невозможным, в значительной степени такое выполнение затрудняют и, наконец, ведут к отпадению цели договора, нужны лишь для того, чтобы упомянутые обстоятельства привести в систему, придать им более ясный характер и типизировать <...> Важно лишь, что решение проблемы зависит от ответа на другой вопрос, который должен быть одинаково сформулирован для всех трех случаев: какая из сторон берет на себя бремя риска наступления этих обстоятельств после заключения договора?»<sup>128</sup>

### ***Экономически эффективное распределение рисков***

Вопрос о том, кто должен нести риск последующего наступления изменившихся обстоятельств, прежде всего должен быть урегулирован в договоре. Если в договоре этот вопрос не урегулирован, то это ведет к спорам. «А потому задачей судов является восполнение пробелов в контрактах в связи с тем, что стороны не предвидели наступления определенных изменившихся обстоятельств или, если предвидели, не урегулировали их должным образом»<sup>129</sup>.

Решение этой задачи заключается в том, чтобы должным образом и в соответствии с торговыми обычаями данной сферы деловой активности, типом договора распределить между сторонами риски наступления непредвиденных обстоятельств, не урегулированных в контракте.

Для этого необходимо разработать критерий возложения риска на ту или иную сторону. Важнейшая функция контрактов, по Познеру, – вменение рисков более «подходящей» для этого стороне. Освободить от договорных обязательств, по мнению ученого, следует тогда, когда

---

<sup>127</sup> Posner R., Rozenfield A. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis // Journal of legal studies. – 1977. – Vol. 6, № 1. – P. 83–118.

<sup>128</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. – С. 260–261.

<sup>129</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. – С. 293.

кредитор является той стороной, которая может лучше нести бремя риска (*superior risk bearer*). Если должник является той стороной, которая может лучше нести бремя риска, неисполнение обязательств следует рассматривать как нарушение договора.

Сторона может лучше нести бремя риска по одной из двух причин. Во-первых, у нее может быть больше возможностей для того, чтобы предотвратить возникновение риска. Предположим, что исполнитель может предотвратить возникновение риска с меньшими издержками. В этом случае соображения эффективности потребуют, чтобы должник нес потери, ставшие результатом произошедшего события. Однако из того факта, что должник не мог с разумными издержками предотвратить возникновение риска, необязательно следует необходимость его освобождения от договорных обязательств. Предупреждение – это лишь один из способов принимать меры против риска, другой способ – это страхование<sup>130</sup>. Если обещающая сторона является более дешевым страхователем (*cheaper insuree*), тот факт, что она не смогла предотвратить событие, которое не позволило ей выполнить обязательства контракта, не должно освобождать ее от обязательств по договору<sup>131</sup>.

В свою очередь, для того чтобы определить более «дешевого» страхователя, необходимо оценить издержки страхования для каждой стороны. Издержки страхования, по Познеру, составляют: издержки определения вероятности того, что риск станет реальностью; издержки определения величины потерь в случае материализации риска; издержки оценки расходов по сокращению и устранению риска.

На стадии *ex post*<sup>132</sup> оценка издержек страхования осуществляется судом для того, чтобы определить наиболее дешевого страхователя. Однако такая оценка необходима и на стадии *ex ante*<sup>133</sup>, чтобы, во-первых, определить, сколько запросить с другой стороны контракта в качестве компенсации за несение данного риска<sup>134</sup>, а во-вторых,

---

<sup>130</sup> Posner R., Rozenfield A. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis // Journal of legal studies. – 1977. – Vol. 6, № 1.

<sup>131</sup> Познер Р.А. Экономический анализ права: в 2 т. / под ред. В.Л. Тамбовцева; пер. с англ. – СПб.: Эконом. школа, 2004. – Т. 1. – С. 145.

<sup>132</sup> В данном контексте – стадия возникновения конфликта.

<sup>133</sup> Стадия заключения контракта.

<sup>134</sup> Как указывает Познер, стоимость страхования так или иначе будет включена в контрактную цену.

решить, что эффективнее защитит интересы стороны, несущей бремя риска, – самострахование или рыночное страхование.

Покупка страховки на рынке – это наиболее дорогостоящий способ минимизации риска. С меньшими издержками предприниматели могут застраховать свои риски сами. Самострахование возможно во многих случаях. Например, инвестор может сократить риски, связанные с конкретной ценной бумагой, путем диверсификации портфеля (набора ценных бумаг, риски по которым не связаны друг с другом, по крайней мере частично). Еще одной формой самострахования является фьючерсный контракт. Стороны могут также включить в контракт оговорки об обстоятельствах (дополнительных к форс-мажорным), освобождающих их от ответственности за неспособность выполнить договорные обязательства.

Как правило, исполнитель является той стороной, которая может лучше нести бремя риска. Он имеет больше возможностей предотвратить наступление события, которое делает экономически нецелесообразным исполнение договора, а также оценить вероятность наступления события, если его нельзя предотвратить с разумными издержками. Исполнитель может лучше, чем плательщик, оценить и величину потерь при наступлении непредвиденного события. К тому же сам факт вступления должника в договорные отношения служит определенной гарантией его способности выполнить договор.

Тем не менее нельзя сделать однозначный вывод о том, что возложение риска на исполнителя будет во всех случаях экономически эффективным. С точки зрения экономического анализа для определения *superior risk bearer* немалое значение имеет экономический статус сторон.

Так, в договоре поставки исполнителем является поставщик. Вместе с тем поставщики делятся на два основных вида: поставщики-производители и поставщики-перекупщики. Как правило, «перекупщик, покупающий товар за свой счет с целью получить прибыль от перепродажи, должен нести риск невозможности ее осуществления. Если перекупщик хочет разделить все риски со своим поставщиком, он должен оговорить это в договоре и, соответственно, считаться с тем, что тот повысит цену в качестве компенсации за фактор риска»<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. – С. 269.

Кроме того, надо иметь в виду, что поставщиком-перекупщиком может быть и мелкий розничный торговец, и оптовый торговец, и крупный дилер. Определяя superior risk bearer, необходимо сопоставлять экономические возможности сторон.

К поставщику-производителю правовые системы разных стран относятся, как правило, более лояльно. Вместе с тем и в этом случае необходимо учитывать, что поставщиком-производителем также может быть как крупный производитель, так и мелкий фермер. Наряду с этим фактором необходимо учесть организационную форму исполнителя (так, владельцам ЗАО и товариществ очень сложно диверсифицировать риски), а также сферу его деятельности (сельскохозяйственное производство – сфера повышенного риска<sup>136</sup>).

### **§3.2. Становление и развитие института существенных затруднений в российском праве**

В отечественной правовой литературе проблема изменения обстоятельств стала активно обсуждаться в годы первой мировой войны в связи с военными рисками.

В период НЭПа российские ученые вернулись к исследованию данной проблемы. В частности, А.Г. Зейцем отстаивалась позиция, в соответствии с которой в случае изменения обстоятельств, ведущих к экономической невозможности исполнения, необходимо расторгнуть договоры в суде на основании ст. 1 ГК РСФСР 1922 г., которая выполняет функцию хозяйственной целесообразности, избавляя оборот от разорительных и бессмысленных договоров.

Однако в Гражданский кодекс РСФСР, принятый в 1964 г., была включена только норма (ст. 235), содержащая общее правило прекращения обязательства: обязательство может быть прекращено невозможностью исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое должник не отвечает. Речь, по сути, шла о том, что невозможность исполнения, прекращающая обязательство, могла быть только фактической или юридической и носить абсолютный характер.

---

<sup>136</sup> В отступление от общего правила об ответственности предпринимателей на началах риска, т.е. независимо от наличия вины, российский законодатель уравнивал повышенный риск нарушения договора производителем принципом его ответственности только за вину (ст. 538 ГК).

Экономическая невозможность исполнения, вызванная существенным изменением обстоятельств и лишь затрудняющая исполнение, в расчет не принималась.

Вместе с тем в правовой литературе неоднократно поднимался вопрос о том, чтобы признать правовое значение изменившихся обстоятельств не только для внешнеторговых договоров и внести соответствующие изменения в гражданское законодательство<sup>137</sup>.

Переход России к рыночным отношениям обозначил проблему правового регулирования долгосрочных экономических связей. С принятием в 1994 г. Гражданского кодекса Российской Федерации законодателем введена норма (ст. 451), предоставляющая возможность изменения либо расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств.

К сожалению, применение рассматриваемой статьи на практике вызывает большие сложности.

Признание законодательством правового значения изменения обстоятельств прежде всего ставит вопрос о критериях их оценки. В п. 2 ст. 451 ГК определены четыре основных критерия, которым такие обстоятельства должны удовлетворять: изменения должны носить непредвиденный и непреодолимый характер, быть чрезмерными и, наконец, ни из обычаев делового оборота, ни из договора не должно следовать, что риск изменений несет заинтересованная сторона.

При квалификации событий как существенно изменившихся обстоятельств на практике возникает много вопросов. Решения нижестоящих судов часто пересматриваются судами вышестоящих инстанций по причине неправильной квалификации и отсутствия оснований для изменения (расторжения) договора. В связи с этим представляется целесообразным рассмотреть проблемы, с которыми сталкивается заинтересованная в изменении договора сторона при необходимости доказывания соответствия произошедшего события указанным в п. 2 ст. 451 ГК условиям, а также проанализировать выработанные судами подходы к оценке представленных доказательств.

---

<sup>137</sup> Проблему изменившихся обстоятельств поднимали в своих работах Н.Г. Вилкова, З.М. Заменгоф, П.С. Смирнов.

