

## ПРЕДВИДИМОЕ НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРА

С. С. БОНДАРЕНКО



Бондаренко Сергей Сергеевич,  
аспирант кафедры  
гражданского права и процесса  
Белгородского государственного  
университета

Предвидимое нарушение договора — ситуация, когда появляются основания ожидать нарушение договора в будущем. Предвидимое нарушение возможно, когда договор полностью подлежит исполнению в будущем, а также в ходе исполнения, но до наступления (истечения) сроков исполнения. Предвидимому нарушению подвержены договоры, где исполнение отсрочено, либо растягивается в течение длительного времени, либо включает части со значительными временными интервалами.

Концепция предвидимого нарушения, направленная на защиту прав стороны, предвидящей нарушение договора контрагентом, возникла в системе общего права. У английских и американских юристов не вызывает сомнений практическая целесообразность данной концепции. Однако ее теоретическое обоснование порождает споры. Вот как суть проблемы изложил судья Уэллс в решении по делу *Daniels v. Newton* (1874): «Мы не способны видеть, как это (предвидимое нарушение. — С. Б.) может само по себе составлять наличествующее нарушение любых юридических прав другой стороны или предоставлять ей существующее право на иск... Пока не наступает время, когда по условиям соглашения она является или может являться уполномоченной на исполнение договора, она не способна потерпеть вред или лишение, составляющие основание для убытков. Здесь нет никакого нарушения, никаких потерь, на которых можно основывать иск».<sup>1</sup> Для разрешения данного затруднения была создана следующая конструкция: кредитору принадлежит не только право на получение исполнения, но и вытекающее из договора право на сохранение договорных отношений до момента исполнения, «право на то, чтобы договор считался существующим и действительным».<sup>2</sup> Этому праву противостоит обязанность должника не подвергать риску возможность исполнения, т. е. в условиях предвидимого нарушения возникает нарушение не самого

© С. С. Бондаренко, 2009

<sup>1</sup> Цит. по: *Fuller L. L., Eisenberg M. A. Basic Contract Law*. 6 ed. St. Paul (Minn.), 1996. P. 988.

<sup>2</sup> *Ансон В. Договорное право*. М., 1984. С. 331.

договора, а обязанности, косвенно (по смыслу) следующей из него. Такое обоснование концепции предвидимого нарушения стало общепризнанным в системе общего права и закреплено в Едином образном торговом кодексе (ЕТК) США.<sup>3</sup>

Главным противником идеи предвидимого нарушения считается американский ученый С. Уиллистон. По его мнению, конструирование подразумеваемой обязанности, вытекающей из договора, неоправданно расширяет круг обязанностей должника, заставляя отвечать по обязательству, которое он не брал на себя.<sup>4</sup> Действительно, выведение из договора косвенной обязанности выглядит несколько искусственным. Это попытка увидеть нарушение там, где его еще нет. С. Уиллистон полностью отрицает концепцию предвидимого нарушения. Но, быть может, концепция просто нуждается в другом теоретическом обосновании. И такое обоснование было предложено. Как отмечает американский юрист Г. Баллантайн, есть две возможные теории: 1) предвидимое нарушение является наличествующим нарушением; 2) угрожающее нарушение может создавать основание иска; «возможно, простая угроза совершения нарушения должна создавать основание для иска».<sup>5</sup> Однако данная идея не получила развития. Насколько мы можем судить, в англо-американском праве отсутствует категория угрозы нарушения права. В российском законодательстве угроза рассматривается как достаточное основание для защиты гражданских прав (например, ст. 12 ГК РФ среди способов защиты гражданских прав предусматривает пресечение действий, создающих угрозу нарушения права; ст. 131 ГПК РФ устанавливает, что в исковом заявлении должно быть указано, в чем заключается нарушение или угроза нарушения прав).

В западной практике нет общепринятой классификации форм предвидимого нарушения договора. Например, английское право выделяет три разновидности предвидимого нарушения: 1) прямой отказ (когда до наступления срока исполнения должник отказывается от обязательства в письменной или устной форме); 2) косвенный отказ (следует из поведения должника до наступления срока исполнения); 3) неспособность к осуществлению исполнения в будущем (когда должник своими действиями создает невозможность исполнения либо выводит возможность исполнения из-под своей власти). Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.<sup>6</sup> (далее — Венская конвенция 1980 г.), где предвидимому нарушению посвящен отдельный раздел, использует несколько иной подход.

---

<sup>3</sup> Пункт 1 ст. 2-609 ЕТК устанавливает: «Договор купли-продажи налагает на каждую сторону обязательство, согласно которому ожидания другой стороны в получении надлежащего исполнения не будут умалены» (*Uniform Commercial Code* // [www.law.cornell.edu/ucc/2/2-609.html](http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-609.html) (2008. 2 окт.)).

<sup>4</sup> См. подробнее: *Комаров А. С.* Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 100–102.

<sup>5</sup> *Ballantine H.* Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties // 22 Mich. L. Rev. 1924 (цит. по: *Fuller L. L., Eisenberg M. A.* Basic Contract Law. P. 990).

<sup>6</sup> *Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров от 11 апреля 1980 г.* // Сборник международных договоров СССР и Российской Федерации. Вып. XLVII. М., 1994. С. 335–357.

Здесь выделяется предвидимое нарушение, возникающее: 1) вследствие серьезного недостатка у стороны способности осуществить исполнение или кредитоспособности; 2) вследствие поведения стороны по подготовке или осуществлению исполнения договора (п. 1 ст. 71). Особо упоминается прямой отказ от договора (п. 3 ст. 72), а также ситуация, когда договор уже нарушен и есть основания ожидать будущих нарушений (п. 2 ст. 73).

