

An illustration in a sketchy, hand-drawn style. On the left, a man in a black suit and tie is shaking hands with a man on the right. The man on the right is wearing a bright orange sweater and glasses. In the foreground, there is a stack of several papers, with the top one showing some text and a circular stamp. The background is plain white.

Андреева Ольга

# ДОГОВОРНЫЕ РИСКИ

Практические рекомендации адвоката  
по заключению договоров

Ольга Андреева

**Договорные риски:**  
практические рекомендации  
адвоката при заключении  
договоров

Перед вами **одиннадцать простых и доступных практических советов**, реализация которых в заключаемых вами договорах даст вам дополнительную защиту, как стороне договора, сведет к минимуму имущественные риски неисполнения вашим контрагентом договорных обязательств.

**Целевая аудитория:** все, кому интересно как максимально защитить свои права при заключении договоров (предпринимателям, практикующим юристам, студентам юридических ВУЗов)

## Об авторе:

**Андреева Ольга Борисовна** — адвокат с высокой квалификацией и большим опытом работы в сфере гражданского права.

В 1993 году окончила дневное отделение юридического факультета Томского государственного университета по специальности правоведение.

Имеет большой практический опыт работы в правоохранительных органах города Новосибирска:

8 лет в качестве судьи, в том числе в качестве федерального судьи по гражданским и административным делам;

14 лет в качестве адвоката (с декабря 2008 года по настоящее время как адвокат специализируется только на гражданских и административных делах различных категорий, работе с гражданами и юридическими лицами).

## Адвокат Ольга Андреева о своей работе:

*«Я люблю свою работу и для меня адвокатская практика – это любимое дело, а не исполнение набора обязанностей.»*

*«Есть только две профессии, которые позволяют юристу работать совершенно автономно, без вертикального подчинения, самостоятельно определяя направления и объем работы, и одна из них – профессия адвоката.»*

*«Для меня это лучшая профессия, поскольку именно в этом качестве мне уже удалось реально помочь сотням людей. Слова благодарности, которые я слышу от своих клиентов почти ежедневно, обращения людей ко мне за помощью по рекомендациям от моих клиентов – самая значительная профессиональная награда.»*

*«Мне дорог каждый мой клиент и каждый из них вправе рассчитывать на полную самоотдачу с моей стороны, на максимум моих профессиональных возможностей, когда речь идет о защите их интересов!»*

© Андреева Ольга Борисовна, 2018

# Содержание

I. Предисловие (или зачем вам тратить время на эту консультацию ?)	7
II. Инструменты управления договорными рисками	9
1. Ограничивайте основания и пределы ответственности по договору	9
2. Используйте механизм приостановления исполнения встречного обязательства	15
3. Используйте институт заверения об обстоятельствах!	17
4. Включайте условие о возмещении потерь	22
5. Включайте оговорку о запрете уступки права требования	26
6. «Правильно» формулируйте предмет договора об уступке права требования (цессии)	28
7. Предусмотрите возможность одностороннего изменения договорных условий	30
8. Предусмотрите возможность одностороннего отказа от договора	32
9. Регламентируйте в договоре последствия его расторжения или прекращения	39
10. Используйте механизм условных сделок	41
11. Не пренебрегайте обеспечительными мерами. Непоименованное в законе обеспечение	43
Послесловие	47

# Предисловие

## (или зачем вам тратить время на эту консультацию ?)

Практикующим юристам хорошо известно, как пренебрежительно относятся предприниматели ко всему, что связано с юридическим сопровождением их бизнеса.

Заключая сделки на десятки и сотни миллионов, многие не особенно вчитываются в подписываемые ими тексты договоров, используя более-менее подходящий, по их мнению, текст с подвернувшегося интернет-ресурса. В лучшем случае, используется конструктор договоров с платного сайта.

В итоге получают «обтекаемую» болванку договора, куда просто вставляют свои данные, кое-как прописывают его предмет (о чем, собственно, договорились), как правило, коряво (в смысле неоднозначности толкования и стиля изложения) формулируют интересующие условия, подписывают, и в надежде на безупречное исполнение складывают в папку.

Все бы ничего, если бы все обязательства безупречно исполнялись. Но не все обязательства исполняются безупречно. А многие не исполняются вообще. И в этом случае возникает перспектива судебного спора, разрешение которого во многом зависит именно от того, **как сформулированы договорные условия**.

*Скажем, обязательство по поставке товаров не исполнено поставщиком по причине прекращения или ограничения транспортного сообщения со страной-производителем товара из-за возникших межгосударственных проблем. Это обстоятельство не относится к числу форс-мажорных и, соответственно, не освобождает поставщика от ответственности перед покупателем, а значит, является основанием для взыскания с него и убытков, и штрафных санкций.*

*Мог ли поставщик избежать ответственности в этом случае? Определенно, да, **если бы договор содержал условие о вине, как основании ответственности поставщика за нарушение обязательства по поставке**. По общему же правилу предприниматели несут ответственность за нарушение ими обязательств независимо от наличия или отсутствия их вины в таком нарушении (как в приведенном примере).*

Норма права, позволяющая предпринимателям установить в договоре режим виновной ответственности (п. 3 ст. 401 Гражданского кодекса РФ), действует уже более двадцати лет. Однако, опыт показывает, что на практике используется она настолько редко, что каждый раз её присутствие в договоре вызывает восхищенное удивление.

В принципе, и до принятия в 2014 – 2015 году обширных изменений в общую часть обязательственного права действовавшее законодательство позволяло существенно

минимизировать договорные риски предпринимателей посредством грамотного оперирования договорными условиями, поскольку большинство норм обязательственного права содержат как предписание «по умолчанию», так и оговорку «если иное не предусмотрено договором». Вдумайтесь, словосочетание **«если иное не предусмотрено договором»** только в общей части обязательственного права ГК РФ встречается сто раз, а во второй его части, регламентирующей отдельные виды обязательств - более двухсот тридцати раз !

Почему же эти возможности договорных конструкций почти не используются на практике?...

Когда я задаю своим клиентам этот вопрос, почти всегда получаю ответ: «Никогда раньше не было проблем». И это очень по-русски :)))

Вторая причина состоит в желании сэкономить на юридических услугах.

Но лучше один раз сработать на предупреждение потенциальных проблем, чем потом решать их: долго, дорого, нервно и, что обиднее всего, неэффективно.

Изменения в общую часть обязательственного права, произведенные законодателем в 2014 – 2015 годах, предоставляют несравненно большие возможности для минимизации договорных рисков по сравнению с ранее действовавшим законодательством, о чем и пойдет речь в этой электронной консультации.

Сразу оговорюсь, что судебная практика по вопросам, о которых пойдет речь, по большей части не сформировалась (просто не успела из-за незначительного срока действия этих правовых новелл), поэтому я старалась исходить именно из буквального толкования новых норм.

Предлагаемая консультация также не претендует ни на какую научность, это не теоретическое исследование новых правовых институтов, такая цель мной не преследовалась даже в первом приближении. Это **именно практические советы, правильная реализация которых в текстах заключаемых вами договоров даст вам дополнительную защиту, как стороне договора, сведет к минимуму имущественные риски неисполнения вашим контрагентом договорных обязательств.**



## II. Инструменты управления договорными рисками

### 1. Ограничивайте основания и пределы ответственности по договору

#### Об основаниях ответственности

Здесь все достаточно просто: по умолчанию субъект предпринимательской деятельности (далее по тексту: предприниматель) несет ответственность **независимо от наличия или отсутствия его вины** за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства в таком нарушении (п. 3 ст. 401 ГК РФ).

Скажем, поставщик сорвал поставку товара покупателю из-за кражи на его складе накануне поставки. Или на складе поставщика по вине третьих лиц произошел пожар и товар сгорел, что также лишило поставщика возможности своевременно исполнить обязательство перед покупателем.

Виновен ли в данном случае поставщик в неисполнении обязательств перед покупателем?

Очевидно, что нет.

Будет ли он нести ответственность за срыв поставки?

Также очевидно, что да, поскольку виновен он или нет - не имеет никакого значения, исходя из требований п. 3 ст. 401 ГК РФ.

Условием освобождения предпринимателя от ответственности за неисполнение обязательств перед контрагентом являются лишь обстоятельства так называемой **непреодолимой силы, т.е. чрезвычайные и непредотвратимые**, включение которых повлекло за собой невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательств.

А что означает «**чрезвычайные и непредотвратимые**»?

Верховный Суд РФ разъяснил, что под чрезвычайностью понимается исключительность, выход за пределы "нормального", обыденного, необычайность для тех или иных жизненных условий, что не относится к жизненному риску и не может быть учтено ни при каких обстоятельствах.

Чрезвычайный характер непреодолимой силы не допускает квалификации в качестве таковой любого жизненного факта, а ее отличие от случая в том, что она имеет в основе объективную, а не субъективную непредотвратимость.

Юридическая квалификация обстоятельства как непреодолимой силы возможна только при одновременном наличии совокупности ее существенных характеристик: чрезвычайности и непредотвратимости (Определение Верховного Суда РФ от 24 марта 2015 г. N 306-ЭС14-7853).

В этой связи приведенные примеры (кража, пожар), равно, как и иные обстоятельства, которые не обладают одновременно признаками чрезвычайности и непредотвратимости, не могут быть отнесены к числу обстоятельств непреодолимой силы, а, значит, не могут являться основанием освобождения от ответственности за неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательства.