### ***Непредвиденный характер изменений***

Данное условие предполагает, что ни одна из сторон на момент заключения договора не могла и не должна была предвидеть изменения в обороте, ставшие причиной существенного нарушения баланса интересов сторон. Суды при анализе данного условия исходят из принципа разумности действий сторон. В то же время судебная практика по данному вопросу достаточно противоречива.

В большинстве случаев суды приходят к выводу о том, что стороны, разумно оценивающие экономическую ситуацию в стране, могут и должны предвидеть возможность возникновения кризисных явлений, изменения законодательства и тем более предвидеть влияние инфляции на договорное отношение<sup>138</sup>. При этом изменение цен в процессе исполнения договора признается обычным хозяйственным риском. Такая жесткая позиция не всегда оправданна.

Безусловно, об определенных тенденциях в российской экономике контрагентам должно быть известно. К тому же есть очевидно изменчивые условия, такие как валютный курс, инфляция. В то же время предвидеть резкое изменение валютного курса или темпы инфляции вряд ли возможно<sup>139</sup>.

Вывод о возможности предвидения сторонами определенных экономических изменений должен быть мотивирован. Так, квалифицируя инфляционные процессы в экономике как предвидимое условие, можно исходить из условий инфляции, закладываемой правительством на финансовый год.

### ***Непреодолимый характер изменений***

Как справедливо отмечают М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, речь в данном случае идет об особой ситуации, причины создания которой лежат за пределами действий контрагентов и вследствие этого от них не зависят<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> Постановление ФАС Московского округа от 11.08.1999 № КГ-А40/2444-99; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 27.09.1999 № 3А56-14871/99; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26.12.2002 № А56-21418/02; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20.08.2003 № Ф03-А04/03-1/1948.

<sup>139</sup> В ряде случаев суды указывали на то, что стороны не могли разумно предвидеть темпы инфляции и резкое изменение экономической ситуации в стране. См., например: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 2 марта 2000 г. № А82-151/99-1712; Постановление ФАС Московского округа от 01.08.2000 № КГ-А40/41-02, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 15.08.2003 № Ф03-А73/03-1/1757.

Кроме того, при доказывании рассматриваемого условия заинтересованная сторона должна удостоверить как юридические, так и практические средства для преодоления возникшего имущественного дисбаланса в договорных отношениях с контрагентом<sup>141</sup>.

Анализ арбитражной судебной практики показал, что, подавая иск об изменении и расторжении договора, предприниматели не учитывают – изменение обстоятельств должно быть внешним по отношению к обеим сторонам, находиться вне их контроля. Заинтересованные в изменении (расторжении) договора контрагенты ссылаются на изменение организационно-правовой формы юридического лица – стороны договора, вхождение стороны договора в объединение юридических лиц, смену руководителя, признание стороны договора банкротом и др.

Суды обоснованно отказывают в исках об изменении (расторжении) договора в случае, если определенные негативные последствия возникают из-за действий заинтересованной стороны либо находятся под ее контролем, а также в случаях, когда заинтересованная сторона могла преодолеть возникший имущественный дисбаланс (например, путем своевременного оформления необходимой документации, досрочного погашения кредита и т.п.)<sup>142</sup>. Отсутствие согласия контрагента на изменение договора также не может рассматриваться как обстоятельство, преодоление которого невозможно<sup>143</sup>.

В юридической литературе предлагается закрепить в законе универсальный примерный перечень изменений обстоятельств, которые могут служить основанием для изменения или расторжения договора. Представляется, что разработка такого перечня вряд ли возможна. Однотипные изменения обстановки по существу различны и будут оказывать различное влияние на договоры. Кроме того, ГК РФ и другие законы уже содержат статьи, указывающие на обстоятельства, изменение которых является основанием для изменения или расторжения договора<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 446.

<sup>141</sup> Кушнарера Е. Указ. соч. С. 44.

<sup>142</sup> Постановление ФАС Московского округа от 25.01.2000 № КГ-А40/4646-99; Постановление ФАС Уральского округа от 04.01.2002 № Ф09-2558/01-ГК; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26.12.2002 № А56-21418/02.

<sup>143</sup> Постановление ФАС Московского округа от 01.10.2002 № КГ-А40/6447-02.

<sup>144</sup> См.: п. 2 ст. 959 ГК РФ; ст. 10 Закона «Об основах туристской деятельности в РФ».

### **Чрезмерная обременительность исполнения**

Любое изменение обстоятельств оказывает влияние на условия исполнения либо на его результат. Однако не любое изменение можно считать достаточным основанием для изменения и расторжения договора. Поэтому в качестве третьего обязательного условия ГК требует установить особую чрезвычайную степень изменения соотношения имущественных интересов сторон, при которой заинтересованная сторона полностью утрачивает экономический интерес к исполнению договора. «Формально правоотношения сторон остаются возмездными, однако вследствие произошедшего нарушения баланса имущественных интересов становятся абсолютно неэквивалентными»<sup>145</sup>.

Установление чрезмерной обременительности исполнения является ключевым условием принятия решения об изменении или расторжении договора. Вместе с тем ст. 451 ГК не содержит четких критериев оценки существенности изменений, что вызывает значительные сложности на практике.

С одной стороны, существенность произошедшего изменения обстоятельств должна устанавливаться сторонами и судом в каждом конкретном случае. В то же время закон должен содержать хотя бы приблизительные ориентиры, позволяющие сторонам и суду оценить существенность изменений. В отсутствие таких ориентиров контрагенты не смогут самостоятельно урегулировать проблему изменившихся обстоятельств<sup>146</sup>. Закономерна в такой ситуации и противоречивая судебная практика.

Представляется, что критерии оценки существенности изменений или пути их определения должны быть обозначены в самой правовой норме. Так, согласно ст. 6.2.2 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, решение вопроса о «фундаментальности» изменений, безусловно, зависит от конкретных обстоятельств. Однако если исполнение может быть точно измерено в денежном выражении, то изменение, составляющее 50% или более, вполне вероятно, будет составлять «существенное» изменение.

---

<sup>145</sup> Кушнарера Е. Указ. соч. – С. 44.

<sup>146</sup> В то же время п. 2 ст. 451 ГК придает приоритетное значение согласованному волеизъявлению сторон как наиболее приемлемой форме изменения или расторжения договора.



### ***Несение риска изменения обстоятельств***

В качестве четвертого обязательного условия суд должен установить, что ни обычай делового оборота, ни существо договора не предполагают необходимости возложения риска произошедшего изменения обстоятельств на заинтересованную сторону.

По мнению большинства исследователей, вопрос о распределении рисков между сторонами имеет решающее значение для разрешения договорных споров о существенных затруднениях<sup>147</sup>.

Вместе с тем вопрос о несении заинтересованной стороной риска изменения обстоятельств практически не исследуется судами. Исключением являются случаи, когда в договоре устанавливается фиксированная цена либо предусматриваются механизмы, позволяющие адаптировать договор к изменяющимся условиям. При этом оба случая неизменно рассматриваются судами как прямое принятие заинтересованной стороной на себя риска в полном объеме<sup>148</sup>. Суды на этом основании отказываются применять нормы о существенном изменении обстоятельств.

Более того, как ВАС РФ, так и федеральные арбитражные суды округов неоднократно указывали на то, что когда сторонами в договоре устанавливается механизм изменения платежей либо такие платежи рассчитываются с учетом коэффициентов или формул, учитывающих возможное изменение обстоятельств, судам необходимо исходить из того, что такие условия исключают возможность преобразования договора в связи с существенным изменением обстоятельств<sup>149</sup>.

Такой подход по меньшей мере ставит в неравное положение тех, кто предусмотрел меры адаптации договора к непредвиденным изменениям, и тех, кто проигнорировал эту возможность. Заключая

<sup>147</sup> Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / пер. с нем. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – С. 62–63; Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 268; Posner R., Rozenfield A. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis // Journal of legal studies. – 1977. – Vol. 6, № 1. – P. 83–118.

<sup>148</sup> Так, установление в договоре условия о цене в иностранной валюте рассматривается как принятие риска возможных неблагоприятных имущественных последствий в связи с изменением курса валюты. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.05.2000 № А42-6422/99-18-485/00.

<sup>149</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 06.10.1998 № 3249/98; Постановление ФАС Уральского округа от 24.05.1999 № Ф09-548/99-ГК; Постановление ФАС Московского округа от 01.10.1999 № КГ-А41/3102-99; Постановление ФАС Уральского округа от 12.02.2001 № Ф09-80/01-ГК; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15.05.2001 № А56-3091/00.

долгосрочный договор, стороны, действующие разумно, должны предусмотреть способы его адаптации к непредвиденным обстоятельствам. Однако чем более длительное время занимает рыночная сделка, тем выше степень неопределенности, тем большее число факторов способно оказывать влияние на соотношение интересов сторон и тем сложнее на момент согласования условий взаимодействия предугадать, в каком состоянии окажется рынок в момент ее завершения. Поэтому «меры адаптации, которые удастся распознать к моменту заключения договора, зачастую являются ошибочными»<sup>150</sup>.

Представляется, что установление фиксированной цены, как и любого механизма адаптации договора к непредвиденным обстоятельствам, только предполагает, что каждая из сторон приняла на себя риск возможного изменения обстоятельств. Выводы о принятии (непринятии) заинтересованной стороной на себя риска должны следовать из существа договора и обычаев делового оборота. О чем, собственно, и указано в п. 2 ст. 451 ГК.

При решении данного вопроса заслуживающим особого внимания является подход УНИДРУА. В комментарии к ст. 6.2.2 Принципов международных коммерческих договоров указывается на то, что сторона, вступающая в спекулятивную сделку<sup>151</sup>, подразумевается принимающей на себя определенную степень риска. То есть даже в случае заключения спекулятивной сделки нельзя делать однозначные выводы о том, что стороны приняли на себя риски возможного изменения обстоятельств.