На наш взгляд, целесообразно отдельно рассмотреть: 1) ситуацию прямого отказа от договора, когда вывод о предвидимом нарушении основывается на заявлении самого должника; 2) ситуацию, когда кредитор предвидит нарушение на основе собственной оценки поведения или положения должника; 3) ситуацию, когда нарушение договора уже произошло и можно ожидать новых нарушений.

**1. Прямой отказ от договора до наступления срока его исполнения.**

В англо-американской практике распространена такая форма предвидимого нарушения, как неправомерный отказ от договора, заявленный прямо (письменно или устно) до наступления срока исполнения обязательства. Отказ должен касаться сути договора, исполнения договорных обязательств в целом. Известный прецедент подобного рода — дело *Hochster v. De la Tour* (Англия, 1853). Ответчик нанял истца для сопровождения в поездке по Европе, но вскоре изменил намерение и сообщил в письме, что отказывается от услуг. Хотя срок исполнения обязательства еще не наступил, истец обратился в суд для взыскания убытков. Ответчик доказывал в суде, что нарушение договора не могло возникнуть до даты исполнения. Однако решение состоялось в пользу истца. Выводы суда заложили основу всей доктрины предвидимого нарушения. Во-первых, суд признал, что предвидимое нарушение должно уполномочивать добросовестную сторону незамедлительно расторгнуть договор. Во-вторых, сразу после расторжения договора может быть предъявлен иск о возмещении убытков. Эти правила прочно вошли в судебную практику Великобритании, оказали влияние на право США (в соответствии со ст. 2-610 ЕТК, если одна из сторон отказывается от договора в отношении исполнения, срок которого еще не наступил и неисполнение которого существенно снижает ценность договора для другой стороны, потерпевшая сторона может в том числе расторгнуть договор). Сходные положения отмечаются в праве Франции и Германии,<sup>7</sup> в международных договорах (п. 3 ст. 72 Венской конвенции 1980 г.).

Как на неправомерный отказ от договора, заявленный до наступления срока исполнения, отреагировала бы российская правовая система? Во-первых, ст. 310 ГК РФ устанавливает запрет на односторонний отказ от исполнения обязательства, кроме случаев, предусмотренных законом. Последствия нарушения этого запрета прямо не урегулированы. В судебной практике и среди ученых признается, что неправомерный отказ является правонарушением и влечет ответственность в виде возмещения убытков.<sup>8</sup> Во-вторых, сам договор при неправомерном отказе продолжает

<sup>7</sup> Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. С. 106.

<sup>8</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 9 апреля 1996 г. № 6636/95 // Вестник ВАС РФ. 1996. № 7. — См. также: *Гражданское право. Учебник* / отв. ред. В. П. Мозолин, А. И. Масляев. Ч. 1. М., 2005. С. 594.

действовать (из п. 3 ст. 450 ГК РФ следует, что расторжение договора влечет лишь правомерный отказ). Добросовестная сторона не может расторгнуть договор ни в одностороннем порядке (закон такого случая одностороннего расторжения не предусматривает), ни в судебном порядке в связи с существенным нарушением (существенное нарушение в смысле неисполнения или ненадлежащего исполнения договора еще не состоялось и не могло состояться, так как не наступил срок исполнения обязательства). Можно сделать вывод о том, что при неправомерном отказе от договора, заявленном до наступления срока исполнения, потерпевшая сторона имеет право на возмещение убытков, но не имеет возможности расторгнуть договор. При этом неясно, в чем могут состоять убытки, если договор сохраняет силу и все еще подлежит исполнению в будущем. Получается, что сторона, совершившая правонарушение в виде неправомерного отказа, не несет никакой ответственности, а добросовестная сторона остается связанной явно ненадежным договором. Таким образом, трактовка рассматриваемой ситуации с позиций правонарушения оказывается неэффективной.

Вариант решения данной проблемы предлагает А. Г. Карапетов: «В силу того, что согласно ст. 310 ГК односторонний отказ должника от договора не допускается, данное заявление должника может рассматриваться исключительно как оферта, предложение расторгнуть договор».<sup>9</sup> Если кредитор в разумный срок после этого выразит свою волю на прекращение договора, то налицо расторжение договора по взаимному согласию путем акцепта кредитором оферты должника. При этом состоявшееся соглашение о расторжении, по мысли ученого, не отменяет противоправность действий должника, отказавшегося от исполнения обязательства. Поэтому кредитор сохраняет возможность использовать различные способы защиты своих прав (в том числе возмещение убытков). Конструкция, предложенная А. Г. Карапетовым, удачно разрешает проблему расторжения договора кредитором. Но у нее, на наш взгляд, есть и недостаток: один и тот же юридический факт (прямой отказ должника от договора) рассматривается одновременно и как правомерное действие (оферта, направленная на расторжение договора), и как действие неправомерное (нарушение запрета ст. 310 ГК РФ, являющееся основанием для взыскания убытков). Здесь кажется уместным привести слова В. А. Белова: «Поскольку одно и то же действие... не может быть в одно и то же время и правомерным, и неправомерным, основание динамики правоотношений регулятивных не может быть одновременно и основанием динамики правоотношений охранительных, т. е. не может стать основанием к какому-либо иску».<sup>10</sup>

Можно предложить еще один вариант трактовки прямого отказа должника от договора до наступления срока исполнения. Подобный отказ

---

<sup>9</sup> Карапетов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М., 2007. С. 162.