Приведем примеры обстоятельств, которые арбитражные суды при рассмотрении конкретных дел **не отнесли к обстоятельствам непреодолимой силы**:

- недостаточное финансирование учреждения из средств бюджета (при нарушении обязательства по расчету с контрагентом);
- неплатежи контрагентов ответчика и отсутствие собственных денежных средств (при нарушении обязательства по расчету с контрагентом);
- сельхозкультуры погибли в результате неблагоприятных погодных условий (при нарушении поставщиком обязательств по поставке);
- погодные условия (ветер до 28 м/с) по смыслу понятия непреодолимой силы не отнесены к природным явлениям стихийного характера, поскольку являлись прогнозируемыми явлениями, периодически наступающими, и не обладали признаками исключительности, в связи с чем не могли рассматриваться в качестве форс-мажора или непредотвратимого явления, непредсказуемо создающего неблагоприятные риски предпринимательской деятельности;
- занятость подъездных путей и значительное скопление на путях необщего пользования цистерн не могут рассматриваться как обстоятельства непреодолимой силы, поскольку не обладают ни признаком чрезвычайности, ни признаком непредотвратимости (покупатель по договору поставки допустил сверхнормативный простой вагонов-цистерн на станции назначения);
- сбой программного обеспечения банка не освобождает банк от ответственности перед клиентом за ненадлежащее предоставление услуги;
- банкротство.

По существу, на практике к числу обстоятельств непреодолимой силы суды относят лишь серьезные природные катаклизмы, а случаются таковые, к счастью, крайне и крайне редко. Соответственно, также редко суды освобождают предпринимателей от ответственности за ненадлежащее исполнение обязательств.

Что касается **оснований для изменения или расторжения сделок**, то они сводятся к следующему: любая сделка (соответственно, и соглашение об уплате алиментов) может быть изменена и расторгнута в судебном порядке в случае **существенного нарушения** своих обязательств другой стороной (при этом существенным признается

нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. Т.о., понятие существенности - оценочное).

### **Можно ли в договоре установить режим виновной ответственности предпринимателя?**

Мало кто использует эту возможность, но та же норма права (п. 3 ст. 401 ГК РФ), которая по умолчанию устанавливает ответственность предпринимателя за нарушение им обязательства независимо от его вины, позволяет установить в договоре и **режим виновной ответственности предпринимателя.**

**Реализация в договоре режима виновной ответственности существенно снижает предпринимательские риски**, вызванные неисполнением контрагентами своих обязательств, неблагоприятными погодными условиями и нестабильностью экономической и политической ситуации.

### **Как реализовать в договоре возможность установления виновной ответственности?**

Можно, конечно, ограничиться указанием в договоре на вину, как основание наступления ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение его сторонами своих обязательств, но гораздо правильнее расшифровать применительно к конкретному обязательству, **что стороны имеют в виду под невиновным нарушением договора**, причем этот перечень лучше оставить открытым.

Как правило, предприниматели в своей деятельности заключают одни и те же договоры, используя при этом их одинаковые шаблоны. В этой связи имеет смысл один раз обратиться к юристу, специалисту в области договорного права, который составит проект договора, отразив в нем условие о виновной ответственности с учетом всех особенностей и рисков вашего конкретного бизнеса.

Если такой возможности нет, хотя бы включите в договор такое условие:

*«Сторона договора, не исполнившая обязательство по настоящему договору либо исполнившая его ненадлежащим образом, несет ответственность перед другой стороной только при наличии её вины (умысла или неосторожности)».*

### **О пределах ответственности**

Здесь еще проще, чем с рассмотренным выше изменением оснований ответственности.

По умолчанию в обязательственном праве действует принцип **полного возмещения убытков** (п. 1 ст. 15 ГК РФ).

Что это означает?

Пунктом 2 ст. 393 ГК РФ в новой редакции, действующей с 1 июня 2015 года, разъяснено, что возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом.

При этом п. 5 ст. 393 ГК РФ указывает на возможность определения размера подлежащих возмещению убытков с разумной степенью достоверности.

Та же норма закона устанавливает, что суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства.

**Где эти границы «разумной степени достоверности»? «справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства»?** Каждый раз это понятие оценивается судом с учетом конкретных обстоятельств дела и каждый раз есть опасность очень вольной его трактовки судом.

Есть ли какой-то способ обезопасить себя от практически абсолютно «резиновых» приведенных понятий «разумной степени достоверности», «справедливости и соразмерности ответственности»?

Поставим вопрос более конкретно:

**Возможно ли ограничить убытки, подлежащие возмещению при нарушении обязательства?**

Начнем с того, что наше гражданское законодательство понимает под убытками (п. 2 ст. 15 ГК РФ): это расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (**реальный ущерб**), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (**упущенная выгода**).

**Да, ограничить размер подлежащих возмещению убытков возможно, если в договоре будет реализовано соответствующее условие!** Такую возможность допускает пункт 1 ст. 15 ГК РФ, устанавливающий, что лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом **или договором** не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере.

Т.о., договором можно ограничить размер подлежащих возмещению убытков **определенной суммой либо указав четкий механизм расчета максимальной суммы подлежащих возмещению убытков.**

Например, договором можно ограничить размер подлежащих возмещению убытков только суммой реального ущерба, исключив возможность взыскания упущенной выгоды.

Можно, собственно, ограничить и размер подлежащего возмещению реального ущерба, но здесь есть опасность столкнуться с темой добросовестности при заключении договора, с иском о неприменении несправедливого договорного условия, поэтому условия заключаемых договоров об ограничении пределов ответственности сторон должны укладываться в рамки справедливых и разумных, а поведение сторон при заключении договора в рамки добросовестности.

Приведем рассуждения ВАС РФ на эту тему из знакового Постановления Пленума от 14 марта 2014 года № 16 **«О свободе договора и её пределах»**:

*«9. При рассмотрении споров, возникающих из договоров, включая те, исполнение которых связано с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, судам следует принимать во внимание следующее.*

*В тех случаях, когда будет установлено, что при заключении договора, проект которого был предложен одной из сторон и содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора), суд вправе применить к такому договору положения пункта 2 статьи 428 ГК РФ о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента.*

*В то же время, поскольку согласно пункту 4 статьи 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании статьи 10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по статье 169 ГК РФ.*

*В частности, при рассмотрении спора о взыскании убытков, причиненных нарушением договора, суд может с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий не применить условие договора об ограничении ответственности должника-предпринимателя только случаями умышленного нарушения договора с его стороны или условие о том, что он не отвечает за неисполнение обязательства вследствие нарушений, допущенных его контрагентами по иным договорам. Также с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий в целом может быть признано несправедливым и не применено судом условие об обязанности слабой стороны договора, осуществляющей свое право на односторонний отказ от договора, уплатить за это денежную сумму, которая явно несоразмерна потерям другой стороны от досрочного прекращения договора.*

10. При рассмотрении споров о защите от несправедливых договорных условий суд должен оценивать спорные условия в совокупности со всеми условиями договора и с учетом всех обстоятельств дела. Так, в частности, суд определяет фактическое соотношение переговорных возможностей сторон и выясняет, было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным, а также учитывает уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, конкуренцию на соответствующем рынке, наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях и т.д.

Вместе с тем при оценке того, являются ли условия договора явно обременительными и нарушают ли существенным образом баланс интересов сторон, судам следует иметь в виду, что сторона вправе в обоснование своих возражений, в частности, представлять доказательства того, что данный договор, содержащий условия, создающие для нее существенные преимущества, был заключен на этих условиях в связи с наличием другого договора (договоров), где содержатся условия, создающие, наоборот, существенные преимущества для другой стороны (хотя бы это и не было прямо упомянуто ни в одном из этих договоров), поэтому нарушение баланса интересов сторон на самом деле отсутствует».

Поэтому все хорошо в меру :))))

## 2. Используйте механизм приостановления исполнения встречного обязательства

Встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое обусловлено исполнением другой стороной своих обязательств (п. 1 ст. 328 Гражданского кодекса РФ).

Дело в том, что по умолчанию, если иное не установлено законом или договором, исполнение своих обязательства одной стороной сделки никак не зависит от исполнения обязательств другой стороной сделки, не обусловлено им.

Это означает, что каждая из сторон договора, не исполнив своих обязательств, вправе потребовать через суд исполнения другой стороной своих обязанностей по договору, а также уплаты предусмотренной договором (или законом) неустойки за просрочку исполнения и возмещения понесенных убытков (если такие отыщутся).

В этой связи совершенно определенно **имеет смысл строить свои обязательства по договорам именно как встречные по отношению к обязательствам контрагента.**

Чтобы в случае возникновения судебного спора судья не думал, является ли конкретное договорное обязательство одной стороны встречным по отношению к конкретному обязательству другой стороны, лучше всего это зафиксировать в договоре, указав именно на встречный характер одного обязательства по отношению к другому, например:

*«обязательство оплатить товар является встречным применительно к обязательству по поставке» (либо наоборот: «обязательство поставить товар является встречным по отношению к обязательству по оплате товара»);*

*обязательство оказать определенные услуги является встречным по отношению к обязательству внести предоплату;*

*обязательство подрядчика построить объект является встречным по отношению к обязательству заказчика предоставить участок под строительство, предоставить стройматериалы (если строительство ведется не иждивением подрядчика), предоставить определенную технику для строительства (если такая обязанность возложена на заказчика)*

и т.д.

Статья 328 Гражданского кодекса РФ о встречном исполнении обязательства содержит и норму о том, что в случае непредоставления обязанной стороной предусмотренного договором исполнения обязательства **либо при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не**

**будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков.** Если предусмотренное договором исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения в части, соответствующей непредоставленному исполнению (п. 2 ст. 328 Гражданского кодекса РФ).

То обстоятельство, что данной нормой закона можно воспользоваться в случае указания в договоре на встречный характер обязательства одной из сторон, не вызывает никаких вопросов.