Вопрос о распределении рисков должен решаться индивидуально в каждом конкретном случае. Решение этого достаточно сложного вопроса предполагает учет различных факторов. Зарубежной судебной практике известны случаи, когда суды принимают во внимание индивидуальные особенности сторон, например, исходя из того, что степень затруднительности исполнения при сравнимых обстоятельствах различна для физического лица и для крупной корпорации<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Уильямсон О. Экономические институты капитализма. – СПб.: Лениздат, 1996. – С. 291.

<sup>151</sup> К спекулятивным (рисковым) сделкам относятся, в частности, сделки, заключаемые на рынке ценных бумаг. Возможность резкого изменения курса ценных бумаг всегда учитывается сторонами.

<sup>152</sup> Васильев Е.А. Валютно-финансовый кризис и международное право. – М.: Междунар. отношения, 1982. – С. 94.

### **Правовые последствия существенного изменения обстоятельств**

Гражданский кодекс РФ различает два возможных правовых последствия сложившейся ситуации: договор либо расторгается, либо изменяется путем приведения его в соответствие с существенно изменившимися обстоятельствами. При этом п. 4 ст. 451 ГК исходит из принципа исключительности изменения договора судом: «изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств допускается по решению суда в исключительных случаях, когда расторжение договора противоречит общественным интересам либо повлечет для сторон ущерб, значительно превышающий затраты, необходимые для исполнения договора на измененных судом условиях».

По мнению М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, это объясняется тем, что, вынося решение об изменении условий договора, суд тем самым обязывает сторону исполнять договор, который она заведомо считает для себя неприемлемым<sup>153</sup>. Данный вывод не вполне понятен. Почему суд должен изменить договор таким образом, чтобы создать неприемлемость его исполнения для заинтересованной стороны?

В свое время М.И. Кулагин указывал на то, что прекращение договора как следствие экономической невозможности его исполнения далеко не всегда отвечает потребностям обеспечения стабильности хозяйственного оборота и интересам контрагентов. Во многих случаях стороны заинтересованы лишь в пересмотре договорных условий с учетом изменившейся экономической конъюнктуры<sup>154</sup>.

Одна из основных задач договорного регулирования заключается в обеспечении стабильности конкретного рыночного взаимодействия и всего оборота в целом. Таким образом, суд в первую очередь должен исследовать возможность правовой адаптации договора к непредвиденным изменениям и только в случае невозможности восстановления баланса интереса сторон рассматривать вопрос о расторжении договора.

Жесткое ограничение возможностей суда по изменению условий договора нельзя считать оправданным. Суд, решая вопрос об

---

<sup>153</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. – С. 447.

<sup>154</sup> Кулагин М.И. Избранные труды // Классика российской цивилистики. – М.: Статут, 1997. – С. 276.

изменении или расторжении договора, должен принимать наиболее оптимальное и обоснованное решение, и его выбор нецелесообразно заранее ограничивать. Излишняя регламентация полномочий суда законодателем в данном случае может ущемить интересы сторон<sup>155</sup>. Так, например, для обоснования требований об изменении договора заинтересованной стороне дополнительно к рассмотренным выше условиям надо доказать, что расторжение договора вместо его изменения будет противоречить общественным интересам либо повлечет для сторон больший ущерб.

Представляется целесообразным еще раз обратиться к положениям ст. 6.2.2 Принципов международных коммерческих договоров: если сторона ссылается на затруднения, то она в первую очередь имеет своей целью сохранить действующий договор, но изменить его условия.

Необходимо также обратить внимание на несоответствие судебной практики положениям ст. 451 ГК. Несмотря на то что по закону изменение договора является исключительной мерой, суды нередко прибегают к ней при разрешении договорных споров, связанных прежде всего с инфляционными процессами<sup>156</sup>. При этом суды практически не исследуют доказательств того, повлечет ли расторжение договора для сторон больший ущерб, чем его изменение.

Все сказанное показывает, с какими трудностями сталкиваются стороны и суд при решении вопроса об изменении или расторжении договора по основаниям, предусмотренным ст. 451 ГК РФ.

Возникновение существенных затруднений при исполнении договора разрушает его экономическую основу – баланс интересов сторон. В такой ситуации стороны нуждаются в максимально возможной правовой поддержке.

Согласно выводам экономической теории, после заключения договора любые переговоры по поводу его изменения или расторжения заранее будут неэффективными. Во-первых, они связаны с дополнительными издержками. Во-вторых, переговорная позиция

---

<sup>155</sup> Дудко А.Г. Договор в условиях существенного изменения обстоятельств // Хозяйство и право. – 1999. – № 11. – С. 36.

<sup>156</sup> Большая часть дел, рассматриваемых судами, основана на требовании заинтересованной стороны изменить договор из-за значительного удорожания стоимости исполнения в связи с инфляцией.

кредитора будет заведомо сильнее. Договориться к взаимной выгоде сторонам вряд ли удастся.

Правовые нормы должны содержать определенные механизмы, позволяющие адаптировать договор к изменившимся условиям и заранее четко определяющие правовые последствия для сторон. Опираясь на конкретные нормы права, стороны (а при необходимости – суд) значительно легче смогут разрешить возникший конфликт. Ст. 451 ГК РФ, регламентирующая действия сторон в условиях изменившихся обстоятельств, не отвечает требованиям определенности.

Кроме того, положение п. 4 ст. 451 ГК о том, что решение об изменении договора должно приниматься в исключительных случаях, является экономически не обоснованным. Зачастую стороны заинтересованы лишь в пересмотре договорных условий с учетом изменившейся экономической ситуации.

Решение вопроса о расторжении или изменении договора вследствие возникновения существенных затруднений зависит от конкретных обстоятельств. Суды должны иметь законную возможность решать данный вопрос по своему усмотрению.

### **§3.3. Договорные условия о форс-мажоре и затруднительных обстоятельствах в предпринимательской практике**

В предпринимательской практике институт договора, как правило, используется для организации длительных хозяйственных связей. На этапе заключения долгосрочного договора стороны не могут предвидеть, какие условия (политические, экономические, правовые) будут преобладать в момент его исполнения. Между тем в условиях объективно изменившихся обстоятельств исполнение договора для одной из сторон может стать невозможным или чрезвычайно затруднительным.

Стремление к определенности в договорных отношениях и не всегда четкое правовое регулирование правовых последствий изменения обстоятельств, влияющих на исполнение договора, привели к довольно широкому использованию в коммерческой практике условий о форс-мажоре и затруднительных обстоятельствах (стабилизационных оговорок).

Чем более ясные положения содержит позитивное право, тем в меньшей степени стороны вынуждены уточнять свои взаимоотношения в договоре на случай наступления непредвиденных обстоятельств. В свою очередь неопределенность правовых норм вызывает большие трудности при согласовании и формулировании таких условий.

Проблема еще более обостряется, когда речь идет о сделках, заключаемых в области внешнеэкономической деятельности. Как справедливо отмечает А.С. Комаров, возможность регулирования договора нормами различных правовых систем, содержащих подчас различные концепции невозможности (существенного затруднения) исполнения обязательств, толкает партнеров на включение в свой договор многословных порой казуистических положений<sup>157</sup>, регламентирующих действия сторон в условиях изменившихся обстоятельств.

В связи с этим представляется необходимым установить, какие формулировки стабилизационных оговорок будут наиболее полезными для сторон в случае возникновения непредвиденных обстоятельств.

Включение в договор условий о форс-мажоре и существенных затруднениях требует осторожного и разумного подхода. Стабилизационные оговорки только тогда уместны и достигают своей цели, когда они отличаются от доктрин «форс-мажора» и «существенных затруднений», применяемых в случае их отсутствия. При этом стороны своим соглашением могут как расширять, так и сужать применение в конкретном случае концепций, предусмотренных нормами международного и внутригосударственного права.

Таким образом, участники договорных отношений, прежде всего, должны для себя уяснить основополагающие различия двух правовых концепций, направленных на решение проблемы изменившихся обстоятельств: концепции невозможности (форс-мажора) и концепции затруднений.

Концепция форс-мажора направлена прежде всего на решение проблем, следующих из невозможности исполнения, путем приостановления или прекращения договора. По общему правилу должник освобождается от исполнения договора лишь на время, пока продолжает действовать событие, препятствующее его исполнению.

---

<sup>157</sup> Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. – М., 1991. – С. 74.

При этом срок исполнения продлевается на разумный период. Если случай, который составляет форс-мажор, постоянен или продолжается после истечения определенного времени, договорное обязательство прекращается. Кроме того, наступление событий, препятствующих исполнению договора, освобождает должника от ответственности за нарушение договорных обязательств<sup>158</sup>.

Необходимо учитывать, что классическая концепция форс-мажора представляет собой жесткий подход к решению проблемы изменившихся обстоятельств и неприменима к случаям, когда исполнение договора возможно, но в результате наступления непредвиденных обстоятельств, становится крайне затруднительным.

Концепция затруднений, напротив, демонстрирует гибкий подход и направлена на восстановление равновесия договора. В качестве основной она решает задачу правовой адаптации договора к непредвиденным изменениям.

Сторона, ссылающаяся на затруднения, может инициировать пересмотр условий контракта, с тем чтобы, восстановив первоначальный баланс интересов, продолжить его исполнение.

