

I. Порядок расторжения нарушенного договора

Зарубежные правовые порядки, ставя в приоритет взыскание убытков и требование об исполнении обязательства в натуре, рассматривают расторжение договора как чрезвычайное средство правовой защиты.

Мыслимы следующие варианты такого расторжения:

а) исключительно судебная процедура расторжения договора. Именно такая модель за редкими исключениями долгое время господствовала во Франции (с конца XIX века подход стал корректироваться в сторону допустимости одностороннего отказа). К достоинствам судебного контроля относится предотвращение необоснованного и произвольного прекращения договорных связей потерпевшей стороной и, как следствие, обеспечение большей стабильности договорных отношений.

Недостатки судебного расторжения связаны с возложением на потерпевшую сторону литигационных издержек (в том числе, не компенсируемых другой стороной - например, издержек в связи с потерей времени, расходов, затраченных на представителя сверх разумных пределов и т.д.), с расходами бюджета на финансирование судебной системы, а также с неопределённостью при рассмотрении подобных дел из-за широкого судебного усмотрения.

Судебное расторжение зачастую не отвечает требованиям динамично развивающегося оборота и сегодня не может существовать как единственно доступная опция.

в) исключительно односторонний отказ от договора. Данная модель притягательна тем, что позволяет потерпевшей стороне оперативно отреагировать на нарушение, что очень важно в условиях развитого оборота. Дела, которые доходят до судов, составляют лишь часть от общего количества случаев расторжения нарушенного договора (там, где есть принципиальное несогласие с заявленным отказом). Тем самым, потерпевшая сторона во многих случаях освобождается от несения литигационных издержек, а бюджет экономит на финансировании судебной системы, которая освобождена от рассмотрения рутинных и однотипных дел. Вместе с тем, потерпевшее лицо находится под домокловым мечом признания одностороннего отказа недействительным из-за отсутствия требуемых условий (несущественного / малозначительного характера нарушения). Неслучайно, пореформенный ФГК декларирует, что односторонний отказ осуществляется потерпевшей стороной на свой страх и риск. Право не может отказать потерпевшему в правовой определённости, предоставляя необоснованные преимущества нарушителю договора, от воли которого будет зависеть окончательное разрешение вопроса о том, имелись ли правовые основания для отказа от договора.

б) судебная процедура + альтернативные способы расторжения нарушенного договора, среди которых можно выделить следующие:

б1) расторжение по соглашению сторон. Помимо ординарной, существующей во всех правовых порядках и не обладающей какой-либо спецификой возможности расторгнуть договор по взаимному на то согласию субъектов договорных правоотношений, вполне допустима модель, в которой будут существовать стимулы для сторон договариваться о прекращении их отношений. К таким стимулирующим мерам можно, например, отнести увеличение государственной пошлины на рассмотрение споров о расторжении нарушенного договора, признание акцепта молчанием состоявшимся, если нарушитель договора не направит в разумный срок возражение на полученное от потерпевшей стороны предложение расторгнуть нарушенный договор (а la п.2 ст. 415), взыскание законной неустойки с правонарушителя, который необоснованно уклоняется от расторжения договора при очевидном любому разумному участнику оборота существенном характере нарушения и т.д.

б2) односторонний отказ от договора. Предоставление потерпевшей стороне возможности выбирать, каким способом ей защитить свои права — отказаться от договора в одностороннем порядке или пойти с иском в суд — кажется самым разумным вариантом. Потому российское право нуждается в серьезном реформировании. С одной стороны, необходимо закрепить право на односторонний отказ от нарушенного договора. С другой стороны, сделать судебное расторжение более привлекательным. Я убеждён, что для российского правового порядка в целом на данном этапе его развития судебная процедура более предпочтительна. Основания расторжения нарушенного договора туманны и заранее неопределённые, их формализация возможна исключительно в судебной практике. Именно из этого, исходили французы при разработке ФГК. Это особенно актуально для России.

Постепенно посредством переработки значительного материала, рассмотрения судебных споров практика сможет выработать оптимальные критерии существенности нарушений, дающих право на расторжение договора. Таким образом, мой тезис можно свести к следующему: праву в вопросах об основаниях расторжения нарушенного договора необходима правовая определенность —> формализация таких правовых оснований возможна лишь в судебной практике —> право заинтересовано в том, чтобы большее количество споров о расторжении нарушенного договора, рассматривалось в судах. С этой целью помимо решения общих проблем, связанных с повышением качества отправления правосудия и т.д., необходимо создать стимулы для участников оборота обращаться с иском в суд по вопросу расторжения нарушенного договора. В частности, речь может идти о прекращении договора более ранним моментом, чем вынесение судебного решения. Нет никаких препятствий, чтобы считать договор расторгнутым с момента уведомления ответчика о поданном против него иске, а также в некоторых случаях признавать его расторгнутым более ранним моментом, например, моментом фактического прекращения договорных правоотношений.