**Однако, вправе ли сторона приостановить исполнение своего обязательства при неисполнении обязательства другой стороной в случае, если из договора прямо не следует, что обязательства являются встречными?**

По нашему мнению, может, при условии наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, имея в виду, что любые возмездные сделки предполагают встречный характер имущественного предоставления: благо предоставляется в обмен на благо – деньги в обмен на услуги, деньги в обмен на товары. Хотя на этот счет у судьи может быть иное мнение :)))



### 3. Используйте правовой институт заверения об обстоятельствах! (ст. 431.2 ГК РФ)

**Вопрос: что такое заверение об обстоятельствах?**

**Ответ:** Заверение об обстоятельствах - новый институт нашего гражданского права (ст. 431.2 Гражданского кодекса РФ) и введен он Федеральным законом от 08.03.2015 N 42-ФЗ, начало действия редакции – 1 июня 2015 года.

Сформулирован он следующим образом: *«Сторона, которая при заключении договора либо до или после его заключения дала другой стороне недостоверные заверения об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения (в том числе относящихся к предмету договора, полномочиям на его заключение, соответствию договора применимому к нему праву, наличию необходимых лицензий и разрешений, своему финансовому состоянию либо относящихся к третьему лицу), обязана возместить другой стороне по ее требованию убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку».*

Из приведенной формулировки следует, что заверение об обстоятельствах может выступать в качестве ответственности за недобросовестное поведение при заключении договора, а может быть и ответственностью за нарушение договорного обязательства.

При этом не имеет значения, содержит ли сам договор заверения об обстоятельствах, содержится ли такое заверение в ином двусторонне подписанном документе, содержится ли оно в документе, исходящем от одной из сторон, давшей такие заверения. Почему? Потому что закон не устанавливает ни обязательной процессуальной формы заверения, ни жестких требований к его содержанию.

Совершенно очевидно, что применительно к содержанию заверения об обстоятельствах, должно быть понятно **кто, кому и в связи с чем его дал, и в чем оно состоит.**

**Вопрос: В какой форме должно быть сделано заверение об обстоятельствах?**

**Ответ:** Законом прямо не установлена форма, в которой стороной должно быть выражено заверение при заключении сделки.

Соответственно, поскольку законом не установлена форма заверения, оно может быть выражено **как письменно** в виде односторонне или двусторонне подписанного документа, в виде электронного письма, sms-сообщения, телеграфного сообщения, факсограммы и проч., **так и в форме устного заверения** стороны при ведении переговоров при заключении договора, относительно содержания которого или его предмета сторонами (стороной) даются заверения.

Хотя оговоримся, что из-за несформированной к настоящему времени судебной практики по данному вопросу отношение правоприменителей применительно к форме заверения может быть разным: одни могут квалифицировать заверение об обстоятельствах как сделку со всеми вытекающими отсюда последствиями в виде существующих требований к форме сделок (ст. 158 – ст. 161 Гражданского кодекса РФ), другое отношение состоит в том, что заверение об обстоятельствах сделкой не является, а, значит, вышеупомянутые обязательные требования к форме сделок к нему не относятся и оно может быть дано в любой форме.

Однако, из-за возможных различных подходов судей при рассмотрении дел об ответственности за недостоверные заверения (относиться к заверению как к сделке или не квалифицировать их как сделку), а также в целях избежания различного толкования данных заверений и необходимости доказывания самого факта предоставления заверений, **совершенно определено имеет смысл включать все заверения в текст договора, а лучше всего создавать для этого особый раздел договора «Заверения сторон».**

**Вопрос: какими могут быть заверения об обстоятельствах?**

**Ответ:** из приведенной выше легальной формулировки заверения об обстоятельствах можно привести примерную классификацию видов заверений:

**Заверения о сторонах договора, о третьих лицах**

Например,

- заверение о финансовом положении стороны договора;
- заверение о финансовом положении поручителя или гаранта (третьи лица);
- заверение о наличии у стороны договора специальных разрешений и лицензий (на осуществление определенной деятельности, на использование определенных объектов);
- заверение о невовлеченности стороны договора, а равно поручителя или гаранта по договору, в судебные или административные процессы, которые могут препятствовать исполнению обязательств по договору (скажем, о том, что в отношении стороны, дающей такое заверение, в отношении её поручителя или гаранта арбитражным судом не рассматриваются дела о банкротстве, дела о взыскании денежных сумм по тем или иным основаниям, которые могут привести к банкротству, дела об истребовании объекта договора по тем или иным основаниям, дела об обращении взыскания на объект по договору как на предмет залога по какому-либо обязательству перед третьим лицом и т.п.).

Необходимость таких заверений может быть вызвана сомнениями в финансовой состоятельности контрагента по договору, в его способности исполнить свои обязательства, сомнениями в финансовой состоятельности гаранта или поручителя (как обеспечителей сделки), сомнениями в наличии у стороны специальных разрешений (если по каким-то причинам проверить наличие такого разрешения невозможно или затруднительно).

## **Заверения относительно юридической силы договора**

Например,

- заверение о наличии полномочий подписанта договора на совершение сделки;
- заверение о наличии полномочий стороны договора на совершение сделки;
- заверение о соответствии условий договора применимому к нему праву не углубляясь в эту тему, оговоримся, что при отсутствии соглашения сторон о применимом праве выбор применимого права осуществляется в соответствии с требованиями ст. 1186 Гражданского кодекса, устанавливающей перечень и иерархию источников, определяющих применимое право).

Смысл таких заверений состоит в том, чтобы обезопасить себя от рисков, связанных с возможностью последующего оспаривания договора по основаниям его недействительности или незаключенности.

## **Заверения относительно объекта договора**

Например,

- заверение об отсутствии у объекта, являющегося предметом договора, обременений в виде залога, иных прав третьих лиц (в первую очередь)
- заверение относительно качества передаваемого по договору или создаваемого на основании договора объекта
- заверение о соответствии финансового состояния хозяйственного общества, акции или доля в уставном капитале которого отчуждаются, условиям договора
- заверение относительно условий эксплуатации объекта.

Совершенно очевиден смысл таких заверений – уверенность стороны, для которой даны заверения, в качестве передаваемого по договору объекта, в качестве возводимого на его основании объекта, в юридической чистоте объекта.

**Вопрос: влечет ли недействительность заверений об обстоятельствах признание судом самого договора, по которому даны заверения, недействительным или незаключенным?**

**Ответ:** Признание договора незаключенным или недействительным само по себе не препятствует наступлению предусмотренных законом последствий нарушения заверений (а именно последствий в виде обязанности давшей недостоверные заверения стороны возместить другой стороне по ее требованию убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку). На это прямо указано в законе (п. 1 ст. 431.2 Гражданского кодекса РФ). При этом ответственность за недостоверные заверения наступает, если сторона, предоставившая такие заверения, исходила из того, что другая сторона будет полагаться на них, или имела разумные основания исходить из такого предположения.

**Вопрос: каковы последствия предоставления недостоверных заверений?**

**Ответ:** частично мы уже ответили на этот вопрос ранее, поскольку это следует самого легального определения заверения – **первое** из предусмотренных последствий состоит в праве потребовать от стороны, давшей недостоверные заверения, возмещения убытков, причиненных недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку.

**Второе** из предусмотренных законом последствий недостоверности данных заверений состоит в возможности для стороны, полагавшейся на недостоверные заверения контрагента, имеющие для нее существенное значение, наряду с требованием о возмещении убытков или взыскании неустойки также **отказаться от договора**, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

**Третье** из возможных последствий для стороны, заключившей договор под влиянием обмана или существенного заблуждения, вызванного недостоверными заверениями, данными другой стороной, состоит в возможности вместо отказа от договора требовать его признания недействительным (ст. 178 (как сделки, совершенной под влиянием существенного заблуждения), ст. 179 Гражданского кодекса РФ (как сделки, совершенной под влиянием обмана)).

Разница между вторым и третьим из приведенных последствий дачи недостоверных заверений состоит в том, что в случае отказа от договора потерпевшая сторона вправе потребовать возмещения убытков, а признание сделки недействительной влечет применение так называемой реституции:

*(реституция состоит в том, что при недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре (в том числе тогда, когда полученное выражается в пользовании имуществом, выполненной работе или предоставленной услуге) возместить его стоимость, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом; сторона, по иску которой сделка признана недействительной, обязана возместить другой стороне причиненный ей вследствие этого реальный ущерб, за исключением случаев, когда другая сторона знала или должна была знать о наличии заблуждения, в том числе если заблуждение возникло вследствие зависящих от нее обстоятельств; сторона, по иску которой сделка признана недействительной, вправе требовать от другой стороны возмещения причиненных ей убытков, если докажет, что заблуждение возникло вследствие обстоятельств, за которые отвечает другая сторона (п. 6 ст. 178 Гражданского кодекса РФ). По основанию ст. 179 Гражданского кодекса РФ помимо последствий в виде возврата каждой из сторон другой стороне всего полученного по сделке предусмотрено право потерпевшего требовать от другой стороны сделки возмещения убытков. Также установлено, что риск случайной гибели предмета сделки несет другая сторона сделки.)*

**Вопрос:** наступают ли вышеуказанные последствия для стороны, давшей недостоверные заверения, в случае, если ей о недостоверности заверений не было известно?

**Ответ:** да, наступают. Но не всегда, а при предоставлении заверений стороной при осуществлении предпринимательской деятельности.

Если же заверения даны, скажем, гражданином, не являющимся индивидуальным предпринимателем, при заключении договора, не связанного для него с осуществлением предпринимательской деятельности (например, договоров купли-продажи, коммерческого найма, аренды земельного участка, займа и др.), то ответственность за недостоверность заверений, о которых давшей их стороне не было и не могло быть известно, не наступает (п. 4 ст. 431.2 Гражданского кодекса РФ). Это правило корреспондирует норме, устанавливающей принцип виновной ответственности для граждан, не являющихся предпринимателями, и принцип ответственности без вины для лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность (ст. 401 Гражданского кодекса РФ).