Вместе с тем участники договорного обязательства должны учитывать, что подходы различных правовых систем к решению проблемы изменившихся обстоятельств отличаются в разных странах<sup>159</sup>. Само понятие «форс-мажор» в различных правовых системах имеет неодинаковый смысл и содержание<sup>160</sup>. Различаются также условия, при которых произошедшие изменения признаются «форс-мажорными». В ряде стран при решении вопроса об освобождении от ответственности применяются иные, нежели форс-мажор, категории<sup>161</sup>.

Что касается концепции существенных затруднений, то она является сравнительно новой не только для российской, но и для международной контрактной практики. Некоторые правовые системы до сих пор не признают затруднения оправданием неисполнения

---

<sup>158</sup> Кроме обязанности уплатить проценты годовых по денежным долгам.

<sup>159</sup> См. подробно: Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – М., 2004. – Т. 1.; Гражданское и торговое право капиталистических государств: учебник / под ред. проф. Р.Л. Нарышкиной. – М., 1983. – Ч. I.

<sup>160</sup> См., н-р: Канашевский В.А. Условия о форс-мажоре во внешнеэкономических контрактах // Журнал российского права. – 2009. – № 2. – С. 91–99.

<sup>161</sup> Например, impossibility of performance (невозможность исполнения) в Англии или impracticability of performance (неосуществимость исполнения) в США.

договоров. Кроме того, не во всех правовых системах предусмотрена возможность адаптации контракта к изменившимся условиям.

### ***Форс-мажорная оговорка***

*Обстоятельства, освобождающие от ответственности за неисполнение (ненадлежащее исполнение) договорных обязательств*

Как правило, стороны включают в форс-мажорную оговорку открытый перечень событий, которые, по их мнению, могут быть признаны обстоятельствами непреодолимой силы. Такой подход был заимствован российскими предпринимателями из международной деловой практики. Вместе с тем представляется, что формулировка условия о форс-мажоре должна различаться в национальных и международных контрактах.

Использование подобных оговорок при заключении договоров с участием иностранных контрагентов имеет свои резоны. Во-первых, как уже отмечалось, условия, освобождающие от ответственности за неисполнение договора, неодинаковы в праве разных стран, и при отсутствии в оговорке конкретного перечня обстоятельств, которые стороны считают непреодолимыми, между ними неизбежно возникнут разногласия по поводу того, является ли возникшее препятствие форс-мажорным или нет.

Во-вторых, международный арбитраж принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к нему.

При согласовании условия о форс-мажоре во внешнеэкономической сделке стороны могут обратиться к Типовой форс-мажорной оговорке, разработанной Международной торговой палатой. Данный документ содержит неисчерпывающий перечень обстоятельств, освобождающих от договорной ответственности. К таким обстоятельствам относятся:

- 1) объявленная и не объявленная война, в том числе гражданская, беспорядки, революции, пиратство, саботаж;*
- 2) стихийные бедствия, такие как ураганы, циклоны, землетрясения, цунами, наводнения, разрушения в результате молний;*
- 3) взрывы, пожары, выход из строя (разрушение) машин, оборудования, фабрик или любых видов установок;*
- 4) бойкоты, забастовки и локауты любых видов, замедление работы, оккупирование фабрик и помещений, остановки в работе,*



*происходящие на предприятии стороны, претендующей на освобождение от ответственности;*

5) законные и незаконные действия властей<sup>162</sup>, кроме тех, в отношении которых сторона, претендующая на освобождение от ответственности, приняла на себя риск в силу положений договора<sup>163</sup>.

При этом сторонам, согласовывающим договорное условие об освобождении от ответственности на основе Типовой оговорки о форс-мажоре, необходимо учитывать следующее. Во-первых, не все указанные в Типовой оговорке препятствия безоговорочно являются основанием освобождения от договорной ответственности. Для того чтобы наступившее событие могло быть квалифицировано как форс-мажор, оно должно отвечать обоим признакам непреодолимой силы. Такое событие должно быть объективно непредотвратимым в конкретной ситуации и непредвиденным (чрезвычайным) одновременно. Одни и те же обстоятельства в разных условиях могут быть оценены по-разному.

Во-вторых, как уже было указано, данный перечень не является исчерпывающим. В него не включены многие обстоятельства, наступление которых может препятствовать исполнению коммерческих договоров.

Наиболее часто стороны включают в договор в качестве основания освобождения от ответственности такие события, как аварии и забастовки на транспорте, недостаток или срыв поставок сырья, материалов, оборудования, перерыва или задержки в транспортировке, невыполнение обязательств субпоставщиком.

Расширяя число ситуаций, предполагающих освобождение от договорной ответственности, стороны должны иметь в виду, что их последующая квалификация в качестве основания освобождения от ответственности будет зависеть от многих факторов.

Так, по договору на поставку определенного оборудования, часть которого изготавливается субпоставщиком, продавец может быть освобожден от ответственности, если причиной неисполнения

---

<sup>162</sup> Вместе с тем, как следует из п. 3 рассматриваемого документа, если иное не предусмотрено в договоре, препятствием не является отсутствие разрешения, лицензий, въездных виз или разрешений на пребывание, одобрений, необходимых для исполнения договора и которые должны выдаваться любыми государственными органами в стране контрагента, претендующего на освобождение от ответственности.

<sup>163</sup> Типовая оговорка о форс-мажоре. – М.: Консалтбанк, 1997.

обязанности субпоставщиком явилось форс-мажорное обстоятельство. Кроме того, для освобождения от ответственности продавец должен доказать, что он не смог нигде приобрести ту часть оборудования, которую должен был изготовить субпоставщик, и что нарушение договора субпоставщиком нельзя было предвидеть при заключении договора.

В то же время, стороны могут включить в договор условия, не относящиеся к форс-мажору, но освобождающие вместе с тем от ответственности. Так, например, в договоре можно предусмотреть возможность освобождения поставщика от ответственности за нарушение обязанностей субпоставщиком, если последний поименован в договоре поставки либо является единственным в регионе производителем, например, необходимых комплектующих.

Что касается национальных контрактов, то целесообразность перечисления в них событий, которые стороны считают обстоятельствами непреодолимой силы, вызывает определенные сомнения.

Необходимо учитывать, что ст. 401 ГК РФ дает понятие непреодолимой силы. В соответствии с п. 3 рассматриваемой статьи лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, *т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника<sup>164</sup>, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств.*

Следовательно, должнику для освобождения от исполнения договорного обязательства как при наличии в оговорке перечня форс-мажорных событий, так и в его отсутствие необходимо доказывать, что к невозможности исполнения им договорных обязательств привело именно обстоятельство непреодолимой силы.

---

<sup>164</sup> Действие данной нормы ставит под сомнение возможность освобождения должника от ответственности в случае, если причиной неисполнения обязательств со стороны его контрагента стало форс-мажорное обстоятельство. Таким образом, российский законодатель не учел, что причиной неисполнения обязанности контрагентом должника может быть форс-мажорное обстоятельство.

Анализ арбитражной практики показал, что суды с большой осторожностью подходят к вопросу об отнесении перечисленных в договоре обстоятельств к разряду форс-мажорных<sup>165</sup>. Такой подход представляется вполне обоснованным. Как справедливо отмечает А.С. Комаров, слишком широкие формулировки условий освобождения от ответственности ослабляют правовую силу договорных обязательств, что вряд ли соответствует интересам коммерческого оборота<sup>166</sup>. Последующий судебный контроль направлен также и на ограничение использования недобросовестной стороной форс-мажорной оговорки в качестве средства освобождения от ответственности за неисполнение своих обязательств.

Таким образом, стороны национального контракта не вправе произвольно определять перечень форс-мажорных обстоятельств. В таком случае могут ли они предусмотреть в договоре основания, не относящиеся к форс-мажору, но освобождающие вместе с тем от ответственности? На этот вопрос следует ответить положительно в случае, если основания и размер ответственности сторон определены исключительно договором. В то же время стороны не имеют такой возможности, когда ответственность за неисполнение договора регламентируется законодательно.

Выше была рассмотрена возможность включения в международный контракт условия освобождения поставщика от ответственности в случае нарушения договора субпоставщиком, поименованным в контракте. Представляется, что в силу действия ст. 403 ГК РФ<sup>167</sup> российские предприниматели такой возможности не имеют.

---

<sup>165</sup> См., например: Постановление ФАС УО от 25.04.1997 № Ф09 – 291/97 – ГК; Постановление ФАС ДВО от 5 октября 1999 г. № Ф03 – А51/99-1/1400; Постановление ФАС ДВО от 2 апреля 2001 № Ф03-А51/01-1/406; Постановление ФАС Московского округа от 02.06.2008 № КГ-А40/3735-08 по делу № А40-51485/07-24-401; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 09.06.2009 по делу № А32-12469/2008-18/304.

<sup>166</sup> Комаров А.С. Указ. соч. С. 75.

<sup>167</sup> В соответствии со ст. 403 ГК РФ должник отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых было возложено исполнение, если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем 3-е лицо. Так, ГК предусматривает ответственность вторичного пользователя (субфранчайзи) перед правообладателем по договору коммерческой концессии. Вместе с тем в законодательных положениях о договоре поставки такая ситуация не предусмотрена.

### *Действия сторон после наступления форс-мажорных обстоятельств*

Оговорку о форс-мажоре как во внешнеэкономическом, так и в национальном контракте необходимо также использовать для конкретизации действий сторон. В случае наступления после заключения договора непредвиденных обстоятельств стороны должны принять разумные меры для сокращения убытков. Первое, что может и должна сделать сторона, ссылающаяся на форс-мажор, – своевременно уведомить контрагента о возникновении препятствий к исполнению договора.