II. Критерий существенности нарушения и установление дополнительного льготного срока

а) необходимость предоставления дополнительного льготного срока должнику

Категорически не согласен с идеей о генерализации Nachfrist'a в российском праве по немецкому образцу по следующим соображениям:

а) считается, что одним из «достоинств» дополнительного льготного срока является его большая предсказуемость по сравнению с критерием существенности. Но так ли это на самом деле? Первый вопрос, который следует задать: дополнительный льготный срок — он какой? Ответ, видимо, будет такой — разумный. Потерпевшая сторона, столкнувшись с нарушением обязательства своим контрагентом должна предложить ему какой-то разумный общий срок, но не абстрактный, а вполне конкретный. Например, покупатель не платит за товар и впадает в просрочку. Сколько дней ему должен предоставить кредитор, чтобы считать себя выполнившим требование о предоставлении Nachfrist'a? Очевидно, что универсального ответа, рассчитанного на все случаи жизни нет и быть не может. В расчёт может приниматься множество факторов: размер долга, место платежа, валюта платежа и т.д.

Далее, как известно, в некоторых случаях представлять дополнительный льготный срок не исполнившему обязательство должнику не нужно. Так, отказ без Nachfrist'a допустим при ненадлежащем исполнении обязательства, когда налицо особые обстоятельства, которые с учётом взвешивания интересов обеих сторон оправдывают немедленный отказ от договора. Ровно как и в случае с критерием существенности никакой предсказуемости и последнее слово будет за судьей.

Наконец, в некоторых случаях отказ от договора может быть признан недействительным даже после предоставления дополнительного льготного срока. Речь идёт о незначительности нарушения. Вот уж огромная пропасть разделяет незначительность и отсутствие существенности нарушения!!!

Возникает закономерный вопрос, куда делась хваленая предсказуемость Nachfrist'a?

б) возникают сомнения в справедливости предоставления Nachfrist'a в случае, если нарушение должника и без того носит существенный характер. Например, почему кредитор, которому были поставлены неработающие комбайны, должен предоставлять дополнительный льготный срок производителю, который собрал их из некачественных материалов. Почему потерпевшая сторона должна ждать, соизволит ли нарушитель исполнить своё обязательство надлежащим образом? Какие соображения лежат в основе рассуждений о стремлении сохранить договорные связи, кроме абстрактной и отнюдь не аксиоматичной идеи *pacta sunt servanda*?

Таким образом, следует признать, что сама по себе идея Nachfrist'a как альтернатива существенности нарушения не привносит ничего принципиально нового. Поэтому не вижу никакого смысла отказываться от критерия существенности.

Следует также отметить, что существенность и Nachfrist могут вполне мирно сосуществовать. Примером служит пореформенное французское право. Однако модель, заложенная в ФГК представляется мне крайне неудачной по изложенным выше в пп. 2 настоящего пункта соображениям. Так, по французскому праву потерпевшая сторона ОБЯЗАНА предоставить дополнительный льготный срок нарушителю, если желает отказаться от договора во внесудебном порядке.

Более разумным представляется правило, в соответствии с которым потерпевший контрагент ВПРАВЕ установить *Nachfrist*. Последствием такого «жеста» должно стать изменение бремени доказывания существенности, если в дальнейшем спор станет предметом судебного рассмотрения. Так, если по общему правилу существенность нарушения должна доказываться отказавшаяся от обязательства сторона, то при неисполнении обязательства в льготный срок доказывать отсутствие существенности должен нарушитель.

б) раскрытие содержания принципа существенности нарушения

Во Франции при оценке разумности сохранения в силе договорных отношений (*l'utilite*) судами во внимание принимаются, как правило, следующие факторы¹:

а) соотношение исполненной части и неисполненной (в основном, актуально для делимых обязательств);

б) размер ущерба, причинённого неисполнением (логика простая: хороший договор приносит выгоду, плохой - убытки, поэтому какой смысл сохранять плохой контракт в силе);

в) учёт вины нарушителя (в случае умышленного нарушения суды зачастую расторгают договор даже при отсутствии каких либо убытков у кредитора);

г) вероятность получить исполнение от должника (суды учитывают предшествующее поведение должника, его платёжеспособность, состояние рынка и иные экономические обстоятельства);