Законом установлена и презумпция того, что сторона, предоставившая недостоверные заверения, знала, что другая сторона будет полагаться на такие заверения (п. 4 ст. 431.2 Гражданского кодекса РФ).

**Вопрос:** Есть ли возможность для лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, избежать ответственности за данные им недостоверные заверения в случае, если ему не было известно о недостоверности таких заверений?

**Ответ:** Да, такая возможность есть и предусмотрена она п. 4 ст. 431.2 Гражданского кодекса РФ. Дело в том, что ответственность предпринимателя за недостоверные заверения наступает независимо от того, было ли ему известно о недостоверности таких заверений, **если только иное не предусмотрено соглашением сторон.**

Т.о., по умолчанию ответственность за недостоверные заверения для предпринимателя наступает в любом случае, однако этой ответственности можно избежать, **прямо предусмотрев в договоре с контрагентом** (либо в соглашении о ведении переговоров перед заключением договора), что лицу, давшему конкретные заверения в связи с совершаемой или планируемой сделкой, неизвестно об их недостоверности; также в договоре (либо преддоговорном соглашении) необходимо прямо указать на то, что **в случае выявившейся недостоверности конкретных заверений давшая их сторона не несет риска установленных законом неблагоприятных последствий недостоверных заверений, установленных п.п. 1 и 2 ст. 431.2 Гражданского кодекса РФ** (возместить другой стороне по ее требованию убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, уплатить предусмотренную договором неустойку, а также возможность отказа второй стороны от договора).

## 4. Включайте в договор условие о возмещении потерь ("indemnity")

«Большой грех» для предпринимателей не воспользоваться таким новым институтом нашего права (он же старый институт английского права), как **возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств.**

Сформулирован он следующим образом:

***Стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения. (п. 1 ст. 406.1 Гражданского кодекса РФ).***

Согласование сторонами договора условия о возмещении одной стороной потерь другой стороне в случае наступления определенных обстоятельств снимает для второй стороны существенные риски, которые могут возникнуть в связи с исполнением обязательств по договору и в этой связи является стимулом к его заключению.

По существу, это страховка от неблагоприятных обстоятельств, только предоставляется она не страховой компанией, а контрагентом по договору.

### **Особенности института возмещения потерь:**

- обстоятельства, являющиеся основанием для возмещения потерь, могут возникнуть только в будущем, но они отсутствуют на момент заключения договора;
- подлежащие возмещению имущественные потери не должны быть связаны с нарушением обязательства его стороной (поскольку нарушение обязательств является основанием для использования иных способов защиты – возмещение убытков и взыскание неустойки);
- соглашением должен быть установлен размер возмещения потерь или порядок его определения.

**Вопрос: О возмещении каких потерь может идти речь в контексте ст. 406.1 Гражданского кодекса РФ?**

**Ответ:** любых потерь, возникших после заключения договора, не связанных с нарушением обязательств по нему.

Например:

- в случае принятия налоговым органом решения об отказе в возмещении покупателю НДС, уплаченного при приобретении товара по причине выявления проблем с организацией-поставщиком или его контрагентами, поставщик обязуется возместить потери в объеме невозмещенного НДС;
- в случае признания в течение определенного времени банкротом хозяйственного общества продавец акций или доли в уставном капитале обязуется компенсировать покупателю потери, связанные с затратами на приобретение этих корпоративных прав;
- в случае изъятия земельного участка для государственных или общественных нужд после заключения договора купли-продажи продавец участка обязуется возместить покупателю убытки, связанные с приобретением и освоением этого участка;
- в случае наступившей после заключения договора купли-продажи невозможности его исполнения из-за введения государством каких-либо ограничений свободного оборота конкретных товаров или введения страной поставщика экспортных ограничений в отношении объекта поставки поставщик обязуется компенсировать покупателю возникшие потери.

**Вопрос: В чем состоит отличие рассмотренного ранее института заверения об обстоятельствах от института возмещения потерь?**

**Ответ:** и заверение об обстоятельствах при заключении договора (ст. 431.2 ГК РФ) и включение в договор условия о возмещении потерь (ст. 406.1 ГК РФ) по существу являются своего рода страховкой для стороны договора, а главное отличие между ними состоит в том, что **заверение об обстоятельствах относится к событиям и обстоятельствам прошлого и настоящего, а основаниями для возмещения потерь по основанию ст. 406.1 ГК РФ являются возможные неблагоприятные для стороны договора события будущего.**

Заверение об обстоятельствах, как рассмотрено выше, может относиться к предмету договора, полномочиям конкретного лица или субъекта договора на его заключение, соответствию договора применимому к нему праву, наличию необходимых лицензий и разрешений, своему финансовому состоянию либо относящихся к третьему лицу).

Условие о возмещении потерь предполагает обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны в случае наступления указанных в договоре обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований

третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.).

**Вопрос: Можно ли рассматривать условие о возмещении потерь в качестве ответственности стороны, согласившейся их возместить в случае наступления определенных договором обстоятельств?**

**Ответ:** Нет, возмещение потерь никак не связано с неисполнением стороной своих обязательств по договору, в связи с чем возмещение потерь нельзя расценивать как возмещение убытков в связи с нарушением стороной договорных условий, на что прямо указывает закон – п. 1 ст. 406.1 ГК РФ. Равным образом, возмещение потерь не может быть квалифицировано и как неустойка (исходя из самого понятия неустойки, как санкции за нарушение договорного обязательства, разновидности договорной ответственности).

**Вопрос: Можно ли уменьшить обусловленный договором размер возмещения потерь?**

**Ответ:** Законом прямо указано на невозможность уменьшения предусмотренного договором объема возмещения потерь (п. 2 ст. 406.1 ГК РФ) и это совершенно логично, исходя из того, что возмещение потерь не имеет никакого отношения к договорной ответственности (уменьшена же судом может быть только неустойка по основанию ст. 333 ГК РФ).

Однако, закон указывает также на возможное исключение из приведенного общего правила о невозможности уменьшения суммы возмещения потерь и это исключение касается недобросовестного поведения стороны договора: обусловленный договором размер возмещения потерь может быть уменьшен судом в случае, если доказано, что сторона договора умышленно содействовала увеличению размера потерь.

Например, продавец торгового павильона обязался возместить покупателю потери, связанные с его посещаемостью покупателями в объеме, меньше обусловленного договором, однако в ходе рассмотрения дела продавцом представлены доказательства того, что павильон вообще долгое время был закрыт для посетителей либо работал нерегулярно, что объективно обусловило меньшую его посещаемость. В таком случае объем возмещения потерь может быть уменьшен судом либо со ссылкой на ст. 10 ГК РФ, устанавливающую запрет на злоупотребления при осуществлении гражданских прав, в удовлетворении требования о возмещении потерь вообще может быть отказано.

**Вопрос: подлежат ли возмещению потери по основанию ст. 406.1 ГК РФ в случае признания договора недействительным или незаключенным?**

**Ответ:** Да, недействительность договора не влечет недействительность его условия о возмещении потерь.



Хотя, и в этой ситуации опять же есть исключение – если договором предусмотрено, что в случае его признания недействительным или незаключенным потери возмещению не подлежат, он не возмещаются (п. 3 ст. 406.1 ГК РФ). Потому что так договорились стороны, на то оно и гражданское право!

Т.о., если вы принимаете на себя обязательство возместить другой стороне договора потери при наступлении определенных обстоятельств, лучше прямо указать в договоре на ограничение его применения в случае признания договора недействительным или незаключенным.

**Вопрос: можно ли включать условие о возмещение потерь ("indemnity") в договоры, заключаемые между физическими лицами?**

**Ответ:** в смысле рассмотренной выше ст. 406.1 ГК РФ нельзя, поскольку на это прямо указано в законе.

Однако, в случае, когда договор заключается между гражданином и лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность (ИП или юрлицом) возможно включение в договор условие о возмещении гражданину потерь со стороны такого предпринимателя.

**Вопрос: имеет ли право сторона договора, возместившая потери по договору по основанию ст. 406.1 ГК РФ другой стороне, потребовать возмещения убытков от третьего лица, чьи действия обусловили возникновение потерь?**

**Ответ:** Да, в случае, если потери возникли в связи с неправомерными действиями третьего лица, к стороне, возместившей такие потери, переходит требование кредитора к этому третьему лицу о возмещении убытков (п. 4 ст. 406.1 ГК РФ).

Здесь, конечно, в правоприменительной практике возникнут вопросы и прежде всего в отношении объема возмещения убытков таким третьим лицом, поскольку третье лицо стороной договора не является, а размер возмещения устанавливается договором и этот размер может быть каким угодно, в том числе, несоразмерным последствиям нарушения права. Разрешение проблемы с явно завышенным договором размером возмещения потерь видится в применении нормы ст. 10 ГК РФ о недопустимости злоупотребления правом.

## 5. Включайте оговорку о запрете уступки права требования!

Всем известно о том, кредитор может уступить третьему лицу принадлежащее ему по договору право требования исполнения обязательства, равно, как известно и то, что согласие должника по общему правилу на такую уступку испрашивать не требуется (за исключением случаев, когда личность кредитора имеет для должника существенное значение).

Однако, мало кто использует предусмотренную законом **возможность запрета уступки права требования по обязательству без согласия должника** (п. 2 ст. 382 Гражданского кодекса РФ).