В связи с этим уместно обратиться к Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров. В соответствии с п. 3 ст. 79 Конвенции основной обязанностью стороны, претендующей на освобождение от ответственности, является своевременное информирование о возникшем препятствии и его влиянии на возможность исполнить обязательство<sup>168</sup>. Сторона, нарушившая договор, ответственна за убытки, возникшие вследствие отсутствия уведомления (позднего уведомления).

Вследствие этого стороны должны особо оговорить порядок уведомления о возникновении препятствий, а также порядок удостоверения (подтверждения) соответствующего форс-мажорного события. В договоре целесообразно указать, в какой срок и каким образом должно быть сделано уведомление, а также определить перечень документов, являющихся доказательством наступления обстоятельств непреодолимой силы.

В договоре можно также предусмотреть, что неуведомление, как и несвоевременное уведомление о наступлении форс-мажорных обстоятельств, лишает контрагента права ссылаться на них для оправдания неисполнения.

### *Последствия форс-мажора для договорных обязательств*

На период действия форс-мажорного события должник освобождается от исполнения договорного обязательства. Следовательно, срок исполнения договора продлевается на время действия указанных событий.

Необходимо учитывать, что событие, препятствующее исполнению договора, может действовать продолжительное время. Поэтому

---

<sup>168</sup> Аналогичные положения содержит Типовая оговорка о форс-мажоре, разработанная Международной торговой палатой.

в оговорке о форс-мажоре целесообразно предусмотреть, что по истечении определенного срока после наступления обстоятельства одна из сторон или оба контрагента вправе отказаться от договора<sup>169</sup>. Более того, в определенных случаях стороны на случай форс-мажора могут предусмотреть автоматическое прекращение договора.

### *Договорные условия о затруднительных обстоятельствах*

Как уже отмечалось, концепция затруднений является сравнительно новой не только для российской, но и для международной контрактной практики. Некоторые правовые системы до сих пор не признают затруднения оправданием неисполнения договоров. Не решила существующую проблему и Венская Конвенция. Это обуславливает большую практическую значимость оговорок о затруднениях как во внутреннем обороте, так и в международной торговле.

Проблема изменившихся обстоятельств подробно проанализирована в «Предложениях по формулированию Положения о существенном изменении обстоятельств», подготовленных Международной Торговой Палатой (*Положение МТП*)<sup>170</sup>. Данные положения не являются типовой оговоркой, они лишь предлагают возможные варианты решения проблемы затруднений, которые могут быть включены как в международный, так и в национальный контракт.

Представляется, что при согласовании условия о существенном затруднении стороны должны решить два основных вопроса: о критериях оценки изменившихся обстоятельств (затруднений), а также о способах приведения договора в соответствие с произошедшими изменениями.

### *Критерии оценки существенности произошедших изменений*

В Положении МТП указывается на то, что наступившие события должны быть непредвидимыми, носить объективный характер, повлечь за собой исключительное обременение в исполнении контрактных обязательств для одной из сторон. В результате наступления данных обстоятельств значительно изменяется баланс контракта.

---

<sup>169</sup> Венская Конвенция предоставляет право на расторжение договора только стороне-кредитору и не предоставляет его неисправной стороне.

<sup>170</sup> Предложения по формулированию Положения о существенном изменении обстоятельств. Информационно-справочная система «Консультант+».

В свою очередь ст. 451 ГК РФ признает изменение обстоятельств существенным, «когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях».

Таким образом, ни в Положении МТП, ни в Гражданском кодексе РФ не определены четкие критерии оценки существенности произошедших изменений. С одной стороны, прав А.Г. Дудко, который отметил, что значительность утраты для стороны выгоды от договора определяется в зависимости от конкретных обстоятельств дела<sup>171</sup>. С другой стороны, если критерии оценки существенности изменений не будут определены сторонами на стадии заключения договора, возможность самостоятельной корректировки условий соглашения в случае их наступления будет сведена к минимуму.

Представляется, что в условиях отсутствия каких-либо правовых ориентиров определить пределы учета изменения обстоятельств достаточно сложно. Ситуация еще более усложняется тем, что и в судебной практике нет единого подхода к решению вопроса об оценке существенности изменений.

Изложенные обстоятельства приводят к тому, что, определяя критерии оценки возможных затруднений, стороны также ограничиваются такими положениями, как «чрезмерное обременение», «значительное изменение» и т.п. Подобные формулировки не создадут большей определенности в их отношениях. Учитывая неопределенность законодательных положений, участники договора должны сами установить четкие критерии оценки существенности произошедших изменений.

Один из вариантов решения данной проблемы предложен в Принципах УНИДРУА. Согласно ст. 6.2.2 Принципов, решение вопроса о «фундаментальности» изменений, безусловно, зависит от конкретных обстоятельств. Однако если исполнение может быть точно измерено в денежном выражении, то изменение, составляющее 50% или более, вполне вероятно, будет являться существенным.

Помимо того, что в рассматриваемой статье предложен критерий оценки произошедших изменений, в ней сделан акцент еще на одно

---

<sup>171</sup> Дудко А.Г. Договор в условиях существенного изменения обстоятельств // Хозяйство и право. – 1999. – № 11. – С. 34.

значимое обстоятельство: важно не то, что внешние обстоятельства в принципе существенно изменились, а то, насколько существенно это сказалось на исполнении конкретного договорного обязательства<sup>172</sup>.

*Правовые последствия существенного изменения обстоятельств*

Концепция существенных затруднений определяет два возможных правовых последствия сложившейся ситуации: договор либо расторгается, либо приводится в соответствие с изменившимися обстоятельствами.

При этом Гражданский кодекс РФ исходит из принципа исключительности изменения договора судом. Так, в соответствии с п. 4 ст. 451 Кодекса изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств допускается по решению суда в исключительных случаях, когда расторжение договора противоречит общественным интересам либо повлечет для сторон ущерб, значительно превышающий затраты, необходимые для исполнения договора на измененных судом условиях.

По справедливому замечанию А.Г. Дудко, излишняя регламентация полномочий суда в данном случае может ущемить интересы сторон<sup>173</sup>. Так, например, для обоснования требований об изменении договора заинтересованной стороне необходимо доказать, что расторжение договора вместо его изменения будет противоречить общественным интересам либо повлечет для сторон больший ущерб.

Исключительный характер изменения договора не является оправданным и с экономической точки зрения. Как правило, в случае расторжения договора стороны несут дополнительные издержки. В частности, они будут вынуждены обратиться за альтернативным рыночным исполнением. Особую заинтересованность в адаптационных механизмах имеют стороны долгосрочного договора, связанного с крупными инвестициями.

На приоритет изменения договора перед его расторжением указывают и международные нормы. Так, согласно ст. 6.2.2 Принципов

---

<sup>172</sup> На это обстоятельство указывает также А.Г. Дудко: «<...> существо проблемы состоит скорее не в том, насколько существенно изменились обстоятельства, из которых исходили стороны, а как существенно изменились их договорные обязательства».

<sup>173</sup> Дудко А.Г. Указ. соч. – С. 36.

международных коммерческих договоров, если сторона ссылается на затруднения, то она в первую очередь имеет своей целью сохранить действующий договор, но изменить его условия.

В свою очередь в Положении МТП, где детально рассмотрены возможные последствия ситуации затруднений для сторон контракта, также указывается на то, что сторона, ссылающаяся на существенные затруднения, вправе потребовать пересмотра положений контракта<sup>174</sup>.

### ***Способы адаптации договора к произошедшим изменениям***

В оговорке о затруднениях должна быть регламентирована процедура адаптации договора к произошедшим изменениям. Например, может быть предусмотрена обязанность сторон вступить в добросовестные переговоры либо обратиться к незаинтересованному 3-му лицу (третейскому эксперту, посреднику) для урегулирования ситуации.

Как следует из Положения МТП, при наличии предложения о пересмотре контракта стороны обязаны осуществить консультации на справедливой основе с целью не допустить ни для одной из сторон дополнительного ущерба.

На случай, если в течение 90 дней с даты направления предложения о пересмотре контракта стороны не смогут договориться, в оговорку может быть включена одна из четырех предлагаемых в Положениях альтернатив.

*1. Контракт сохраняет свою силу в соответствии с его первоначальными положениями.*

*2. Любая из сторон получает возможность обратиться к посреднику, назначенному Постоянным комитетом МТП по урегулированию договорных отношений. Вместе с тем стороны лишь обязаны рассмотреть принятое посредником решение. Если оно не принято ими, контракт сохраняется в первоначальном виде.*

*3. Любая из сторон получает возможность обратиться к посреднику, назначенному МТП. Однако в этом случае решение посредника является обязательным для сторон.*

---

<sup>174</sup> Вместе с тем в комментариях четко установлен запрет для стороны, испытывающей затруднения в исполнении договора, ссылаться на данное обстоятельство, если она не потребовала (причем требование должно быть мотивированным) пересмотра договора в разумный срок после того, как она узнала о событии и его влиянии на экономику контракта.



*4. Спор передается на рассмотрение арбитража, предусмотренного в контракте, либо при отсутствии такой договоренности – в компетентный суд. Решение, вынесенное судом, является обязательным для сторон.*

Согласно первой альтернативе, пересмотр контракта возможен только при согласии обеих сторон. При этом в Положении ничего не сказано, что делать стороне, направившей предложение об изменении договора, в случае, если вторая сторона молчит или отказывается от переговоров. На этот случай в оговорке необходимо определить объем правомочий, предоставляемых неисправной стороне, в случае уклонения ее контрагента от переговоров.