<sup>10</sup> Белов В. А. Исковая давность по требованиям об обратном взыскании средств, незаконно списанных железной дорогой со счета в ТехПД // Законодательство. 2007. № 3. С. 9.

допустимо квалифицировать как действие, создающее угрозу нарушения прав кредитора. Спорный вопрос, есть ли в рассматриваемой ситуации нарушение договора, но наличие угрозы нарушения кажется бесспорным. Расторжение договора при этом будет мерой защиты, применяемой кредитором в связи с возникновением угрозы нарушения его прав. Не возмещает здесь никаких препятствий и для взыскания убытков в рамках возникшего охранительного правоотношения.<sup>11</sup>

Предлагаемый подход к прямому отказу от договора, заявленному до наступления срока исполнения, требует некоторых уточнений:

1) возникает вопрос о порядке расторжения договора: судебном или внесудебном. Ситуация прямого отказа от договора, как правило, вполне очевидна, недвусмысленна и, кроме того, требует принятия оперативных решений. Поэтому целесообразно использовать односторонний (внесудебный) порядок расторжения договора.<sup>12</sup> Одностороннее расторжение договора по своей природе является односторонней сделкой, поэтому должны соблюдаться требования, касающиеся формы сделок (ст. 158–165 ГК РФ). В науке распространено мнение о том, что одностороннее расторжение договора должно производиться в той же форме, в какой был заключен договор;<sup>13</sup>

2) очевидно, что расторжение договора должно быть произведено в течение разумного срока после того, как был заявлен неправомерный отказ;<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Наличие угрозы в данной ситуации кажется бесспорным, однако есть ли само право, в отношении которого возникает угроза нарушения? Иными словами, существует ли субъективное право кредитора до наступления срока исполнения корреспондирующей обязанности должника? Полагаем, что существует. С момента заключения договора между сторонами возникает обязательство, а значит, появляются права и обязанности, составляющие содержание данного обязательства. Конечно, до наступления оговоренного срока права и обязанности будут как бы «несозревшими», но это не отменяет их реального существования. В частности, «несозревшие» права и обязанности могут быть переданы другим лицам в порядке уступки требования или перевода долга (подробнее о реальном существовании «несозревших» прав см.: *Новоселова Л. А.* Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003. § 11.2; *Сарбау С. В.* Исполнение взаимных обязательств. М., 2004. С. 42–44). Таким образом, мы исходим из того, что право кредитора требовать исполнения возникает с момента заключения договора (хотя осуществлено может быть лишь после наступления срока исполнения). Неисполнение должником обязанности в срок нарушает данное право кредитора, а прямой отказ должника от договора, заявленный до срока исполнения, создает угрозу нарушения данного права.

<sup>12</sup> Именно такой подход используется в западной практике. Например, в английском праве для расторжения договора при предвидимом нарушении достаточно просто сообщить соответствующее намерение другой стороне. Новыми судебными решениями было признано, что даже бездействие или молчание могут по обстоятельствам дела выражать намерение расторгнуть договор, если у другой стороны при этом должно было возникнуть представление о том, что договор исчерпан (*Applebey G.* Contract Law. London, 2001. P. 415–416).

<sup>13</sup> *Соменков С. А.* Расторжение договора в гражданском обороте: теория и практика. М., 2002. С. 100; *Егорова М. А.* Односторонний отказ от исполнения договора по законодательству РФ. Дис. ... к. ю. н. М., 2006. С. 82–83.

<sup>14</sup> В английской практике действует правило: если добросовестная сторона не расторгнет договор с разумной поспешностью, то договор продолжает действовать так, как будто отказа вообще не было. Новые судебные решения внесли корректировки в это правило,

3) возможны ситуации, когда незаконный отказ от договора имеет видимость законного. Например, недобросовестный контрагент может сослаться на якобы имеющееся нарушение договора другой стороной или на отсутствие у договора юридической силы. Конечно, попытка «изобразить» законное основание для отказа не отменяет его незаконную природу. Поэтому и в этой ситуации добросовестная сторона должна иметь право на расторжение договора. Если же ситуация не очевидна и добросовестная сторона сама сомневается в своей правовой позиции, то вместо одностороннего расторжения договора она может обратиться в суд с иском о признании отказа незаконным;

4) в английской практике предвидимое нарушение образует лишь полный, безоговорочный отказ от договора. Но как быть в ситуации, когда неправомерный отказ является частичным? Видятся два возможных варианта разрешения ситуации. Первый — признание за добросовестной стороной права на расторжение договора в соответствующей части. Однако здесь возникает дополнительная проблема соразмерности частичного отказа и частичного расторжения. Кроме того, такое частичное расторжение (являющееся, по сути, односторонним изменением договора) не всегда приемлемо (например, для кредитора может быть важным получение исполнения в полном объеме). Более предпочтительным представляется второй путь — оценка существенности частичного отказа. Если частичный отказ дает основание ожидать в будущем существенное нарушение договора, то добросовестная сторона может расторгнуть договор, не дожидаясь наступления срока исполнения. Если же частичный отказ является несущественным, то механизм предвидимого нарушения не может быть задействован;

5) расторжение договора в рассматриваемой ситуации является мерой защиты прав, а значит, как и любая мера защиты, используется независимо от вины должника. После расторжения договора кредитор может взыскать причиненные убытки. Однако возмещение убытков относится к мерам ответственности и применяется по общему правилу при наличии вины должника. На кредиторе лежит обязанность принять разумные меры для уменьшения размера убытков.<sup>15</sup> Представляется, что обязанность по уменьшению убытков должна возникать только после расторжения договора. Иной подход использует американское право, признавая, что данная обязанность возникает непосредственно после заявления неправомерного отказа. Едва ли такой подход заслуживает поддержки. Возлагая на добросовестную сторону обязанность по уменьшению убытков

---

в том числе когда имеется длящийся или возобновляемый отказ (*Qiao Liu. Claiming damages upon an anticipatory breach: why should an acceptance be necessary?* // *Legal Studies*. Nov 1, 2005. Vol. 25. Issue 4. P. 570–571).