**Почему при заключении любых договоров предпринимателям необходимо по возможности такой запрет предусматривать?**

Да потому что, уступка права требования фирме – однодневке с большой долей вероятности повлечет за собой самые неприятные налоговые последствия: например, уступка поставщиком права требования от покупателя оплаты поставленных товаров третьему лицу, обладающему признаками фирмы-однодневки, повлечет отказ налогового органа в возмещении НДС в рамках камеральной проверки декларации по НДС, а также уменьшение состава затрат при определении налогооблагаемой базы по налогу на прибыль в случае проведения выездной налоговой проверки и, соответственно, доначисление налога на прибыль и всех санкций за его неправильное исчисление и несвоевременную уплату. То же самое касается уступки прав по любому хозяйственному договору.

При этом, как несложно догадаться, доводы о вашей налоговой добросовестности, о том, что вы не знали и не могли знать при заключении договора, что права по нему будут кредитором переуступлены конкретному недобросовестному налогоплательщику, налоговый орган пропустит мимо ушей. Даже если в дальнейшем вам удастся оспорить в суде неприятное для вас решение налогового органа, это все равно нервы, время, затраты на юристов.

Между тем, обозначенная проблема решается всего-навсего включением в договор запрета на уступку права требования по договору без согласия должника.

**А будет ли действительным договор об уступке права требования, заключенный без согласия должника, когда его получение по договору необходимо?**

Да, такой договор будет действительным. Больше того, он не может быть расторгнут только по тому основанию, что основной договор содержит запрет на его совершение (п. 3 ст. 388 ГК РФ).

Тогда возникает вопрос: в чем же смысл предусматривать запрет на уступку права требования без согласия должника, когда отсутствие такого согласия не делает

соглашение о совершенной вопреки ему уступке недействительным и соответствующий судебный иск не имеет перспективы?

А смысл на самом деле есть и заключается он в том, что кредитор в такой ситуации несет перед должником ответственность за нарушение соглашения о запрете уступки без его согласия (п. 3 ст. 388 ГК РФ).

В этой связи, договором имеет смысл предусматривать не только сам запрет на уступку права требования без согласия должника, но и обозначать размер ответственности кредитора за такое нарушение. Причем штрафные санкции должны быть такими, чтобы кредитор даже «выбросил из головы» рассуждения на тему нарушения этого обязательства. Лучше всего предусмотреть неустойку в виде штрафа в размере переуступаемой по договору суммы задолженности. Имея такую санкцию за нарушение обязательства по переуступке большинство кредиторов вряд ли совершат подобную сделку.

## 6. «Правильно» формулируйте предмет договора об уступке права требования (цессии)

Широкое распространение договоров цессии (уступки права требования) и отсутствие бдительности кредиторов (цедентов) при формулировании предмета таких договоров заслуживает того, чтобы дать простой, но очень эффективный совет, заключающийся в следующем.

По общему правилу, а значит, по умолчанию, требование переходит к цессионарию **в момент заключения договора**, на основании которого производится уступка (п. 2 ст. 389.1 ГК РФ).

Законодатель определяет момент заключения договора как момент получения лицом, направившим оферту (предложение заключить договор на определенных условиях), ее акцепта (согласия заключить договор) (п. 1 ст. 433 ГК РФ).

Из приведенных норм закона по существу следует, что моментом заключения договора, заключаемого в виде единого подписанного его сторонами документа (а именно в такой форме как правило заключаются договоры цессии), является момент его подписания сторонами.

Это означает, что предмет договора цессии, сформулированный таким образом (он же чаще всего встречающийся на практике вариант):

*«Сторона 1 (цедент) **передает**, а Сторона 2 (цессионарий) принимает право (требования) в полном объеме по Договору от "\_\_\_" \_\_\_\_\_ г. N \_\_\_, заключенному между Цедентом и \_\_\_\_\_ (наименование или Ф.И.О.) (именуемый далее "Должник").»*

обуславливает переход прав к новому кредитору по переуступаемому вами обязательству в момент подписания этого договора и ставит цедента (передающую права требования сторону) в зависимое положение по отношению к цессионарию, поскольку право требования уже перешло, а обязательства по оплате за него еще не исполнено (оно ведь также возникло в момент подписания договора).

В такой ситуации недобросовестный цессионарий может задержать оплату (или вообще «забыть» произвести с цедентом расчет), что обусловит необходимость судебной тяжбы с ним по поводу расторжения договора цессии либо взыскания убытков по нему.

**Между тем, просто правильно сформулированный предмет договора цессии элементарно избавит кредитора от проблем, связанных с неисполнением цессионарием своих обязательств по оплате за уступаемое право требования.**

«Правильная» формулировка будет следующей:

*«Сторона 1 (цедент) **обязуется передать**, а Сторона 2 (цессионарий) обязуется принять права (требования) в полном объеме по Договору от "\_\_\_" \_\_\_\_\_ г. N \_\_\_, заключенному между Цедентом и \_\_\_\_\_ (наименование или Ф.И.О.) (именуемый далее "Должник").*

*Обязательство по передаче права требования подлежит исполнению цедентом в срок \_\_\_\_\_ со дня исполнения цессионарием в полном объеме обязательств по оплате по настоящему договору и реализуется посредством подписания сторонами соответствующего акта приема-передачи».*

Возможность использования в договоре уступки права требования формулы **«обязуется передать»** вместо формулы **«передает»** предусмотрена законом (прямо следует из того же п. 2 ст. 389.1 ГК РФ, допускающего возможность установления договором иного момента перехода права требования в отличие от установленного «по умолчанию»).

Т.о., если цессионарий не произвел оплату за передаваемое требование, у цедента не возникает обязанности передать это требование.

Принцип «Вечером деньги, утром стулья» или «Утром деньги вечером стулья» весьма уместен при заключении договора цессии.

Не примените воспользоваться этим советом!

## 7. Предусмотрите возможность одностороннего изменения договорных условий

Реализуйте в договорных условиях возможность одностороннего изменения тех или иных условий договора!

Одностороннее изменение условий заключенного договора по умолчанию недопустимо. Оно возможно (1) при наличии в договоре соответствующего условия и (2) лишь в случае, если договор связан с осуществлением предпринимательской деятельности всеми его участниками.

Только при соблюдении этих двух критериев реализуемо условие о возможности одностороннего изменения конкретных договорных условий кем-либо из участников сделки (либо всеми её участниками) в предусмотренных договором случаях.

Правовым основанием одностороннего изменения договорных условий (из общих норм обязательственного права) является п. 2 ст. 310 Гражданского кодекса РФ.

*Примеры:*

*стороны договора поставки могут предусмотреть в договоре условие о том, что поставщик вправе в одностороннем порядке изменить цену товара. Согласование такого условия возможно в силу п. 2 ст. 310, п. 2 ст. 424, ст. 485 ГК РФ;*

*договором на размещение наружной рекламы может быть предусмотрено право рекламодателя на одностороннее изменение условий договора в части установления платы за пользование рекламным местом (скажем, в случае принятия общим собранием собственников решения об изменении тарифов на размещение рекламы на объектах общей долевой собственности);*

*договором подряда может быть предусмотрено право подрядчика на одностороннее изменение цены договора в процессе его исполнения (п. 2 ст. 310, п. 2 ст. 424 ГК РФ). При этом следует помнить, что законом предусмотрено и право заказчика на односторонний ничем немотивированный отказ от исполнения договора (ст. 717 ГК РФ). При этом он должен будет оплатить работы, выполненные до получения извещения об отказе;*

*стороны договора аренды могут предусмотреть право арендодателя в одностороннем порядке и чаще, чем раз в год изменить размер арендной платы (п. 2 ст. 310 ГК РФ). По общему же правилу сделать это можно только по соглашению сторон и не чаще одного раза в год (п. 3 ст. 614 ГК РФ).*

Однако, чтобы не наступило эйфории от возможности одностороннего изменения договорных условий, следует помнить о законодательном запрете злоупотреблением

любым правом, в том числе правом на одностороннее изменение условий договора (п. 3 ст. 1, ст. 10 ГК РФ).

### **А можно ли в рамках того же договора защитить себя от злоупотреблений другой стороной правом на одностороннее изменение его условий?**

Это возможно в рамках реализации в договоре условия о необходимости выплаты определенной денежной суммы (по сути, платы) за использование стороной права на одностороннее изменение договора другой (п. 3 ст. 310 ГК РФ). При этом имеет смысл увязать момент, с которого договор будет действовать в измененном одной из сторон виде, с моментом получения второй стороной договора обусловленной платы за изменение договора.

### **Всегда ли возможно реализовать в договоре возможность изменения его условий в одностороннем порядке?**

Невозможно одностороннее изменение договорных условий в случае, если хотя бы один из участников договора является потребителем, остальные же в рамках договора осуществляют предпринимательскую деятельность. Но с одной оговоркой: это невозможно для участников договора, являющихся предпринимателями.

Право на одностороннее изменение условий договора может быть предусмотрено только в отношении потребителя. Однако, стоит ли говорить, что приведенное положение закона на практике не реализуется, поскольку потребителям, как правило, просто предлагают заключить договор на определенных условиях (обычно даже изложенных в публичной оферте) и либо его эти условия устраивают, либо нет. Но теоретически предусмотреть возможность потребителя в одностороннем порядке изменить определенные условия договора возможно.

### **Как реализуется право на одностороннее изменение условий договора?**

Очень просто – направленным в адрес другой стороны письменным уведомлением о соответствующем изменении договора.

В случае, если условием одностороннего изменения договора является уплата другой стороне обязательства определенной денежной суммы, то, соответственно, вместе с уведомлением об одностороннем изменении договора должно быть направлено доказательство уплаты этой суммы.

Пример уведомления об одностороннем изменении договорных условий вы найдете во вкладке "**дополнительные материалы**".

## 8. Предусмотрите возможность одностороннего отказа от договора

Следующим инструментом минимизации договорных рисков, который мы рассмотрим, является реализация в договорных условиях возможности для его сторон (или одной из них) **одностороннего отказа от договора**.

По умолчанию односторонний отказ одной из сторон от договора, равно, как и односторонне изменение его условий, недопустимо.