Представляется также, что Положением установлен неприемлемо большой срок (90 дней) для проведения переговоров сторон. Тем более если они впоследствии намерены передать вопрос о пересмотре контракта в третейский или арбитражный суд. Необходимо также учитывать, что требование пересмотра контракта само по себе (в отличие от форс-мажора) не приостанавливает его исполнение. То есть сторона, испытывающая значительные затруднения, вынуждена исполнять контракт.

Оговорка о существенных затруднениях является механизмом адаптации контракта к непредвиденным обстоятельствам. Вместе с тем совершенно очевидно, что возможности этого механизма в трактовке Положения МТП очень ограничены. Таким образом, адаптация сводится к регламентации процедуры пересмотра условий соглашения.

Наряду с установлением процедурного порядка пересмотра договора стороны должны также определить параметры содержательной оценки предложений сторон по его адаптации. Этим, как указывает А.Г. Дудко, контролируется риск осуществления обеими сторонами недобросовестного поведения при адаптации, создавая в то же время дополнительные возможности для успеха их переговоров по адаптации<sup>175</sup>.

Кроме того, это создаст возможность «автоматического» изменения договора в соответствии с согласованными сторонами индексами или формулами. Оговорка, содержащая механизмы автоматической

---

<sup>175</sup> Дудко А.Г. Правовая адаптация долгосрочных договоров к изменившимся обстоятельствам: автореф. дис. ... канд. юр. наук. – М., 2002.

адаптации договора к непредвиденным изменениям, по мнению автора, является наиболее эффективной.

Возможность адаптации договора в ходе переговоров сторон вызывает определенные сомнения. Непредвиденные изменения внешней среды, как правило, приводят к существенному нарушению баланса интересов сторон, установленному ими на этапе заключения договора. В новых условиях одна из сторон получает дополнительные выгоды, к тому же ее переговорная позиция будет заведомо сильнее. Указанные преимущества создают сильные стимулы к ее оппортунизму, который, как правило, проявляется в уклонении от переговоров.

Данный вывод подтверждает судебная практика. Так, договором аренды<sup>176</sup> было предусмотрено, что размер арендной платы может быть изменен по соглашению сторон, но не чаще одного раза в год, исходя из официально установленного уровня инфляции, утверждаемого постановлением Правительства РФ или иным уполномоченным органом.

Вследствие недостижения соглашения об изменении арендной платы арендодатель был вынужден обратиться в суд. Как следует из Постановления ВАС РФ, само по себе включение в договор аренды условия, которым установлено, что арендная плата может быть изменена по соглашению сторон не чаще одного раза в год в связи с теми или иными обстоятельствами (ростом инфляции и др.), не является принятием сторонами сделки на себя обязательств по заключению в будущем соглашения об изменении договора в этой части.

В другом случае стороны при заключении договора согласовали дополнительные гарантии защиты прав арендодателя от негативных последствий роста инфляции, закрепив за ним право на односторонний отказ<sup>177</sup> от исполнения договора в случае неподписания арендатором дополнительного соглашения об изменении арендной платы<sup>178</sup>.

Однако более рациональным представляется договорное условие, которым предусмотрена возможность одностороннего изменения

---

<sup>176</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 13 апреля 2010 г. № 1074/10.

<sup>177</sup> В соответствии со ст. 310 ГК, односторонний отказ от исполнения обязательства (одностороннее изменение обязательства), связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, допускается также в случаях, предусмотренных договором. В то время как односторонний отказ от исполнения договорных обязательств и одностороннее изменение условий договора в непредпринимательской сфере возможны только в случаях, предусмотренных законом.

<sup>178</sup> Определение ВАС РФ от 25 февраля 2010 г. № ВАС-1074/10.

размера арендной платы в случае корректировки индекса инфляции или при индексации ставок земельного налога<sup>179</sup>.

Стороны могут расширить возможности адаптации договора к непредвиденным обстоятельствам путем закрепления в нем соответствующих условий. Так, М.Г. Розенберг обоснованно указывает на то, что при заключении договора и определении его условий стороны должны исходить из разумной оценки обстоятельств, в которых он будет исполняться. С целью обеспечения баланса имущественных интересов контрагенты при заключении договора могут, в частности, предусмотреть следующее:

*1) установить цены на уровне, который отличается от существующего на момент заключения договора;*

*2) согласовать условия о применении так называемых «скользящих» цен (повышающихся или понижающихся в определенной пропорции в разные периоды действия договора или в зависимости от конкретных обстоятельств, например при изменении стоимости указанных выше составляющих цены предмета договора);*

*3) установить, что оплата производится в рублях по эквиваленту суммы, определенной в иностранной валюте или в условных денежных единицах;*

*4) указать, что цены твердые и не подлежат изменению в течение срока договора, одновременно включив те или иные льготные условия, которые обеспечивают баланс их имущественных интересов даже при существенном изменении уровня рыночных цен;*

*5) предусмотреть в договоре обязанность соответствующей стороны обязательства заключить в пользу другой стороны или в свою пользу договор страхования от определенных рисков либо в распределении между сторонами расходов по их страхованию<sup>180</sup>.*

Адаптация сторонами договора становится также возможной за счет включения в него гибких условий. Например, при заключении договора стороны могут определить, что в процессе исполнения он будет дополнен определенными положениями.

Разрабатывая приемы адаптации договора к изменившимся обстоятельствам, стороны могут воспользоваться возможностями,

---

<sup>179</sup> Определение ВАС РФ от 23.04.2010 № 4137/10.

<sup>180</sup> Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. – М.: Юрид. лит., 1995. – С. 208–209.

предоставляемыми правовой системой. В частности, в ст. 320 ГК РФ предусмотрена возможность исполнения договора одним из указанных в нем предметов либо одним из предусмотренных в нем действий. Если иное не предусмотрено договором, право выбора принадлежит должнику.

Так, например, поставщик принимает обязательство предоставить покупателю товар типа А или Б. В случае, если впоследствии будет запрещено производство (запрещен ввоз) товара типа А, поставщик получает право предоставить товар типа Б.

В договоре также может быть предусмотрено исполнение путем доставки железнодорожным или автомобильным транспортом. В случае введения конвенционных ограничений на железнодорожном транспорте товар может быть доставлен покупателю автомобильным транспортом.

Вместе с тем стороны должны учитывать, что судебная практика неизменно рассматривает наличие в договоре оговорки о его адаптации к изменившимся обстоятельствам в качестве прямого принятия стороной на себя риска в полном объеме. Как ВАС РФ, так и Федеральные арбитражные суды округов неоднократно указывали на то, что, когда сторонами в договоре устанавливается механизм изменения платежей либо такие платежи рассчитываются с учетом коэффициентов или формул, учитывающих возможное изменение обстоятельств, судам необходимо исходить из того, что такие условия исключают возможность преобразования договора в связи с существенным изменением обстоятельств<sup>181</sup>.

Суды не учитывают то, что чем более длительное время занимает рыночная сделка, тем выше степень неопределенности, тем большее число факторов способно оказывать влияние на соотношение интересов сторон и тем сложнее на момент согласования условий взаимодействия предугадать, в каком состоянии окажется рынок в момент ее завершения. Поэтому «меры адаптации, которые удается распознать к моменту заключения договора, зачастую являются ошибочными»<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 06.10.1998 № 3249/98; Постановление ФАС Уральского округа от 24.05.1999 № Ф09-548/99-ГК; Постановление ФАС Московского округа от 01.10.1999 № КГ-А41/3102-99; Постановление ФАС Уральского округа от 12.02.2001 № Ф09-80/01-ГК; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 15.05.2001 № А56-3091/00.

Вопрос о распределении рисков должен решаться индивидуально в каждом конкретном случае. Решение этого достаточно сложного вопроса предполагает учет различных факторов. Зарубежной судебной практике известны случаи, когда суды принимают во внимание индивидуальные особенности сторон, например, исходя из того, что степень затруднительности исполнения при сравнимых обстоятельствах различна для физического лица и для крупной корпорации<sup>183</sup>.

### ***Оговорки о распределении рисков***

При заключении договора и определении его условий стороны должны исходить из разумной оценки обстоятельств, в которых он будет исполняться. Может существовать множество обстоятельств, которые находятся вне контроля сторон и способны сделать тщетным их первоначальное соглашение. Однако далеко не каждое из таких обстоятельств является непредвидимым. Стороны договора должны знать, что ст. 451 ГК РФ, как и оговорка о существенных затруднениях, применима только в случае непредвиденных изменений внешней среды.

В то же время анализ арбитражной судебной практики показал, что в большинстве случаев неисправная сторона апеллирует к положениям ст. 451 в случае предвидимых изменений внешней среды. К таким изменениям суды обоснованно относят рост цен, изменения валютного курса, инфляционные процессы, изменения условий реализации товаров на рынке и др.

Так, в одном из постановлений ФАС Восточно-Сибирского округа указывалось на то, что истец, заключая спорный договор, должен был предвидеть инфляционные процессы и возможный рост цен. Сторона, заинтересованная во внесении изменений в договор, не проявила должной осмотрительности, какая от нее требовалась по характеру договора и условиям оборота<sup>184</sup>.

В свою очередь в Определении ВАС РФ было отмечено, что, вступая в договорные отношения, стороны должны были прогнозировать

---

<sup>182</sup> Уильямсон О. Экономические институты капитализма. – СПб.: Лениздат, 1996. – С. 291.

<sup>183</sup> Васильев Е.А. Валютно-финансовый кризис и международное право. – М.: Междунар. отношения, 1982. – С. 94.

<sup>184</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 10.08. 2006 по делу № А33-30379/05-Ф02-3960/06-С2.

экономическую ситуацию, в связи с чем не могли исключить вероятность роста цен в период исполнения сделки<sup>185</sup>.