д) характеристика предмета договора (движимость / недвижимость, товары массового производства / технически сложные товары, новый / бывший в употреблении товар - в отношении в вещей до / - суды легче расторгают договор, в отношении вещей названных после / - суды ищут больше оснований для расторжения, якобы для такого рода объектов нарушения нормальны) и деятельности сторон (потребитель / коммерсант - коммерсант может перепродать товар даже с недостатками, поэтому в некоторых случаях суды блокируют возможность отказаться от договора);

е) интенсивность и длительность договорных отношений (в некоторых договорах, в которых контрагентам важна личность друг друга, утрата доверия с связи с нарушением будет основанием для расторжения договора (например, договоры о совместной деятельности), аналогично и в долгосрочных договорах);

ж) утрата кредитором интереса в исполнении договора.

А.Г. Карапетовым был предложен исчерпывающий перечень факторов, которые должны учитываться при принятии решения о расторжении договоров (1. Значительность ущерба от нарушения. 2. Фактор невозможности или затруднительности возложения ответственности за убытки на должника. 3. Значительность нарушения как такового. 4. Утрата кредитором интереса в исполнении договора. 5. Утрата доверия к должнику. 6. Фактор предвидимости негативных последствий нарушения. 7. Принципиальность строгого соблюдения условий договора. 8. Интерес должника в сохранении договора. 9. Степень выполненности договора к моменту его расторжения. 10. Отсутствие интереса должника в сохранении договора. 11. Неоспаривание должником осуществленного кредитором одностороннего отказа в течение разумного срока. 12. Освобождение должника от ответственности за допущенное нарушение. 13. Недобросовестность должника. 14. Учет вины кредитора и его добросовестности. 15. Неоднократность нарушения (определение существенности нарушения по совокупности 16. Публичный характер нарушенного договора. 17. Неустранение должником нарушения в дополнительный срок (соблюдение процедуры *Nachfrist*). 18. Непредоставление должнику возможности устранить нарушение (несоблюдение процедуры *Nachfrist*). 19. Готовность должника устранить нарушение, выраженная в виде соответствующего запроса. 20. Объективная неустранимость нарушения).

Хотелось бы остановиться на 4 факторе. Возникает вопрос: какой интерес кредитора должен приниматься во внимание (объективный или субъективный). См. кейс № . Следует признать, что субъективный интерес кредитора должен приниматься во внимание, лишь в случае, если должник знал или должен был знать о нем. Основным способом информирования кредитора является фиксация такого интереса в договоре, но вполне возможно и устное его доведение без непосредственного отражения в тексте документа. Таким образом, атипичный и неизвестный нарушителю интерес не должен учитываться.

¹Genicon. La resolution du contrat pour inexécution

в) конкретизация существенных нарушений в договоре.

Основной вопрос, как далеко может простираться автономия воли при фиксации в договоре нарушений, дающих право на прекращение договорных связей. Статья 310 ГК даёт право на односторонний немотивированный отказ от договора, как минимум, с сделках b2b и b2c (следует согласиться с А.Г. Карапетовым, что нет никаких оснований не допускать отказ в сделках c2c). Однако основной вопрос заключается в том, как должны оцениваться поименованные в договоре нарушения и возникает ли у потерпевшей стороны право на взыскание убытков в связи с расторжением договора (п. 5 ст. 453). Так:

а) поименованные нарушения должны оцениваться объективно через призму существенности нарушений;

б) презюмируется, что названные в договоре нарушения являются существенными и дающими право на возмещение убытков по п. 5 ст. 453, однако нарушитель может опровергнуть данную презумпцию;

в) обозначенные договором нарушения являются существенными и дают право на взыскание убытков (субъективный подход).

Последний вариант предпочтителен: он в наибольшей степени согласуется с волей сторон и позволяет учесть субъективный интерес потерпевшего лица. Борьба с конкретными проявлениями недобросовестности должна вестись ex post с помощью общегражданских способов судебного контроля (ст. 428, 10, 10+168, 169 ГК).

III. Последствия расторжения нарушенного договора

1) Правовой режим требования о возврате полученного по расторгнутому договору.

Представляется верной теорией трансформации договорного обязательства (сохраняются обеспечения, неустойки, проценты, условия договора о неконкуренции, применимом праве, арбитражные оговорки, ценовые условия, исковая давность). При отсутствии соответствующих правил подлежат применению нормы о неосновательном обогащении в силу субсидиарности кондикции.

2) Риск случайной гибели имущества, переданного по расторгнутому договору.