<sup>15</sup> Говорить об обязанности здесь можно лишь условно. Кредитор не может быть понужден к принятию мер по уменьшению убытков и не несет ответственности за их принятие (*Нам К. В. Убытки и неустойка как формы договорной ответственности* // *Актуальные проблемы гражданского права* / под ред. М. И. Брагинского. М., 1999. С. 341–342, 355). Последствием неисполнения кредитором «обязанности» по уменьшению убытков является возможное уменьшение судом размера ответственности должника (п. 1 ст. 404 ГК РФ).

уже в силу самого отказа, ее тем самым подталкивают к прекращению договора, и право на расторжение превращается в обязанность.<sup>16</sup>

**2. Поведение или положение должника, несовместимые с осуществлением надлежащего исполнения в будущем.** Прямой отказ от договора — это достаточно простая, очевидная форма предвидимого нарушения. Сложнее ситуации, когда должник направляя от договора не отказывается, но возникают иные обстоятельства, позволяющие ожидать нарушение. О будущем нарушении может свидетельствовать поведение должника (например, полное отсутствие действий по подготовке к исполнению или чрезмерная медлительность этих действий) или его положение (например, недостаточная платежеспособность, некомпетентность или неуклюжесть штата работников). В англо-американской практике признается, что о поведении или положении должника можно судить не только в рамках конкретного договора, но и основываясь на иных договорах между этими же контрагентами (например, задержка платежей продавцу по другим контрактам) и даже на договорах должника с третьими лицами (например, поставка иным покупателем с аналогичными заказами некачественных товаров). Особым случаем предвидимого нарушения можно признать исполнение должником несовместимого обязательства. Так, в деле *Omniun D'Enterprises v. Sutherland* (1919) ответчик-судовладелец до начала исполнения договора фрахтования продал судно третьему лицу. Менее очевидно предвидимое нарушение в ситуации, когда должник имеет несовместимое обязательство, но еще не исполнял его. В деле *Toepfer International GmbH v. Itex Itagrani Export SA* (1993) стороны заключили договор закупки твердой кукурузы. Кукуруза предназначалась для последующей морской перевозки на определенном судне. Вскоре это же судно было назначено покупателем для перевозки зерна по другому договору. Продавец посчитал, что покупатель продемонстрировал намерение не исполнять договор. Однако суд при рассмотрении спора указал, что

<sup>16</sup> Вопрос о моменте возникновения обязанности по уменьшению убытков стал ключевым в английском деле *White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor* (1962). Истцы занимались необычным бизнесом: бесплатно поставляли корзины для мусора местным властям. При этом они заключали договоры с предпринимателями, желавшими поместить рекламные объявления на корзинах. Подобный договор был заключен и с ответчиком сроком на три года. В тот же самый день, когда был заключен договор, ответчик отказался от него в письменной форме. Однако истцы проигнорировали отказ, в течение нескольких лет производили исполнение и в свое время предъявили иск, требуя полную оплату по договору. При рассмотрении дела в Палате лордов большинство лордов-судей исходило из принципа, согласно которому обязанность к уменьшению убытков возникает только после расторжения договора. Поскольку истцы не расторгли договор, они не были связаны этой обязанностью и могли продолжать исполнение. Решение Палаты лордов, состоявшееся в пользу истцов, стало объектом резкой критики, было использовано как аргумент теми английскими учеными, которые считают, что обязанность к уменьшению убытков должна возникать сразу после заявления неправомерного отказа. Нужно отметить, что ситуация, подобная описанной, вряд ли может возникнуть в российском праве. ГК РФ применительно ко многим договорам предоставляет сторонам право в любой момент заявить немотивированный отказ от договора, влекущий его расторжение. Например, заключенное в деле *White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor* соглашение в российском праве было бы квалифицировано как договор возмездного оказания услуг. Право заказчика отказаться от данного договора предусмотрено в п. 1 ст. 782 ГК РФ.

наличие несовместимого обязательства само по себе не создает предвидимое нарушение.

Во всех приведенных примерах для установления предвидимого нарушения кредитор должен произвести взвешенную оценку обстоятельств. Какими критериями руководствоваться при этой оценке? Австралийский ученый Дж. Картер выделяет три таких критерия:<sup>17</sup>

1) объективность ситуации предвидимого нарушения. Понятно, что кредитор не может основываться на субъективных опасениях. Опасения должны иметь разумные, оправданные основания (критерий «разумных оснований» используется в ст. 2-609 ЕТК США, в п. 2 ст. 73 Венской конвенции 1980 г., в ст. 7.3.4 Принципов международных коммерческих договоров<sup>18</sup> (далее — Принципы УНИДРУА), в ст. 8:105 Принципов европейского договорного права<sup>19</sup>), совершение нарушения в будущем должно быть ясным, очевидным (критерий «очевидности» используется в п. 1 ст. 71, п. 1 ст. 72 Венской конвенции 1980 г., в ст. 7.3.3 Принципов УНИДРУА, в п. 2 ст. 9:201, ст. 9:304 Принципов европейского договорного права). Английские суды используют критерий «разумного лица», предполагающий оценку ситуации с точки зрения разумного лица в позиции добросовестной стороны;