МКАС при ТПП РФ не признал основанием для освобождения покупателя от предусмотренной контрактом ответственности изменение условий реализации товаров на рынке, так как оно относится к обычным рискам, которые покупатель должен учитывать при осуществлении коммерческой деятельности<sup>186</sup>.

Безусловно, в момент заключения договора стороны могли и должны были предвидеть указанные изменения и, следовательно, распределить между собой соответствующие риски. В то же время на практике часто возникают ситуации, когда одна из сторон при заключении договора, принимая на себя риск изменения обстоятельств<sup>187</sup>, объективно не может предвидеть масштабы принимаемого риска.

Представляется, что в соответствии с п. 2 ст. 451, договор может быть расторгнут или изменен судом не только в случае, когда стороны не могли разумно предвидеть соответствующие риски при его заключении, но и тогда, когда принятый должником на себя риск оказался чрезвычайно обременительным. Суды же, установив факт принятия неисправной стороной риска, степень его обременительности уже не оценивают<sup>188</sup>. Неправильное толкование судами положений п. 2 ст. 451 ГК РФ требует более основательной проработки указанной проблемы на уровне обобщения судебной практики.

На основании проведенного исследования можно сделать некоторые рекомендации участникам договорных отношений.

На этапе заключения договора стороны должны выстроить определенную систему способов защиты своих прав в условиях изменившихся обстоятельств.

В договор целесообразно включить три вида стабилизационных оговорок:

---

<sup>185</sup> Определение ВАС РФ от 13.07.2010 № ВАС-8602/10 по делу № А40-81247/09-28-616.

<sup>186</sup> Решение МКАС при ТПП РФ от 03.09.1998 по делу № 169/1996.

<sup>187</sup> Заключая, например, договор займа в иностранной валюте либо определяя в твердой сумме размер арендной платы по договору аренды.

<sup>188</sup> См., например: Постановление ФАС Поволжского округа от 05.10.1999 № А55-1615/99-8; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.05.2000 № А42-6422/99-18-485/00; Постановление ФАС Московского округа от 11.05.2004 № КГ-А40/3323-04; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11.01.2007 № Ф04-8719/2006(29809-А75-16) по делу № А75-2991/2006.

- форс-мажорные;
- о существенных затруднениях;
- о распределении рисков изменения обстоятельств.

При согласовании таких условий стороны могут использовать типовые оговорки, но они обязательно должны быть адаптированы к потребностям договора, в который они включены.

Условия договора о форс-мажоре и затруднениях отличаются друг от друга по своим целям в отношении ситуации изменившихся обстоятельств и правовым последствиям для договорного обязательства. Форс-мажорная оговорка решает проблемы, следующие из невозможности исполнения договора. Оговорка о затруднениях решает задачу правовой адаптации договора к непредвиденным изменениям.

Формулировки условий о форс-мажоре имеют свою специфику во внешнеэкономических и национальных контрактах. В национальных контрактах форс-мажорная оговорка имеет смысл для уточнения порядка взаимодействия сторон при возникновении подобных обстоятельств и порядка доказывания их наличия.

Оговорки о затруднениях в современной практике используются наряду с форс-мажорными оговорками либо вместо них как более значимые.

В оговорке о существенных затруднениях необходимо определить:

- 1) критерии оценки существенности произошедших изменений;
- 2) параметры содержательной оценки предложений сторон по адаптации договора к произошедшим изменениям;
- 3) процедурный порядок пересмотра договора.

Такая структура оговорки о существенных затруднениях рекомендуется для включения как во внешнеэкономический, так и в национальный контракт.

Изменение валютного курса, инфляционный процесс, рост цен, изменение условий реализации товаров на рынке являются обстоятельствами, относящимися к обычным предпринимательским рискам, которые должны быть распределены в договоре.

Более рациональной представляется оговорка, содержащая механизмы автоматической адаптации договора к произошедшим изменениям.

И, наконец, стороны должны учитывать, что российские суды неизменно рассматривают наличие в договоре механизмов по его

адаптации к изменившимся обстоятельствам в качестве прямого принятия одной из сторон на себя риска в полном объеме. Стороны должны быть готовы к тому, что при установлении факта принятия риска одной из сторон степени его обременительности суды уже не оценивают.

### *Итоговые положения*

В предпринимательской практике достаточно часто встречаются случаи, когда в силу действия объективных факторов выполнение условий договора становится крайне невыгодным или невыполнимым.

Как только намерение хотя бы одной из сторон выполнить условия соглашения исчезает, разрушается сам договор<sup>189</sup>, его экономическая основа, но юридическая связанность сторон сохраняется, а следовательно, сохраняется обязанность исполнения договорных обязательств. Вместе с тем стоимость исполнения договора для одной стороны может существенно возрасти. Если в результате взаимодействия ухудшится положение одного из участников, такое взаимодействие не будет считаться экономически эффективным.

В мировой практике получили развитие две основные правовые концепции, направленные на решение проблемы изменившихся обстоятельств: концепция невозможности (форс-мажора) и концепция затруднений. Концепция форс-мажора направлена прежде всего на решение проблем, следующих из невозможности исполнения, путем приостановления или прекращения договора. Концепция затруднений главным образом направлена на адаптацию договора к изменившимся обстоятельствам.

Классическая концепция форс-мажора представляет собой жесткий подход и неприменима к случаям, когда исполнение договора возможно, но в результате наступления непредвиденных обстоятельств становится крайне затруднительным.

Концепция затруднений, напротив, демонстрирует гибкий подход к решению проблемы изменившихся обстоятельств и направлена на восстановление равновесия договора. Одним из основных способов адаптации договора к изменившимся обстоятельствам является включение в него стабилизационных оговорок. Однако существует большая вероятность того, что стороны либо не смогут предусмотреть

<sup>189</sup> Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. – М.: Юрид. лит., 1995. – С. 56.



все обстоятельства, имеющие значение для исполнения договора, либо не смогут определить оптимальное средство адаптации договора к новым условиям.

В такой ситуации они нуждаются в максимально возможной правовой поддержке. Правовые нормы должны содержать четко прописанные механизмы, позволяющие адаптировать договор к изменившимся условиям и заранее четко определяющие правовые последствия для сторон. Опираясь на конкретные нормы права, стороны (а при необходимости – суд) значительно легче смогут разрешить возникший конфликт.

Статья 451 ГК РФ, регламентирующая действия сторон в условиях изменившихся обстоятельств, не отвечает требованиям определенности. Прежде всего в ней отсутствуют какие-либо критерии оценки изменившихся обстоятельств. Кроме того, п. 4 ст. 451 ГК, в соответствии с которым решение об изменении договора должно приниматься в исключительных случаях, является экономически не обоснованным. Напротив, во многих случаях стороны заинтересованы лишь в пересмотре договорных условий с учетом изменившейся экономической ситуации. Решение вопроса о расторжении или изменении договора вследствие возникновения существенных затруднений зависит от конкретных обстоятельств, которые должны быть исследованы судом.

Включение в договор стабилизационных оговорок неизменно рассматривается судебной практикой в качестве прямого принятия сторонами на себя риска изменения обстоятельств в полном объеме. Суды на этом основании отказываются применять нормы о существенном изменении обстоятельств.

Представляется, что установление в договоре механизмов адаптации к непредвиденным обстоятельствам только предполагает, что каждая из сторон приняла на себя риск возможного изменения обстоятельств. Выводы о принятии (непринятии) заинтересованной стороной на себя риска должны следовать из существа договора и обычаев делового оборота, что, собственно, и указано в п. 2 ст. 451 ГК РФ.

Перечисленные обстоятельства вызывают значительные сложности применения ст. 451 ГК на практике.

## Библиографический список

### Литература

- Анохин В.С. Споры о возмещении убытков // Арбитражная практика. – 2004. – № 7. – С. 3–11.
- Архипов Д.А. Диспозитивные нормы, распределяющие риск в договорных обязательствах // Хозяйство и право. – 2007. – № 1. – С. 74–83.
- Архипов Д.А. Распределение риска в договорных обязательствах с участием предпринимателей // Журнал российского права. – 2005. – № 3. – С. 38–55.
- Богданов Е.В. Специфика и социальное значение предпринимательских договоров // Журнал российского права. – 2002. – № 1. – С. 53–59.
- Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. первая: Общие положения. – изд. 3-е, стереотипное – М.: «Статут», 2001. – 848 с.
- Васильев Е.А. Валютно-финансовый кризис и международное право. – М.: Междунар. отношения, 1982. – 176 с.
- Витрянский В.В. Проценты по денежному обязательству как форма ответственности // Хозяйство и право. – 1997. – № 8. – С. 54–73.
- Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий. – М.: Юрид. лит., 1994. – 320 с.
- Временная методика определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров (приложение к Письму Госарбитража СССР от 28.12.1990 № С-12/НА-225) // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. – № 8. – 1991.
- Вятчин В.А. О некоторых проблемах и роли неустойки в условиях свободы договора // Вестник Высшего арбитражного Суда Российской Федерации. – 2002. – № 3. – С. 95–106.
- Граве К.А. Договорная неустойка в советском праве. – М.: Госюриздат, 1950. – 136 с.
- Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник в 2 т. / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – М.: Международные отношения, 2004. – Т. 1. – 556 с.
- Гражданское и торговое право капиталистических государств: учебник / под ред. проф. Р.Л. Нарышкиной. – М.: Международные отношения, 1983. – Ч. I. – 301 с.