Однако, как и в случае с односторонним изменением договора, односторонний отказ от него возможен **(1) при наличии в договоре соответствующего условия** (либо при наличии такого указания в законе (например, право заказчика в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора подряда предусмотрено ст. 717 ГК РФ) и **(2) лишь в случае, если договор связан с осуществлением предпринимательской деятельности всеми его участниками**; если же в договоре одна сторона – предприниматель или юрлицо, а вторая – потребитель, то отказ от договора возможен только со стороны потребителя.

Только при соблюдении этих двух критериев реализуемо условие о возможности одностороннего отказа от договора кем-либо из его участников в предусмотренных договором случаях.

Подстраховка в договоре в виде условия о возможности одностороннего отказа от его исполнения очень и очень важна, особенно в условиях нестабильности национальной валюты, нестабильности межгосударственных отношений с рядом стран, присутствия иных факторов, влияющих на стабильность конкретного бизнеса.

*Например:*

*в договоре поставки можно предусмотреть право покупателя на односторонний отказ от исполнения договора, если с момента заключения договора к моменту оплаты товара курс доллара вырос на определенный договором процент;*

*в договоре аренды можно предусмотреть право арендатора на односторонний отказ от договора в случае одностороннего изменения арендодателем арендной платы в сторону её увеличения либо вообще право на немотивированный отказ арендатора от договора аренды.*

Правовым основанием одностороннего отказа от договора (из общих норм обязательственного права) являются п. 2 ст. 310, ст. 450.1 Гражданского кодекса РФ.



## **Право на отказ от договора и право на расторжение договора в одностороннем внесудебном порядке: в чем отличие?**

Как в случае отказа от договора, так и в случае его расторжения в одностороннем порядке обязательство, существовавшее между сторонами, прекращается.

В чем же состоит разница между отказом от договора в порядке п. 2 ст. 310, ст. 450.1 ГК РФ и его расторжением в одностороннем внесудебном порядке, если такая возможность предусмотрена договором (п. 1 ст. 450 ГК РФ)?

По существу, правовые последствия этих двух действий одинаковы, поскольку как в случае одностороннего отказа от договора (исполнения договора) полностью или частично, если такой отказ допускается, так и в случае его одностороннего расторжения, договор считается расторгнутым (п. 2 ст. 450.1 ГК РФ).

Однако, право на расторжение договора, в отличие от права на отказ от договора, может быть реализовано и в принудительном порядке, т.е., посредством обращения в суд с соответствующим иском.

По требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда:

1. при существенном нарушении договора другой стороной (при этом под существенным понимается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора);
2. в иных случаях, предусмотренных законом или договором (п. 2 ст. 450 ГК РФ).

## **Существуют ли какие-то ограничения возможности реализации предусмотренного договором права на отказ от договора?**

Такие ограничения существуют и связаны они с недопустимостью злоупотребления данным правом (п. 3 ст. 1, ст. 10, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ).

Сформулировано это следующим образом:

*«Сторона, которой настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором предоставлено право на отказ от договора (исполнения договора), должна при осуществлении этого права действовать добросовестно и разумно в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором» (п. 4 ст. 450.1 ГК РФ).*

Что значит «добросовестно» и «разумно»?

Этих критериев не раскрывает гражданское законодательство, зато недавно состоявшийся Пленум Верховного Суда РФ дал соответствующие разъяснения по этому вопросу, значение которых трудно переоценить для судебной практики. Речь идет о Постановлении Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 года № 25 «О применении

судами некоторых положений Раздела I Части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

*Пленум разъяснил, что «оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, **ожидаемого** от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации. По общему правилу пункта 5 статьи 10 ГК РФ добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются, пока не доказано иное.*

*Поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным не только при наличии обоснованного заявления другой стороны, но и по инициативе суда, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения. В этом случае суд при рассмотрении дела выносит на обсуждение обстоятельства, явно свидетельствующие о таком недобросовестном поведении, даже если стороны на них не ссылались (статья 56 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее - ГПК РФ), статья 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ).*

*Если будет установлено недобросовестное поведение одной из сторон, суд в зависимости от обстоятельств дела и с учетом характера и последствий такого поведения отказывает в защите принадлежащего ей права полностью или частично, а также применяет иные меры, обеспечивающие защиту интересов добросовестной стороны или третьих лиц от недобросовестного поведения другой стороны (пункт 2 статьи 10 ГК РФ), например, признает условие, которому недобросовестно воспрепятствовала или содействовала эта сторона соответственно наступившим или ненаступившим (пункт 3 статьи 157 ГК РФ); указывает, что заявление такой стороны о недействительности сделки не имеет правового значения (пункт 5 статьи 166 ГК РФ)».*

Т.о., Пленум ставит **знак равенства между добросовестным поведением и ожидаемым поведением**. Ожидаемое поведение, в свою очередь, предполагает учет прав и законных интересов другой стороны.

Оговоримся, что на сегодняшний день суды совсем нечасто пользуются нормами ГК РФ, устанавливающими запрет на заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом) под угрозой полного или частичного отказа злоупотребившему правами лицу в защите его прав (п. 3 ст. 1, ст. 10 ГК РФ). Остается надеяться на то, что ситуация изменится, учитывая акцент на необходимость соблюдения добросовестного поведения участников гражданского оборота, который сделан законодателем в последние годы, а также приведенные выше разъяснения Верховного Суда РФ в его знаковом пленарном постановлении.

В развитие запрета на недобросовестное поведение одной из сторон сделки законодателем введена и норма о том, что если при наличии оснований для отказа от договора (исполнения договора) сторона, имеющая право на такой отказ,

подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, в последующем сторона, подтвердившая действие договора, не может заявить отказ от него в последующем отказ по тем же основаниям.

Излишне говорить, что договор должен максимально предупреждать все нежелательные для каждой из сторон потенциально возможные причины отказа от него другой стороны.

Например:

1. В договоре поставки предусмотреть условие:

*«Покупатель вправе в одностороннем внесудебном порядке отказаться от исполнения Договора в случае, если (привести перечень согласованных сторонами причин отказа покупателя от исполнения договора поставки). Указанные нарушения признаются Сторонами существенными.*

*Если же Покупатель при наличии любого из названных нарушений, о котором ему стало известно, принял исполнение по Договору либо иным образом подтвердил его действие, он не вправе ссылаться на это нарушение как на основание для отказа от Договора (п. 5 ст. 450.1 ГК РФ)».*

2. В договоре аренды нежилого помещения предусмотреть условие:

*«Арендодатель вправе в одностороннем порядке отказаться от договора в случае невнесения арендатором предусмотренной договором арендной платы более чем за два месяца либо внесения арендных платежей за тот же срок не в полном объеме.*

*Отказ арендодателя от договора осуществляется посредством направления соответствующего уведомления в адрес арендатора. В этом случае договор прекращается с момента получения арендатором данного уведомления и считается расторгнутым в соответствии с правилом п. 2 ст. 450.1 Гражданского кодекса РФ. Уведомление об отказе от договора считается доставленным и полученным арендатором и в тех случаях, если оно поступило арендатору, но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или арендатор не ознакомился с ним."*

А также такое условие:

*«Сторона вправе в одностороннем внесудебном порядке отказаться от исполнения Договора в случае, если ей были представлены недостоверные сведения относительно объекта аренды и здания, в котором он расположен, перечисленные в п. \_\_ договора. Однако Сторона не вправе будет отказаться от Договора по данному основанию, если примет исполнение от другой Стороны или иным образом подтвердит действие Договора после того, как узнает или должна будет узнать о недостоверности указанных сведений (п. 5 ст. 450.1 ГК РФ)».*

## **Можно ли предусмотреть плату за отказ от договора?**

Да, равно, как и в случае с односторонним изменением условий договора, право на односторонний отказ от него можно обусловить необходимостью выплаты определенной компенсации другой стороне, причем **увязать момент возникновения права стороны на отказ от договора с моментом уплаты другой стороне обусловленной договором денежной суммы.**

Например, за право отказа арендатора от договора аренды предусмотреть плату в пользу арендодателя в размере двух месячных арендных платежей по договору.

Можно также установить не твердую денежную сумму, а прописать механизм расчета платы за отказ от договора, поставив размер этой платы в зависимость, например, от времени заявления отказа относительно срока действия договора, от убытков в виде упущенной выгоды, которые понесет другая сторона договора в связи с отказом первой стороны от его исполнения и т.п.

Однако, в любом случае, механизм расчета суммы должен быть прописан в договоре совершенно четко, однозначно, чтобы не возникало вариантов его толкования в ту или иную сторону.

Реализация условия о плате за односторонний отказ от договора возможна в рамках п. 3 ст. 310, ст. 450.1 ГК РФ.

Следует сказать и о том, что в данном случае плата за односторонний отказ от договора – это ни в коем случае не санкция, не мера ответственности, поскольку односторонний отказ, реализуемый в рамках п. 2 ст. 310, ст. 450.1 ГК РФ, является правомерным поведением стороны договора. Это не убытки и не неустойка, это именно плата за отказ от договора, плата за право не быть связанным договорными обязательствами.

## **Возможно ли в судебном порядке снизить плату за отказ от договора?**

Да, и это возможно, в случае если установленная за отказ от договора плата явно завышена, несправедлива по отношению к одной из сторон и, т.о., нарушает баланс интересов сторон договора.

Реализовать такую возможность непросто, поскольку приведенные критерии, которые могут быть положены в основание иска об уменьшении платы за отказ от договора, очень размыты и, фактически, являются оценочными (что значит явно завышена? где начинается «явно»? что значит «несправедлива»? где начинается и где заканчивается критерий справедливой цены за отказ от договора?).