На мой взгляд, оптимально возлагать риск случайной гибели имущества на сторону, получившую его и допустившую нарушение договора. Это создаёт стимулы для потенциального нарушителя более ответственно подходить к исполнению своих обязанностей. Однако следует иметь в виду следующее: право на расторжение договора возникает даже в случае, если нарушение не зависело от вины нарушителя (договор не был исполнен в результате случая или непреодолимой силы). Поэтому отдельного обсуждения заслуживает вопрос, насколько разумно возлагать на нарушителя риск в этом случае? Предварительный ответ: разумно.

Представляется спорным правило, в соответствии с которым, если договор расторгается в связи с нарушениями, допущенными стороной, передавшей по этому договору имущество, либо не в связи с нарушением какой-либо из сторон, сторона, получившая имущество в собственность и обязанная его вернуть другой стороне, только в том случае компенсирует отсутствие или ухудшение этого имущества в денежной форме, если она распорядилась этим имуществом или потребила его, а также если гибель имущества или его ухудшение произошли в условиях, когда сторона относилась к обеспечению сохранности имущества существенно менее заботливо, чем это свойственно обычному участнику гражданского оборота. Например, покупатель приобретает книгу, на которой делает пометки, рисунки, вырывает некоторые страницы для их и клеивает другие (вряд ли так делают обычные участники оборота). В дальнейшем оказывается, что при изготовлении книги использовались чернила, содержащие опасные для человеческого организма вещества. Договор расторгается. Должен ли покупатель компенсировать ухудшение книги? Кажется, что нет. Поэтому позиция ВАС нуждается в корректировке.

3) Порядок возврата сторонами полученного по расторгнутому договору.

Одновременность возврата имущества, полученного по встречным обязательствам, обеспечивается несколькими возможными способами:

- 1) возврат в едином месте и времени;
- 2) возврат с привлечением посредника;
- 3) возложение обязанности на правонарушителя сделать «первый шаг».

На мой взгляд, необходима дифференциация в зависимости от имущества, подлежащего возврату:

а) деньги (или другое имущество, которое можно депонировать, например, ценные бумаги) vs. вещи, не способные к депонированию. Например, расторгается договор купли - продажи автомобиля, покупатель должен вернуть транспортное средство, а продавец полученные денежные средства. Наиболее оптимальным способом служит депонирование денежных средств на счёт приставов-исполнителей с последующим их переводом покупателю после возвращения последним автомобиля продавцу. Такой порядок организации исполнительного производства привлекателен тем, что во многом минимизирует риски оппортунистического поведения сторон. Ни для кого не секрет, что исполнение судебных решений в РФ малоэффективно. Так, у продавца нет никаких стимулов возвращать деньги покупателю первым (даже если его действия привели к расторжению договора). В самом деле - зачем? А вдруг покупатель скроется с вещью и с деньгами, или что ещё хуже станет банкротом? Переводя деньги на счёт приставов, продавец уверен, что они не достанутся покупателю и не попадут в его конкурсную массу до тех пор, пока продавец не получит вещь. В любом случае необходимо синхронизировать моменты перехода имущества в конкурсную массу сторон: деньги попадут в конкурсную массу покупателя (даже если они продолжают находиться на счёте приставов) одновременно с получением движимой вещи продавцом (или с момента государственной регистрацией права на недвижимую вещь за ним).

б) недепонируемые вещи vs. недепонируемые вещи. Например, по договору мены одна сторона получила 25 тысяч тонн угля, который был доставлен в Калининградскую область, а другая 30 тысяч тонн пшеницы, доставленную в Хабаровскую область. Очевидно, что ни возврат в едином месте и единое время, ни механизм депонирования в данном случае невозможны. Поэтому целесообразно обязать нарушителя, действия которого привели к расторжению договора, сделать первый шаг, возложив на него все риски, связанные с неплатёжеспособностью и / или оппортунизмом его контрагента.

в) объекты, которые не нуждаются в физической передаче (или иных аналогичных действиях - государственной регистрации права, зачисление на счёт и т.д). Например, имущественное право требования vs. деньги. Переход право требования его изначальному правообладателю находится под условием возврата им денежных средств его контрагенту. Следовательно, право перейдёт автоматически после того, как цессионарий получит деньги. Отдельного обсуждения требует ситуация, когда о произошедшем переходе права по ещё не расторгнутому договору был уведомлен должник. Есть все основания следовать а и б подходу.

Возврат в едином месте и единое время должен осуществляться только, если сами стороны договорились о таком способе возврата имущества. Существуют разумные сомнения, что такую одновременность можно обеспечить в подавляющем большинстве случаев в силу действия внешних факторов. Предоставление суду возможности определиться с местом и временем помимо присущей произвольности решения несёт в себе риск потенциальной его неисполнимости.