2) достоверность ситуации предвидимого нарушения. Этот критерий предполагает оценку надежности источника информации об ожидаемом нарушении. Кредитор должен иметь доказательства, которые в случае возникновения спора будут убедительны для суда. В американском праве используется широкий подход в отношении круга источников информации о предвидимом нарушении. Так, признается достаточным сообщение от заслуживающего доверия лица, например посредника. Обсуждается вопрос о возможности использования общей информации рынка;

3) серьезность ситуации предвидимого нарушения. В большинстве правовых актов закрепляется, что ожидаемое нарушение должно быть существенным. Например, в ст. 71 Венской конвенции 1980 г. говорится о предвидимом неисполнении значительной части обязательств, а в ст. 72 — об ожидаемом существенном нарушении; в ст. 7.3.3 и 7.3.4 Принципов УНИДРУА, а также в ст. 8:105 и 9:304 Принципов европейского договорного права — о будущем существенном неисполнении. В ст. 2-609 ЕТК США характер ожидаемого нарушения не уточняется. В данном Кодексе, как отмечает Дж. Картер, акцент сделан не на существенности будущего нарушения, а на разумности оснований для опасений.<sup>20</sup>

Рассмотрим возможные меры защиты кредитора в ситуации, когда поведение или положение должника позволяют ожидать нарушение. Одна из таких мер, выделяемых западной практикой, — одностороннее расторжение договора. Некоторые вопросы, касающиеся применения

---

<sup>17</sup> *Carter J. W. Suspending Contract Performance for Breach // Good Faith and Fault in Contract Law / ed. by J. Beatson, D. Friedmann. Oxford, 2002. P. 506–509.*

<sup>18</sup> *Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) 1994 г. // Закон. 1995. № 12. С. 82–92.*

<sup>19</sup> *Принципы европейского договорного права // <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1261692> (2008. 2 окт.).*

<sup>20</sup> *Carter J. W. Suspending Contract Performance for Breach. P. 509.*



данной меры, уже были рассмотрены нами выше. Здесь же добавим, что одностороннее расторжение договора при предвидимом нарушении известно и российскому праву. Так, по договору подряда заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков, если подрядчик выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным (п. 2 ст. 715 ГК РФ). Применительно к кредитному договору кредитор может отказаться (полностью или частично) от предоставления заемщику кредита при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих, что сумма не будет возвращена в срок (п. 1 ст. 821 ГК РФ). Общих для всех договоров правил о предвидимом нарушении в ГК РФ нет, хотя предложения о создании таких правил высказываются в науке. Так, С. А. Соменков считает целесообразным включить в гл. 29 ГК РФ следующую норму: «Если после заключения договора возникают обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что одна из сторон совершит существенное нарушение договора, другая сторона вправе заявить о расторжении договора, при условии, что иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами или договором, или не вытекает из его существа».<sup>21</sup>

Предложение С. А. Соменкова подверглось критике со стороны М. С. Каменецкой.<sup>22</sup> Рассмотрим основные возражения.

М. С. Каменецкая отмечает, что во включении подобной нормы в ГК РФ нет необходимости, поскольку пострадавшее лицо сможет восстановить свое имущественное положение за счет компенсации убытков, причиненных нарушением и расторжением договора. На наш взгляд, право взыскать убытки *post factum* не создает достаточной защищенности для кредитора. Если учесть возможные перипетии судебного и исполнительного производства, то перспектива возмещения убытков кажется далекой и не всегда надежной. В любом случае, взыскание убытков, причиненных состоявшимся нарушением, — это не решение проблемы, это новая проблема. Расторжение же договора еще до фактического нарушения позволяет свести убытки кредитора к минимуму. Один из доводов С. А. Соменкова как раз и состоит в том, что предлагаемая им норма даст возможность предотвратить неоправданные убытки, которые сторона может понести вследствие вынужденной пассивности.

По мнению М. С. Каменецкой, рассмотрение предлагаемой нормы в качестве общего правила представляется необоснованным с экономической точки зрения, поскольку это снизит стабильность гражданского оборота. Можно возразить, что стабильность оборота, достигаемая за счет игнорирования наличия ненадежных договоров, — это мнимая стабильность. Скорее напротив, идея предвидимого нарушения способна оказать благотворное влияние на гражданский оборот. Возможность расторжения договора еще до фактического нарушения должна дисциплинировать стороны, побуждать планомерно готовиться к осуществлению надлежащего исполнения. Стимулирующее воздействие правила о предвидимом нарушении отмечает и сам С. А. Соменков.

<sup>21</sup> Соменков С. А. Расторжение договора в гражданском обороте. С. 73.

<sup>22</sup> Каменецкая М. С. Существенное нарушение договора контрагентом как основание его расторжения // Законодательство. 2004. № 10. С. 13.

М. С. Каменецкая видит противоречие между нормой, предлагаемой С. А. Соменковым, и абз. 4 п. 2 ст. 450 ГК РФ, который устанавливает причинно-следственную связь между нарушением и фактом ущерба, который уже нанесен. Насколько мы поняли, суть этого противоречия состоит в том, что для расторжения договора при существенном нарушении ущерб уже должен наличествовать. При предвидимом же нарушении ущерб не наличный, а только возможный. Поэтому если полагать, что при предвидимом нарушении основанием для расторжения договора является существенное нарушение, то противоречие действительно налично. Но это противоречие преодолевается, если допустить, что в качестве основания для расторжения выступает угроза существенного нарушения (угроза нарушения права кредитора).