Следует заметить, что возможность снижения согласованной сторонами платы за отказ от договора законом не предусмотрена, однако её допускает судебная практика, а именно п. 9 и п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 года № 16 «О свободе договора и её пределах» (это один из примеров фактического

нормотворчества бывшей высшей судебной инстанции в системе арбитражных судов, формально, конечно, недопустимого, но применяемого судами):

*«9. ... В тех случаях, когда будет установлено, что при заключении договора, проект которого был предложен одной из сторон и содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора), суд вправе применить к такому договору положения п. 2 ст. 428 ГК РФ о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента.*

*В то же время, поскольку согласно п. 4 ст. 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст. 10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по ст. 169 ГК РФ.*

*В частности, ... с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий в целом может быть признано несправедливым и не применено судом **условие об обязанности слабой стороны договора, осуществляющей свое право на односторонний отказ от договора, уплатить за это денежную сумму, которая явно несоразмерна потерям другой стороны от досрочного прекращения договора.***

*10. При рассмотрении споров о защите от несправедливых договорных условий суд должен оценивать спорные условия в совокупности со всеми условиями договора и с учетом всех обстоятельств дела. Так, в частности, суд определяет фактическое соотношение переговорных возможностей сторон и выясняет, было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным, а также учитывает уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, конкуренцию на соответствующем рынке, наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях и т.д.».*

Справедливости ради опять же скажем, что иски о защите от несправедливых договорных условий крайне-крайне-крайне редки в судебной практике, имеют очень проблематичную перспективу доказывания и, по существу, их разрешение в значительной степени зависит от оценки критериев справедливости-несправедливости конкретными судьями, рассматривающими дело.

**Всегда ли возможно реализовать в договоре возможность изменения его условий в одностороннем порядке?**

Нет, не всегда.

Опять же, как и в случае с односторонним изменением договора, односторонний отказ от него невозможен в случае, если хотя бы один из участников договора является потребителем, остальные же в рамках договора осуществляют предпринимательскую деятельность. И также с оговоркой о невозможности отказа от договора для участников договора, являющихся предпринимателями.

Право на односторонний отказ от договора может быть предусмотрен только в отношении потребителя.

### **Как практически реализовать право на односторонний отказ от договора?**

Реализовать это лучше всего направленным в адрес другой стороны письменным уведомлением об отказе от договора.

Пленум Верховного Суда РФ в Постановления от 23 июня 2015 года N 25 разъяснил, что юридически значимое сообщение, в принципе, может быть направлено в любой форме, соответствующей характеру сообщения и отношений, если иное не установлено законом, договором, не следует из обычая или практики, установившейся во взаимоотношениях сторон. При выборе формы необходимо учитывать наличие возможности достоверно установить впоследствии, от кого исходило сообщение и кому было адресовано (п. 65 Постановления).

Однако, в самом тексте договора **стороны вправе согласовать, что уведомление об отказе от договора направляется исключительно тем способом, который предусмотрен в договоре.** В этом случае направление иным способом (например, ценным письмом с описью вложения вместо согласованного в договоре направления курьером) будет считаться ненадлежащим.

В случае, если условием одностороннего отказа от договора является уплата другой стороне обязательства определенной денежной суммы, то, вместе с уведомлением об одностороннем отказе от договора второй сторон должно быть направлено доказательство уплаты этой суммы.

Образец уведомления об одностороннем отказе от договора вы найдете во вкладке **"Дополнительные материалы"**

## 9. Регламентируйте в договоре последствия его расторжения или прекращения

Расторжение договора возможно в трех вариантах:

1. по соглашению сторон;
2. в одностороннем порядке посредством соответствующего волеизъявления одной из сторон договора;
3. по решению суда

При расторжении договора обязательства по нему прекращаются.

Однако, возможны ситуации, когда обязательства по договору прекращаются, даже если формально договор не расторгнут. И прекращаются не потому, что исполнены:

1. законом предусмотрена возможность прекращения обязательства, вызванного невозможностью его исполнения, если эта невозможность вызвана наступившим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает (ст. 416 Гражданского кодекса РФ).

*(например, в случае аннулирования кадастрового учета переданного в аренду земельного участка с кадастрового учета наступает невозможность исполнения договора аренды, поскольку аннулирование кадастрового учета влечет прекращение существования спорного земельного участка как объекта земельных отношений. Ликвидация предмета договора аренды влечет его неисполнимость. С момента снятия земельного участка с кадастрового учета у сторон прекратились обязательства по исполнению договора аренды, в том числе по внесению арендных платежей, в связи с чем их принятие арендатором с этого времени квалифицируется как неосновательное обогащение за счет арендодателя.)*

2. также договорные обязательства могут быть прекращены в связи с изданием акта органа государственной власти или органа местного самоуправления ст. 417 Гражданского кодекса РФ), если в результате издания такого акта исполнение обязательства становится невозможным полностью или частично (соответственно, и обязательство прекращается полностью или в соответствующей части).

*(например, обязательства, возникшие из договора на размещение рекламных конструкций над проезжей частью дороги прекращаются в связи с принятием государственным органом акта, запрещающего установку и эксплуатацию объектов наружной рекламы и информации над проезжей частью дорог и улиц на территории города.)*

В случае же признания недействительным либо отмены в установленном порядке такого акта органа государственной власти или органа местного самоуправления

обязательство не считается прекращенным, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа обязательства либо если кредитор в разумный срок не отказался от исполнения обязательства (п. 3 ст. 417 Гражданского кодекса РФ).

Гражданское законодательство содержит лишь общие предписания относительно последствий расторжения договоров, которые применяются по умолчанию, если законом или соглашением сторон не установлены иные правила об этих последствиях.

**Почему имеет смысл не пускать «на самотек» тему последствий расторжения договора, если таковое вдруг произойдет по тому или иному основанию, а скрупулезно прописать в договоре все правила применительно к возможному его расторжению?**

**Потому что установленные законом и действующие по умолчанию общие правила о последствиях расторжения договора сформулированы неприемлемо применительно к большинству случаев и состоят они в следующем:**

- стороны не вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по обязательству до момента изменения или расторжения договора;
- если до расторжения или изменения договора одна из сторон, получив от другой стороны исполнение обязательства по договору, не исполнила свое обязательство либо предоставила другой стороне неравноценное исполнение, к отношениям сторон применяются правила об обязательствах вследствие неосновательного обогащения;
- в случае же, когда основанием для изменения или расторжения договора послужило существенное нарушение договора одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных изменением или расторжением договора.

Больше никаких предписаний о последствиях расторжения договора закон не содержит, поэтому в подобных ситуациях возникает масса практических вопросов:

- каким образом, в какой срок, в каком объеме возвращаются неотработанные авансы?
- как и куда возвращаются неоплаченные товары, на ком лежит риск их случайной гибели?
- как считается сальдо взаимных обязательств?

Следует иметь в виду, что если эти вопросы не разрешены в договоре, последствия прекращения договора по умолчанию будут определяться правилами, изложенными в Постановлении Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 года № 35 «О последствиях расторжения договора». С ним при заключении договора имеет смысл ознакомиться, чтобы при необходимости урегулировать в договоре последствия его расторжения иначе, чем это урегулировано ВАС РФ (текст Постановления имеется в дополнительных материалах к настоящей консультации).



## 10. Используйте механизм условных сделок

Сделки, совершенные под условием и обусловленное исполнение обязательства ст. 157 ГК РФ и ст. 327.1 ГК РФ).

Во-первых, что означает «сделка, совершенная под условием» (ст. 157 ГК РФ) и что означает «обусловленное исполнение обязательства» (ст. 327.1 ГК РФ)?

Приведем обе нормы закона:

*«Статья 157. Сделки, совершенные под условием*

*1. Сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит.*

*2. Сделка считается совершенной под отменительным условием, если стороны поставили прекращение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит».*

В общем, границы довольно размыты, мы видим, что нормы пересекаются и соотносятся как общее и частное: ст. 327.1 ГК РФ, по сути, охватывает ст. 157 ГК РФ.

### **Почему имеет смысл задействовать механизмы условных сделок?**

Ответ очень простой: по умолчанию, если иное не установлено законом или договором, исполнение сторонами своих обязательств по договорам должно быть произведено независимо ни от каких обстоятельств (кроме обстоятельств непреодолимой силы, если речь идет об участниках предпринимательской деятельности – п. 3 ст. 401 ГК РФ). В этой связи, **если мы хотим поставить исполнение нами конкретных обязательств по договору от каких-то определенных условий (скажем, от предоставления контрагентом обеспечения исполнения своих обязательств) об этом должно быть прямо сказано в договоре.**

*Для лучшего понимания приведем классификацию возможных условий в сделках (понятия позаимствованы из статьи А.Г. Каранетова «Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права», опубликованной в Вестнике Высшего Арбитражного Суда РФ № 7/2009):*

*Случайные — это такие условия, наступление которых не зависит от стороны по договору, а полностью определяется действиями третьих лиц или неких иных внешних объективных событий (например, снятие или введение эмбарго на поставку вооружений в ту или иную страну, выигрыш российской заявки на проведение Олимпиады, принятие городскими властями решения о застройке*

*бывшей промышленной зоны, прекращение регулярных авиарейсов в определенный город, падение параметров фондового рынка ниже обозначенного значения, превышение официального курса рубля определенного в договоре уровня).*

*Потестативные — это такие условия, наступление которых находится исключительно во власти одной из сторон договора и зависит от совершения этой стороной соответствующих действий или волеизъявлений (например, предъявление соответствующего набора документов о страховом случае для получения права на выплату страхового возмещения, получение нарушителем договора требования о выплате неустойки для возникновения обязанности по ее уплате, заявление об использовании своего права на выкуп акций по опционному договору, просрочка в оплате долга как основание для перевода покупателя на авансовую форму расчетов за последующие отгрузки).*

*Смешанные — это такие условия, наступление которых частично зависит от одной из сторон договора, а частично от действий третьих лиц или внешних объективных событий. На практике встречаются различные варианты смешанных условий: получение кредита, регистрация ипотеки, предоставление банковской гарантии, заключение договора поручительства, регистрация эмиссии акций, регистрация права собственности, выдача лицензии, сокращение получения финансирования от заказчика или государства, сокращение штата до указанного в сделке по приобретению контрольного пакета акций уровня, снижение рейтинга надежности должника, реструктуризация долгов заемщика со всеми банками-кредиторами.*

Могут иметь место также условия, зависящие от действий обеих сторон договора (двусторонне-потестативные). В этом случае условие будет считаться наступившим, если оба контрагента совершат определенные действия. Скажем, в договоре купли-продажи может быть предусмотрено, что права и обязанности по нему вступают в силу в момент подписания сторонами договора залога в обеспечение обязанности покупателя по оплате.