- Гражданское и торговое право капиталистических государств: учебник – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Междунар. отношения, 1993. – 560 с.
- Гражданское право: учебник в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: ООО «ТК Велби», 2003. – Т. 2. – 848 с.
- Гражданское право: учебник в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: «ТК Велби», Изд-во «Перспект», 2003. – Т. 1. – 776 с.
- Гражданское право: учебник в 2 т. / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-во БЕК, 1998. – Т. 1. – 816 с.
- Груздев В.В. Ответственность за нарушение денежного обязательства: основания и условия ответственности // Право и экономика. – 1999. – № 11. – С. 12–13.
- Дегтярев С.Л. Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. – М.: Волтерс Клувер, 2003. – 208 с.
- Дедов Д.И. Конфликт интересов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 288 с.
- Дудко А.Г. Договор в условиях существенного изменения обстоятельств // Хозяйство и право. – 1999. – № 11. – С. 31–36.
- Дудко А.Г. Договорные условия о затруднениях // Юридический мир. – 1998. – № 8. – С. 38–44.
- Дегтярев С.Л. Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. – М., 2003. – С. 21–22.
- Евтеев В.С. Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности: магистр. дис. – М., 2001.
- Единообразный торговый кодекс США / пер. с англ. // Современное зарубежное и международное частное право. – М.: Международный центр финансово-экономического развития. – 1996. – 427 с.
- Ефимов И.С. Стратегия и тактика управления коммерческой сделкой: Подготовка, заключение, исполнение: учеб. пособ. – М.: Дело, 2002. – 536 с.
- Ерахтина О.С. Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств: проблемы правоприменительной практики // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2009. – № 1. – С. 84–88.
- Жалинский А., Рёрих Т.-Л. Введение в немецкое право. – М.: Спарк, 2001. – 767 с.

- Занковский С.С. Предпринимательские договоры. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 304 с.
- Зверева Е.А. Ответственность предпринимателя за нарушение договорных обязательств. – М.: Юрид. дом «Юстицинформ», 2000. – 112 с.
- Институциональная экономика: для студентов факультета права / сост. А.А. Бальсевич, М.И. Одинцова. – М.: ГУ-ВШЭ, каф. эконом. методол. и истории, 2005.
- Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Юрид. лит., 1975. – 880 с.
- Канашевский В.А. Условия о форс-мажоре во внешнеэкономических контрактах // Журнал российского права. – 2009. – № 2. – С. 91–99.
- Карапетов А.Г. Проценты годовые за просрочку платежа: сравнительно-правовой анализ, правовая природа, соотношение с другими мерами защиты // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2004. – № 9. – С. 156–168.
- Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. – М.: Статут, 2005. – 286 с.
- Коломенская Е.В. Функциональный подход к исследованию договора // Журнал российского права. – 2005. – № 5. – С. 113–124.
- Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. – М.: Юрид. лит., 1991. – 208 с.
- Комисарова Е.Г., Муратова С.А. Научно-практический комментарий норм Гражданского кодекса РФ об ответственности. – М.: МЗ-Пресс, 2003. – 130 с.
- Коммерческое право / А.Ю. Бушуев, О.А. Городов, Н.Л. Вещунова. – СПб., 1998. – Ч. 1.
- Коуз Р. Фирма, рынок и право. – М.: Дело ЛТД, 1993. – 192 с.
- Кузьминов Я.И. и др. Курс институциональной экономики: институты, сети, трансакционные издержки, контракты: учебник для студ. вузов / Я.И. Кузьминов, К.А. Бендукидзе, М.М. Юдкевич. – М.: ИД ГУ-ВШЭ. – XL, 442 с.
- Кулагин М.И. Избранные труды // Классики российской цивилистики. – М.: Статут, 1997. – 330 с.
- Курбатов А.Я. Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе // Хозяйство и право. – 2001. – № 6. – С. 88–97.

- Кушнарера Е. Существенное изменение обстоятельств в договорной практике // Коллегия. – 2005. – № 4. – С. 40–46.
- Модин Н. Экономический анализ договорной работы: методические рекомендации // Законодательство и экономика. – 2002. – № 11. – С. 17–19.
- Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. – М.: Наука, 1988. – 312 с.
- Олейник А.Н. Институциональная экономика: учебное пособие. – М.: ИНФРА-М, 2000. – 416 с.
- Основы теории контрактов: модели и задачи: учеб. пособ. / М.М. Юдкевич, Е.А. Подколотина, А.Ю. Рябинин. – М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2002. – 352 с.
- Познер Р.А. Экономический анализ права: в 2 т. / под ред. В.Л. Тамбовцева; пер. с англ. – СПб.: Эконом. школа, 2004. – Т. 1 – XX, 524 с.
- Познер Р.А. Экономический анализ права: в 2 т. / под ред. В.Л. Тамбовцева; пер. с англ. – СПб.: Эконом. школа, 2004. – Т. 2 – X, 454 с.
- Правовые аспекты предпринимательской деятельности в современных условиях / Л. Абрамова, М. Гвоздев, А. Вологдин; общ. ред. В. Думитрашук. – М.: Праксис, 2002. – 160 с.
- Предприятия: правовое обеспечение экономических реформ / отв. ред. Я.И. Кузьминов, В.Д. Мазаев. – М.: ИД ГУ-ВШЭ, 1999. – 140 с.
- Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник в 2 т. / отв. ред. О.М. Олейник. – М.: Юристъ, 2000. – Т. 1 – 727 с.
- Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник в 2 т. / отв. ред. О.М. Олейник. – М.: Юристъ, 2002. – Т. 2 – 666 с.
- Предприятия России: корпоративное управление и рыночные сделки. – М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2002. – 258 с.
- Принципы международных коммерческих договоров / пер. с англ. А.С. Комарова. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996.
- Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / пер. с нем. – М.: Изд-во БЕК, 2001. – 336 с.
- Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. – М.: Юрид. лит., 1984. – 224 с.
- Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2008. – 224 с.

- Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления. – М.: Юридическая литература, 1991. – 238 с.
- Пугинский Б.И. Коммерческое право России. – М.: Юрайт, 2000. – 314 с.
- Современный экономический словарь / Б.А. Райзберг, Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева. – М.: ИНФРА-М, 2006.
- Рожкова М.А. Отдельные аспекты доказывания существенного изменения обстоятельств (по ст. 451 ГК РФ) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2001. – № 4. – С. 98–104.
- Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. – М.: Юрид. лит., 1995.
- Розенберг М.Г. Из практики Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ // Хозяйство и право. – 2002. – № 1.
- Россол С.В. Форс-мажор в хозяйственном договоре // ПБОЮЛ. – 2008. – № 3.
- Современный экономический словарь / Б.А. Райзберг, Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева. – М.: ИНФРА-М., 2006.
- Тамбовцев В.Л. Введение в экономическую теорию контрактов: учебное пособие. – М.: ИНФРА-М, 2004. – 144 с.
- Тизенгольт Д.О., Костин А.А. Изменение и расторжение договора: арбитражная практика // Бухгалтерский учет. – 2003. – № 5. – С. 44–48.
- Типовая оговорка о форс-мажоре. – М.: Консалтбанкир, 1997.
- Уильямсон О. Экономические институты капитализма. – СПб.: Лениздат, 1996.
- Фогельсон Ю.Б. Избранные вопросы общей теории обязательств: курс лекций. – М.: Юристъ, 2001. – 192 с.
- Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. / пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – Т. 2. – 512 с.
- Цветков И.В. Договорная дисциплина в хозяйственной деятельности предприятий: теория и практика. – М.: Книжный мир, 2006. – 444 с.
- Цветков И.В. Проблема договорной дисциплины в современной жизни России // Вестник Московского университета. – Сер. 11: Право. – 2004. – № 2. – С. 63–75.
- Цветков И.В. Российское законодательство и экономика: проблемы взаимодействия // Законодательство и экономика. – 2003. – № 7. – С. 5–6.

- Шевченко И.К. Организация предпринимательской деятельности: учебное пособие. – Таганрог: ТРТУ, 2004. – 92 с.
- Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: в 3 т. – М.: Статут, 2003. – Т. 1: Введение. Торговая деятельность. – 480 с.
- Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: в 3 т. – М.: Статут, 2003. – Т. 2: Введение. Торговая деятельность. – 544 с.
- Эггертсон Т. Экономическое поведение и институты / пер. с англ. – М.: Дело, 2001. – 408 с.
- Bentham J. A General View of a Complete Code of Laws // The Works of Jeremy Bentham 157, 191 (John Bowring ed. 1843).
- Posner R., Rozenfeld A. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: an Economic Analysis // Journal of legal studies. – 1977. – Vol. 6, № 1. – P. 83–118.
- Posner R., Parisi F. Law and Economics. – 1997. – Vol. 1. – P. 27–36.

*Авторефераты диссертаций*

- Дудко А.Г. Правовая адаптация долгосрочных договоров к изменившимся обстоятельствам: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002.
- Занковский С.С. Предпринимательские договоры в России. Проблемы теории и законодательства: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – М., 2004.
- Маликова Э.М. Правовое регулирование неустойки на современном этапе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2001.
- Стребкова О.С. Изменение и расторжение договора в отношениях между коммерческими организациями: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. – Волгоград, 2006.

*Научное издание*

**О.С. Ерахтина**

**Договоры в сфере предпринимательской деятельности  
(проблемы оптимизации правового воздействия)**

Редактор *Ю. А. Бурдина*

Компьютерная верстка *О. А. Шмельковой*

Подписано в печать 09.12.2011. Формат 60x84/16. Бум. ВХИ.  
Печать ризограф. Гарнитура Times New Roman. Усл. п. л. 6,75.  
Тираж 300 экз. Заказ 06708.

Отпечатано в полном соответствии  
с предоставленным оригинал-макетом  
в ООО «Кунгурская типография»