Использованное С. А. Соменковым словосочетание «очевидно свидетельствующие», по мнению М. С. Каменецкой, является юридически неопределенным. С этим возражением следует согласиться. Отрицательной стороной идеи предвидимого нарушения является значительный субъективизм.<sup>23</sup>

В пользу предложения С. А. Соменкова говорит то, что оно находится в русле развития европейского договорного права (это отмечает и М. С. Каменецкая). Сходные предписания содержит английское право, ст. 7.3.3 Принципов УНИДРУА, ст. 9:304 Принципов европейского договорного права, п. 4 § 323 Гражданского уложения Германии.<sup>24</sup>

Одностороннее (внесудебное) расторжение договора, которое предлагает С. А. Соменков, — это крайняя мера в ситуации, когда поведение или положение контрагента позволяют ожидать нарушение договора. Вводить эту меру можно только вместе с более гибкими средствами, позволяющими защитить интересы добросовестной стороны при сохранении договорной связи. В западной литературе отмечается, что закон не должен игнорировать интерес сторон в сотрудничестве, их попытки сохранить договор, найти обоюдно устраивающее решение.<sup>25</sup> В качестве одной из альтернатив расторжения договора в зарубежной практике рассматривается механизм приостановления исполнения обязательства.

Механизм приостановления исполнения обязательства применяется в американском праве, в некоторых международных актах (английской практике приостановление исполнения при предвидимом нарушении неизвестно). Упоминание о приостановлении есть и в ст. 328 ГК РФ, посвященной встречному исполнению обязательства. Под встречным исполнением понимают второе по очереди (последующее) исполнение,

---

<sup>23</sup> Этот недостаток отмечает также С. В. Сарбаш, рассматривая конкретную статью ГК РФ, связанную с предвидимым нарушением договора. По мнению ученого, субъективизм можно сгладить путем установления в законе сбалансированной системы регулирования последствий предвидимого нарушения с неисчерпывающим (примерным) определением по возможности более четких критериев для обстоятельств, позволяющих ожидать нарушение (Сарбаш С. В. Исполнение взаимных обязательств. С. 67).

<sup>24</sup> Параграф 323 введен в целях реализации директив Европейского Парламента и Совета (Гражданское уложение Германии: вводный закон к Гражданскому уложению / пер. с нем.; введ., сост. В. Бергманн; науч. ред. А. Л. Маковский и др. 2-е изд. М., 2006. С. 80).

<sup>25</sup> Carter J. W. Suspending Contract Performance for Breach. P. 499.

которое должно производиться только после получения исполнения от другой стороны. Пункт 2 ст. 328 ГК РФ устанавливает, что в случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства (т. е. при реальном нарушении) либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок (т. е. при предвидимом нарушении), сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков.<sup>26</sup>

Рассмотрим некоторые вопросы, касающиеся приостановления исполнения обязательства при предвидимом нарушении:

1) режим приостановления исполнения имеет ограниченную сферу применения. Он может использоваться лишь в двусторонних договорах, где каждая сторона одновременно является и кредитором, и должником. Еще одно ограничение упоминает ЕТК США, в п. 1 ст. 2-609 которого сказано, что контрагент может приостановить исполнение, если это разумно с коммерческой точки зрения. Значит, иногда приостановление может быть неразумным; например, когда обязательство исправной стороны должно быть исполнено к строго определенному сроку, а иначе другая сторона утрачивает интерес к договору, приостановление будет неразумным, если повлечет невозможность исполнения в срок;

2) возникает вопрос о моменте, с которого механизм приостановления исполнения может быть задействован. Под исполнением понимают совершение должником в пользу кредитора конкретного действия, составляющего предмет обязательства, т. е. исполнение представляет собой завершающий этап развития нормального договорного отношения, влекущий прекращение обязательства. В некоторых случаях исполнению предшествует ряд подготовительных мероприятий (например, поиск подрядчиком необходимых материалов, заключение договоров с субподрядчиками). Может ли механизм приостановления использоваться еще на стадии подготовки к исполнению? Считаем, что да. Цель приостановления исполнения обязательства состоит в предотвращении возможных убытков у добросовестной стороны. Соответственно, чем раньше произойдет приостановление, тем больших убытков удастся избежать. Можно ли приостановить исполнение после того, как оно уже

<sup>26</sup> Отметим, что при реальном нарушении предоставление указанных прав выглядит совершенно справедливо, вытекает из самой природы встречного исполнения, но при предвидимом нарушении кажется малопонятным. Сторона, обязанная к встречному исполнению, и так находится в лучшем положении, раз она должна исполнять только после контрагента. Зачем же предоставлять ей еще и дополнительные преимущества, защищая ее от предвидимого нарушения? Более справедливым кажется подход Гражданского уложения Германии, которое при предвидимом нарушении наделяет правами сторону, обязанную исполнять первой (п. 1 § 321). Своеобразное решение данной проблемы предлагает А. Т. Карапетов: встречным по ст. 328 ГК РФ является не только второе (последующее), но и первое по очереди (предшествующее) исполнение. Автор раскрывает все преимущества такого широкого подхода к ст. 328 ГК РФ (*Карапетов А. Г.* Расторжение нарушенного договора... С. 559–565). Нам данный подход кажется целесообразным, но пока не имеющим достаточных оснований в законодательстве (ГК РФ встречным исполнением последовательно называет именно второе, последующее исполнение).