## 11. Не пренебрегайте обеспечительными мерами. Непоименованное в законе обеспечение

Смысл обеспечения исполнения обязательств понятен всем и состоит в том, что должник предоставляет кредитору дополнительные гарантии на случай неисполнения обязательства.

Законом поименованы несколько вариантов обеспечения исполнения обязательств: это залог, удержание вещи должника, поручительство, независимая гарантия, задаток, обеспечительный платеж (Глава 23 Гражданского кодекса РФ). К обеспечению закон относит и неустойку, хотя, совершенно очевидно, что неустойка это, скорее, ответственность за неисполнение (несвоевременное или ненадлежащее исполнение) обязательства, чем его обеспечение (в виде угрозы взыскания в случае неисполнения).

Однако, закон прямо указывает на возможность обеспечение исполнения обязательств и **иными, не предусмотренными гражданским законодательством способами** (п. 1 ст. 329 Гражданского кодекса РФ).

Т.о., стороны обязательства вправе своим соглашением установить способ его обеспечения (договорное обеспечение). К числу наиболее эффективных не поименованных законом способов обеспечения исполнения обязательств, получивших в последнее время широкое распространение и поддержанных судебной практикой, относятся так называемое **титульное обеспечение**, подразумевающее оформление принадлежащей должнику собственности на кредитора, а также **обеспечительное удержание собственности**.

**Титульное обеспечение: не поименовано законом, но лучшее**

Как уже сказано, титульное обеспечение состоит в оформлении в собственность кредитора принадлежащей должнику вещи (чаще всего, это целевое заемное обязательство). После исполнения должником обязательства титул (право собственности) ему возвращается.

Долгое время в судебной практике отношение к титульному обеспечению было как к притворной сделке, фактически имеющей под собой залоговое обязательство.

Но залоговое обязательство и обеспечительная передача титула это совсем не одно и то же.

Реализация залогового механизма в случае неисполнения должником обязательства процедура достаточно трудоемкая, поскольку обращение взыскания на заложенное имущество осуществляется по решению суда, если соглашением залогодателя и залогодержателя не предусмотрен внесудебный порядок обращения взыскания на заложенное имущество. Также следует иметь в виду, что далеко не на любое

залоговое имущество можно обратить взыскание без судебного решения, даже если внесудебный порядок обращения взыскания на предмет залога соглашением сторон предусмотрен.

(Справочно: взыскание на предмет залога может быть обращено только по решению суда в случаях, если (п. 3 ст. 349 Гражданского кодекса РФ):

- предметом залога является единственное жилое помещение, принадлежащее на праве собственности гражданину, за исключением случаев заключения после возникновения оснований для обращения взыскания соглашения об обращении взыскания во внесудебном порядке;
- предметом залога является имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества;
- залогодатель - физическое лицо в установленном порядке признано безвестно отсутствующим;
- заложенное имущество является предметом предшествующего и последующего залогов, при которых применяются разный порядок обращения взыскания на предмет залога или разные способы реализации заложенного имущества, если соглашением между предшествующим и последующим залогодержателями не предусмотрено иное;
- имущество заложено в обеспечение исполнения разных обязательств нескольким залогодержателям, за исключением случая, когда соглашением всех созалогодержателей с залогодателем предусмотрен внесудебный порядок обращения взыскания;
- законом могут быть предусмотрены иные случаи, в которых обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке не допускается.)

Приведенная норма закона содержит также правило о том, что соглашения, заключенные с нарушением этих требований, ничтожны.

К тому же, в случае банкротства должника получить удовлетворение за счет полной стоимости заложенного имущества также не удастся.

Чтобы обойти эти препоны залогового обеспечения правоприменительной практикой и была «рождена» **конструкция титульного обеспечения** (используются разные термины: обеспечение при помощи передачи собственности, обеспечительная передача правового титула, обеспечительная собственность). В качестве обеспечительной собственности может выступать любой принадлежащий должнику или иному лицу, согласному такое обеспечение предоставить, объект, в отношении которого достигнута соответствующая договоренность.

Как уже сказано, судебная практика длительное время не воспринимала титульное обеспечение, относясь к нему как к притворной сделке, фактически имеющей в виду под собой залоговое обязательство. Однако, в последние годы отношение судов к титульному обеспечению изменилось. Приведем позицию Верховного Суда РФ по данному вопросу (изложена в определении от 29 октября 2013 г. N 5-КГ13-113 по одному из рассмотренных в кассационном порядке дел):

Выдержка:

*«... стороны договора займа, исходя из положений статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации о свободе договора, вправе предусмотреть в качестве способа обеспечения исполнения обязательства куплю-продажу недвижимого имущества под условием, по которому переход права собственности на объект недвижимости может ставиться в зависимость от исполнения должником (заемщиком) своих обязанностей по договору займа, а сумма займа является одновременно покупной ценой по договору купли-продажи объекта недвижимости».*

### Обеспечительное удержание собственности

Моментом перехода права собственности у приобретателей по сделкам является момент передачи вещи (п. 1 ст. 223 ГК РФ), а в отношении недвижимого имущества - момент государственной регистрации права собственности (п. 2 ст. 223 ГК РФ). В свою очередь, передачей вещи признается её вручение приобретателю, а равно сдача перевозчику для отправки приобретателю или сдача в организацию связи для пересылки приобретателю вещей, отчужденных без обязательства доставки (ст. 224 ГК РФ).

Однако, в отношении объектов движимого имущества законом установлено правило о возможности изменения по соглашению сторон момента перехода права собственности (п. 1 ст. 223 ГК РФ). И именно в рамках данного правила реализуется второй непоименованный законом обеспечительный механизм обязательств в виде обеспечительного удержания собственности. Состоит он в том, что момент перехода права собственности на передаваемое по договору имущество «отодвигается» на момент расчета между сторонами либо на момент исполнения какой-либо обусловленной договором обязанности второй стороны.

Надо отметить, что в отношении договора поставки возможность сохранения за продавцом права собственности на переданный покупателю товар до его оплаты или наступления иных обстоятельств прямо предусмотрена законом (ст. 491 ГК РФ). Более того, этой нормой закона установлен запрет покупателю до перехода к нему права собственности отчуждать товар или распоряжаться им иным образом, если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из назначения и свойств товара.

**Смысл удержания титула (права собственности) на передаваемое по договору имущество состоит в том, что в случае неисполнения обязательств по оплате вещи, товара, продавец вправе потребовать от покупателя вернуть ему товар на правах собственника.** Особенно эта конструкция актуальна применительно к делам о банкротстве, когда продавец, не получивший оплаты за товар, вправе просто забрать его у покупателя, в отношении которого введена одна из процедур банкротства, а не вставать через арбитражный суд в бесконечную очередь кредиторов в реестре с перспективой удовлетворения требований, обычно приближенной к нулевой отметке. Совершенно очевидно, что такой продавец имеет колоссальное преимущество перед иными кредиторами, договоры должника с

которыми не содержали правило об удержании титула продавца до момента полной оплаты товара.

Фактически, именно такая правовая конструкция предусмотрена пунктом 1 ст. 19 Федерального закона от 29 октября 1998 года № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)». Эта норма закона предусматривает возможность установления в договоре финансовой аренды (лизинга) правила о переходе предмета лизинга в собственность лизингополучателя по истечении срока договора лизинга или до его истечения на условиях, предусмотренных соглашением сторон. Именно по такому принципу строятся широко распространенные договоры лизинга транспортных средств, когда лизинговая компания приобретает за свой счет обусловленное договором с лизингополучателем транспортное средство и предоставляет его в аренду на определенный срок с правом выкупа по окончании срока аренды по символической цене.

*Однако, обеспечительный механизм удержания права собственности можно предусмотреть не только в договоре поставки или договоре лизинга, но и в любом договоре возмездной передачи имущества (в том числе, заключаемом между гражданами).*

## Послесловие

Очень надеюсь, что Вы не зря потратили время на прочтение этой консультации вопросу управления договорными рисками. По существу, это одна из самых практически важных тем и если мне удалось Вас убедить хотя бы в том, что к текстам подписываемых вами договоров нельзя относиться пренебрежительно, я уже буду считать, что цель данной работы достигнута.

На самом деле самостоятельно практически реализовать все описанные в консультации механизмы в договорной работе крайне сложно. Больше того, как показывает опыт, даже наличие юридического образования не является гарантией хорошей юридической техники при составлении текстов договоров и их «правильного» содержания, поскольку для этого необходимы соответствующие практические навыки, знание основ договорного права и хорошая ориентация в произведенных за последние годы фундаментальных изменениях гражданского законодательства.

В этой связи, конечно же, данная работа носит не только просветительский характер: мы с удовольствием поможем Вам реализовать в текстах заключаемых Вами сделок все инструменты управления договорными рисками, о которых Вы только что прочитали!