произведено? Очевидно, что нет. Ведь «нельзя приостановить того, что уже сделано»;<sup>27</sup>

3) нужно ли уведомить контрагента о приостановлении исполнения? Пункт 3 ст. 71 Венской конвенции 1980 г. требует, чтобы сторона, приостанавливающая исполнение, немедленно известила об этом другую сторону. Форма извещения не конкретизируется.<sup>28</sup> ЕТК США требует письменную форму уведомления, но американские суды иногда отказываются применять это требование как формальное, признавая достаточным, чтобы ответчик знал о приостановлении (с помощью устного извещения, на основе поведения истца).<sup>29</sup> В ст. 328 ГК РФ вообще не сказано о необходимости уведомления о приостановлении. С. В. Сарбаш, комментируя данную статью, указывает, что с позиций добросовестности управомоченному субъекту следует поставить контрагента в известность о принятом решении приостановить исполнение. Однако чуть ниже он отмечает, что, поскольку закон не обязывает управомоченное лицо сделать заявление контрагенту о приостановлении исполнения, едва ли можно лишить его правомочия, основываясь на его пассивности.<sup>30</sup> На наш взгляд, сторона, предвидящая нарушение договора, безусловно, должна уведомить контрагента о своем решении приостановить исполнение. Представляется, что приостановление исполнения является односторонней сделкой, направленной на изменение обязательственного правоотношения (например, может продлеваться срок исполнения обязательства исправной стороны). Это значит, что форма уведомления о приостановлении должна подчиняться общим требованиям о форме сделок;

4) некоторое сходство с режимом приостановления имеет режим удержания. Как известно, в отношениях между предпринимателями удержанием могут обеспечиваться любые требования кредитора, даже не связанные с удерживаемой вещью (абз. 2 п. 1 ст. 359 ГК РФ). Допустимо ли по аналогии утверждать, что в предпринимательских отношениях кредитор может приостановить исполнение по другому (надежному) договору, чтобы обеспечить исполнение ненадежного? На наш взгляд, такую

---

<sup>27</sup> Сарбаш С. В. Исполнение взаимных обязательств. С. 50. — С. В. Сарбаш отмечает, что с помощью механизма приостановления не могут быть остановлены товары в пути. Ведь по общему правилу обязанность продавца передать товар покупателю считается исполненной в момент сдачи товара перевозчику или организации связи (п. 2 ст. 458 ГК РФ). Несмотря на сходство с приостановлением исполнения, остановка товаров в пути является самостоятельным механизмом, который может использоваться лишь при наличии специального правового регулирования. Например, такое специальное регулирование содержится в п. 2 ст. 71 Венской конвенции 1980 г.: если продавец уже отправил товар до того, как выяснились основания ожидать нарушение, он может воспрепятствовать передаче товара покупателю, даже если покупатель располагает документом, дающим ему право получить товар.

<sup>28</sup> Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ, применяя данное положение Венской конвенции 1980 г., отметил в решении от 27 июля 1999 г. по делу № 302/1996, что не может принять ссылку ответчика на приостановление исполнения своих обязательств, поскольку ответчик не уведомлял истца о факте приостановления (Розенберг М. Г. Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 3-е изд., испр. и доп. М., 2006. С. 251).

<sup>29</sup> Carter J. W. Suspending Contract Performance for Breach. P. 510–511.

<sup>30</sup> Сарбаш С. В. Исполнение взаимных обязательств. С. 44–45.

аналогию проводить нельзя. Удержание — это способ обеспечения исполнения обязательства, который применяется кредитором в отношении чужой вещи и предусматривает возможность получения удовлетворения из ее стоимости. Приостановление исполнения — это не обеспечительная мера, а временное мероприятие перед возможным полным освобождением от обязательства, которое применяется с целью минимизации убытков. Приостановление исполнения по надежным договорам едва ли позволяет защитить интересы кредитора, явно несправедливо к должнику;

5) кажется справедливым указание ЕТК США, согласно которому кредитор может приостановить только то исполнение, за которое он еще не получил обусловленного договором удовлетворения (п. 1 ст. 2-609).<sup>31</sup> Похожее по сути предписание содержит абз. 2 п. 2 ст. 328 ГК РФ: если исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства в части, соответствующей непредоставленному исполнению. Но как быть, если обязательство кредитора неделимо и может быть приостановлено только полностью? Здесь, вероятно, нужно оценивать существенность предвидимого нарушения. Если нарушение будет существенным, то полное приостановление возможно.

Приостановление исполнения обязательства — это временная мера, которая действует до исполнения должником своей обязанности либо до расторжения договора. Западной практике известно еще одно основание для свертывания режима приостановления — предоставление должником гарантий исполнения. Требование о предоставлении гарантий может использоваться и в качестве самостоятельной меры защиты, даже если кредитор не приостанавливал исполнение. Предоставленные должником гарантии должны быть адекватными, достаточными. Очевидно, достаточность гарантий является предметом оценки, зависит от конкретных обстоятельств (от характера ожидаемого нарушения, от природы договора, от того, как далеко стороны продвинулись в исполнении и др.). Простое заявление должника о намерении исполнять крайне редко будет достаточной гарантией. В качестве примеров адекватных гарантий приводят предоставление доклада банка об удовлетворительном финансовом состоянии должника, открытие аккредитива, получение банковской гарантии, принятие должником дополнительного обязательства по ремонту или замене некачественных товаров. Существует несколько подходов в отношении процедуры получения гарантий. Статья 2-609 ЕТК США наделяет кредитора правом требовать предоставления гарантий. Если должник в течение разумного срока, не превышающего 30 дней, не предоставляет гарантию (либо предоставляет неадекватную гарантию),

---

<sup>31</sup> В ст. 71 Венской конвенции 1980 г. подобных прямых указаний нет. Однако Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ истолковал ст. 71 в том смысле, что она неприменима к случаям, когда одной из сторон обязательство уже исполнено, а другая сторона в предвидении того, что дальнейшие обязательства не будут исполнены, прибегает в порядке обеспечения своих будущих требований к приостановлению выполнения своего обязательства по расчетам за уже поставленный товар (решение от 11 апреля 2006 г. по делу № 105/2005). См. об этом: *Розенберг М. Г.* Международная купля-продажа товаров... С. 353).

то считается, что он отказался от договора. При этом кредитор может рассматривать договор как прекращенный и требовать полного возмещения убытков. Предписания ст. 2-609 весьма благоприятны для кредитора. Во-первых, ему предоставляется право требовать гарантий, которые не были первоначально обещаны должником. «В этом и состоит цель ст. 2-609, чтобы уполномочивать одну сторону настаивать на большем, нежели то, что предусматривает договор».<sup>32</sup> Во-вторых, для кредитора значительно упрощается задача доказывания, ведь неспособность предоставить гарантию сама по себе образует признак и бесспорное доказательство предвидимого нарушения. Но нет ли здесь несправедливости по отношению к должнику? «Вопрос в том, должны ли эти положения быть расценены как заводящие закон слишком далеко... вследствие позволения истцу требовать убытки за полное нарушение в ситуации, когда доказательства показывают лишь то, что ответчик до даты исполнения не в состоянии дать адекватную гарантию осуществления исполнения... Может быть ясно, что ответчик не произведет исполнение так, как требует договор, но далеко от ясности для сторон, насколько серьезным будет этот срыв. Равным образом может быть ясно, что ответчик не исполнит договор, но не очевидно, будет ли здесь договорная ответственность. Иными словами, является ли отказ неверной аналогией?»<sup>33</sup> Отметим, что международные документы не рассматривают неспособность дать адекватную гарантию как аналог отказа от договора. Например, ст. 7.3.4 Принципов УНИДРУА предусматривает, что кредитор может потребовать соответствующего заверения о надлежащем исполнении, а если такое заверение не будет предоставлено в разумный срок — прекратить договор. Похожую процедуру получения гарантий предусматривают Принципы европейского договорного права. Пункт 2 ст. 8:105 данного акта уточняет, что расторжение договора при непредоставлении гарантий возможно, если сторона все еще разумно полагает, что возникнет существенное неисполнение другой стороной, и если она без промедления направит уведомление о расторжении договора. Венская конвенция 1980 г. вообще не упоминает ни о праве кредитора требовать предоставления гарантий, ни о последствиях неспособности должника обеспечить гарантии. В п. 3 ст. 71 сказано лишь о том, что сторона, приостанавливающая осуществление исполнения, должна продолжить исполнение, если другая сторона предоставляет достаточные гарантии.

Российскому законодательству институт гарантий исполнения неизвестен. Наиболее близким по смыслу кажется институт обеспечения исполнения обязательств.<sup>34</sup>

**3. Предвидимое нарушение договора при наличии реального нарушения.** Исполнение некоторых договоров является многократным, включающим части с определенными временными интервалами. Должник может совершить

---

<sup>32</sup> *White J., Summers R.* Uniform Commercial Code 182-83. 4 ed. 1995 (цит. по: *Fuller L. L., Eisenberg M. A.* Basic Contract Law. P. 1010).

<sup>33</sup> *Carter J. W.* Suspending Contract Performance for Breach. P. 518–519.

<sup>34</sup> Предоставление обеспечения в целях защиты стороны, предвидящей нарушение договора, предусматривал ряд статей проекта Гражданского уложения Российской империи (например, абз. 2 ст. 75, ст. 1853).

нарушение в отношении одной из частей (либо даже допускать периодические нарушения), что создает вероятность неисправности и в будущем. Подобный случай предусмотрен в п. 2 ст. 73 Венской конвенции 1980 г.: если неисполнение одной стороной какого-либо из ее обязательств в отношении любой партии товара дает другой стороне оправданные основания считать, что существенное нарушение договора возникнет в отношении будущих партий, она может заявить о расторжении договора на будущее, при условии что она сделает это в разумный срок. Можно ли здесь говорить о предвидимом нарушении? На наш взгляд, нет. Основанием расторжения договора (или применения иных мер защиты) в рассматриваемой ситуации выступает не предвидимое, а реальное нарушение. Обоснованные опасения кредитора в отношении дальнейшего исполнения свидетельствуют не о возникновении предвидимого нарушения, а, скорее, о существенности состоявшегося нарушения. Например, в силу ст. 7.3.1 Принципов УНИДРУА, ст. 8:103 Принципов европейского договорного права при оценке существенности неисполнения договора нужно принимать во внимание наличие у кредитора оснований полагать, что он не может рассчитывать на будущее исполнение другой стороны. Предложения учитывать фактор утраты доверия к должнику при оценке существенности нарушения высказываются и российскими учеными.<sup>35</sup>

Таким образом, нельзя говорить о предвидимом нарушении, основываясь только на фактах допущенных ранее нарушений. Это не означает, что предвидимое нарушение не может возникнуть после совершения реального нарушения. Если нарушенный договор был сохранен в силе и появляются новые обстоятельства, обуславливающие ненадежность договора, кредитор может использовать механизм предвидимого нарушения.

<sup>35</sup> Каранетов А. Г. Расторжение нарушенного договора... С. 335–339.